



COLEGIO NACIONAL DE ABOGADOS

REVISTA LEX

Un espacio para impulsar la investigación jurídica



AGOSTO-SEPTIEMBRE 2020



COLEGIO NACIONAL DE ABOGADOS

Junta Directiva 2019-2021

Juan Carlos Araúz Ramos
Presidente

Maritza Cedeño Vásquez
Primera Vicepresidente

Alexander Hepburn
Segundo Vicepresidente

Keira Noemí Jaén Cocherán
Secretaria de Organización

Delia Rodríguez G.
Secretaria de Administración y Finanzas

Ariel Banqué Estrada
Secretario de Actas y Correspondencias

Holanda Rosa Polo
Secretaria de Defensa de la Profesión

Rodrigo Arturo Del Cid N.
Secretario de Orientación Legal

Ferdelín Bonilla
Secretario de Prensa y Propaganda

Roberto Aparicio Alvear
Secretario de Metas y Memoria

Miguel Delgado Pineda
*Secretario de Coordinación
con los Capítulos*

Itzel K. Chen
*Secretaria de Coordinación
con otras Organizaciones Gremiales*

Walkiria Chandler D'Orcy
*Secretaria de Deportes y Actividades
Culturales*

Orestes Arenas Nero
*Secretario de Asuntos Académicos
y Educación*

Edgar Zachrisson Mitre
Secretario de Independencia Judicial

Contenido

- 5** Palabras del Presidente
del Colegio Nacional de Abogados de Panamá
- 6** Nota Editorial
- 7** La Ética en el ejercicio profesional de la abogacía
Lic. Alejandra Chacón M.
- 22** El impacto del COVID-19 en los derechos humanos: estado de alerta para
garantizar los estándares de protección en Panamá
Vanessa Villalibre Fernández
- 43** Estudio de jurisprudencia penal panameña sobre coautoría
Study of Panamanian criminal jurisprudence on co-perpetratorship
Orestes Arenas Nero
- 58** Bocas del Toro, primer municipio en promover el uso de bolsas reusables y
reglamentar el uso de bolsas plásticas desechables en nuestro suelo patrio
Licdo. Rodnie Méndez
- 74** Fuerza mayor y caso fortuito en los contratos agrarios
Mónica Eugenia Ríos Urriola

83

El Derecho de Retención

Victor Raúl De Las Casas Salazar

93

La escisión de sociedades en la jurisdicción mercantil panameña

Jose María Lezcano Navarro

107

Generalidades en torno a la Asociación Accidental en la normativa panameña

Magíster Miguel E. Delgado Pineda

116

Modernización, ciberseguridad, administración y justicia: “Cambios para nuevos tiempos”

Erasmus Elías Muñoz Marín

■

Comisión de Publicaciones

Rosa María Aguirre
Tanya Carlucci Sucre
Rodnie Méndez
Annibel Prieto
Dayana Bernal
Zaida H. Llerena Sosa
(Directora de la Revista Lex)

Diseño gráfico y diagramación:
Pablo Menacho

■

Revista Lex

ISSN 1815-2104
Título Clave: *Revista Lex*
Título Clave Abreviado: *RevLex*

Colegio Nacional de Abogados de Panamá
Avenida 4ª Sur y Calle 38 Este
República de Panamá
<https://www.panamacna.com>
info@panamacna.com
cpublicaciones@panamacna.com

La **Revista Lex** es una publicación periódica del Colegio Nacional de Abogados.

Lo expresado por cada autor representa su postura y no reflejan necesariamente la opinión del Colegio Nacional de Abogados de Panamá, del Comité de Publicaciones o del Director de la Revista.

Se prohíbe la reproducción total o parcial de esta obra, por cualquier medio o procedimiento, sin la autorización expresa de su autor y del Colegio Nacional de Abogados de Panamá.

La Comisión de Publicaciones ha respetado el formato y estilo utilizado por cada autor en la citación bibliográfica, referencias, tablas y listados.

Palabras del Presidente del Colegio Nacional de Abogados de Panamá

La pandemia del COVID-19 nos ha obligado a evolucionar como organización, principalmente en el uso de la tecnología, esto nos ha ayudado a tener mayor eficacia en nuestras laborales gremiales, representando un avance positivo. El ver la participación de cientos de colegas de todo el país en las redes y en cada una de las actividades digitales del CNA es muestra indiscutible de ello.

El Colegio Nacional de Abogados con la publicación de la **Revista Lex** en su formato digital sostiene décadas de aporte a la doctrina jurídica del país y mantiene el estímulo y el entusiasmo por el estudio del derecho, buscando así aportar al perfil de un jurista integral.

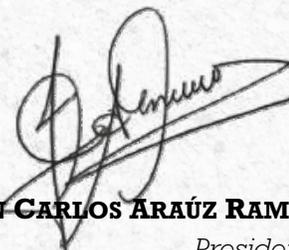
El Derecho, libre de los conflictos de intereses o las batallas judiciales es la materialización de una mejor convivencia en sociedad y por eso la tarea permanente del jurista es ir propugnando por adecuaciones a las diversas instituciones del derecho a los tiempos que transcurren. Esto se logra a través del estudio y de la capacidad académica del jurista de ordenar, sistematizar y cuestionar realidades.

La intelectualidad del profesional del derecho plasmada en aportes académicos es un verdadero gremialismo, una cara distinta pero parte de un todo inseparable, por eso los autores siempre merecerán el reconocimiento por

parte de la abogacía organizada. Es así que cada edición de la **Revista Lex** se convierte en un homenaje a los profesionales de la abogacía que presentan sus trabajos para el beneficio de todos los estudiosos del derecho.

Incursionar en versiones digitales de la **Revista Lex** nos permitirá una mayor periodicidad y sobre todo un mayor alcance en beneficio de los abogados. Nuestra Junta Directiva se encuentra comprometida en dejar un legado de transformación gremial y las circunstancias excepcionales que atraviesa la humanidad lo han dispuesto para que sea de forma acelerada, sin embargo, nos sentimos satisfechos por los esfuerzos alcanzados y sobre todo por el acompañamiento de la abogacía panameña en este proceso.

Nuevos retos nos esperan y estamos seguros de poder afrontarlos, hemos cimentando las bases sólidas de ese nuevo gremialismo que aportara al desarrollo del país en su reconstrucción post pandemia.



DR. JUAN CARLOS ARAÚZ RAMOS

Presidente

Junta Directiva 2019-2021

Nota Editorial

El primer semestre del año 2020 ha sido un tiempo de aprendizajes, de retos, y de innovación. Hemos aprendido que la vida sigue siendo el más preciado regalo que tenemos, y que una vida sin salud, opaca cualquier sueño.

Y así como llega una tormenta inesperada, la Pandemia del Covid-19 llegó para romper nuestros esquemas y ponernos a prueba, no solo al sector Salud, si no también a la Economía y a la Justicia, de nuestro país y del mundo.

Prueba que nos obligó a adaptarnos a las nuevas circunstancias y a buscar las herramientas que nos permitieran continuar, en nuestro caso, con la defensa de los derechos, el cumplimiento de las leyes y la promoción de la investigación jurídica.

Encontrando en la tecnología la versatilidad necesaria para alcanzar más, incluso, de lo que se había inicialmente planificado. De esta forma, la **Revista Lex** comenzó su incursión en los formatos digitales, con una menor periodicidad de publicación entre sus ejemplares,

donde la tecnología nos puede ofrecer un amplio campo de posibilidades, sin renunciar en el futuro a la versión impresa de nuestra **Revista Lex**.

En esta publicación de la Revista Lex presentamos una recopilación de ensayos y trabajos de investigación sobre temas relevantes para la vida jurídica y que será de gran aporte para los lectores. Debemos indicar que la fecha inicial de entrega de los trabajos era el 6 de marzo y que este periodo se extendió hasta el mes de julio, para luego proceder con la revisión y selección de estos.

Agradecemos la comprensión y el apoyo de la Junta Directiva del Colegio Nacional de Abogados, los miembros de la Comisión de Publicaciones, nuestros autores y lectores para incentivar la investigación jurídica, el amor por las letras y conservar la tradición inmersa en la **Revista Lex**, que representa un espacio de expresión para los juristas.

ZAIDA LLERENA

Directora

La Ética

en el ejercicio profesional de la abogacía

ALEJANDRA CHACÓN M.*



* Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá, Magister en Estudios Internacionales, Universidad de Chile y Diplomado en Prevención y Análisis de Riesgos Financieros en el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo, Universidad Latina de Panamá. Con participación en Proyectos Académicos Internacionales de Investigación en China (Universidad de Chile en conjunto con Academia de Ciencias Sociales de la República Popular China); Corea (Fundación Corea y Academia de Estudios Coreanos) y Estados Unidos (UCLA Center for Korean Studies). Actualmente, es Coordinadora de Recursos de Información Legal en la Firma Arias, Fábrega y Fábrega, Vicepresidenta de la Comisión de Cumplimiento Normativo (2019-2021), Magistrada Suplente (2019-2023) y Secretaria Titular (2019-2020) del Tribunal de Honor del Colegio Nacional de Abogados.

Resumen

Este artículo nos permite tener un panorama general de las regulaciones sobre ética en el ámbito de la abogacía. Se establece una definición del concepto de ética y se enlaza con el rol del profesional del derecho en diversas esferas. El enfoque principal es aprender sobre el Código de Ética, qué sucede ante el incumplimiento de este y el rol del Tribunal de Honor del Colegio Nacional de Abogados de Panamá. También establece un nexo entre las nociones de ética y cumplimiento explicando cómo pueden estar relacionados estos dos conceptos.

Palabras claves: Ética, Abogado, Responsabilidad Profesional, Cumplimiento.

I. Introducción

a. Definición de Ética

La Real Academia Española, define la ética como proveniente del latín “*ethicus*”, y del griego “*ēthikós*”: como el “*Conjunto de normas morales que rigen la conducta de la persona en cualquier ámbito de la vida*”.¹

1 Real Academia Española: <https://dle.rae.es/ético>. Consultada el 25 de febrero de 2020.

Adicionalmente, según el autor Gustavo Ortiz Millán, “La palabra ‘ética’ proviene del griego, y puede tener dos distintas etimologías, que son complementarias. Una primera etimología nos dice que significa ‘hábito’, ‘costumbre’, ‘estar acostumbrado’, como cuando Aristóteles afirma en la *Ética nicomaquea*: ‘Algunos creen que los hombres llegan a ser buenos por naturaleza, otros por el hábito’.

Una segunda etimología del término ‘ética’ lo haría provenir de (“*éthos*”) que significa ‘carácter’, y que Aristóteles, vincula con hábito o costumbre. La vinculación de estos dos términos es clara dentro de la *ética aristotélica*: el carácter se forma a través del hábito o la costumbre”.²

Otra definición, la brinda el *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, que indica que la ética es “La ciencia de las costumbres” y el “Desempeño de una profesión con altura en el ejercicio

específico, sin obsesión especulativa o mercantilista y dispuesto a los sacrificios que imponga el servicio a los demás”.³

b. La Ética en la vida cotidiana

De acuerdo con las definiciones vistas anteriormente, si la ética es la ciencia de la costumbre, y rige la conducta de las personas en cualquier ámbito de la vida, es necesario entender que esta, debe regirse por conceptos éticos que vienen dados por la educación y la cultura del hogar. Adicionalmente, si se le combina con el término “carácter” entenderíamos que la ética para una persona podría formarse a lo largo de su vida, haciendo de ella, un hábito y una costumbre.

Ciertamente, al existir diferentes culturas, en las que para algunos lo ético es una cosa y para otros otra, no es menos innegable que a la hora de desempeñar una

...si se le combina con el término “carácter” entenderíamos que la ética para una persona podría formarse a lo largo de su vida, haciendo de ella, un hábito y una costumbre.

”

2 Ortiz Millán, Gustavo. *Sobre la distinción entre ética y moral*, *Isonomía*, No.45 México, oct. 2016. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182016000200113. Consultada el 25 de febrero de 2020.

3 Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual III (D-E)* Editorial Heliasta, Buenos Aires Argentina, 1981. P. 600.

profesión, cualquiera que esta sea, hay ciertos principios que se deben cumplir, como el desempeño responsable y una forma de actuar que no debe dejar dudas el profesionalismo de una persona.

Adicionalmente, el cumplimiento de las leyes de forma responsable en cualquier país del mundo debiera implicar mantener un comportamiento ético. Lamentablemente, con relación a la afirmación anterior, muchas personas no consideran que esto sea realmente cierto. La ética debiera regir nuestras vidas y por ese hecho es que debiéramos cumplir la ley, pero al cumplir la ley, también estamos comportándonos de forma ética.

II. Derecho y Ética

“La cuestión de ¿qué significa la ética del abogado? resulta ser una pregunta compleja. Una primera respuesta puede ser la formal. La ética del abogado consiste en no cometer aquellas conductas que se encuentren prohibidas en el Código de Ética, en el Código Disciplinario o en el Código Penal. Otra respuesta puede ser más ho-

*lística, y consiste en decir que aunque existan códigos de ética que establecen claramente las conductas que no pueden cometer los abogados, se debe construir un criterio más amplio para decir qué es lo ético. Por ejemplo, se dice que el abogado debe tener una conducta intachable y actuar correctamente. De este modo, el abogado valorará cuáles podrían ser los límites en el ejercicio de su profesión ante las tentaciones a que se ven sometidos en un mundo en donde parece que todo tiene un precio y todo se intercambia como mercancía”.*⁴

La reflexión anterior parece estar intrínsecamente relacionada con lo comentado en el título anterior de este escrito. La pregunta que debiera hacer es, ¿El abogado debe, está obligado o requiere seguir las pautas de un Código de Ética? La respuesta a esta pregunta debiera ser siempre sí.

El autor Sergio García Ramírez apunta a aún un poco más

allá cuando nos especifica que la ética o las convicciones éticas, pueden llevar a reformar el derecho, expresando que *“La relación entre ética y derecho constituye un antiguo y animado tema de filósofos y juristas; pero también de políticos y educadores. Se trata de un asunto constante y relevante, que contribuye a desentrañar el sentido histórico y actual de un sistema jurídico, y suele concurrir en su desarrollo. A menudo, la reforma del derecho corresponde a una modificación en las convicciones éticas y prevalecientes; entonces el proceso legislativo sirve como cauce —o así se entiende y se dice— a un progreso moral: sea que lo recoja, sea que lo propicie”*.⁵

De lo anterior, rescatamos entonces que el abogado no solamente debe regirse por conductas éticas, valores o esquemas, aprendidos en la sociedad y en el derecho, sino que la ética permite la transformación de derecho

⁴ Ramírez Cleves, Gonzalo. *La ética y el Derecho, una relación inseparable*, Bogotá, Colombia, 2015. <https://www.ambitojuridico.com/noticias/educacion-y-cultura/la-etica-y-el-derecho-una-relacion-inseparable>. Consultada el 25 de febrero de 2020.

⁵ García Ramírez, Sergio. Estudio introductorio al libro *Los valores en el derecho mexicano. Una aproximación*, Fondo de Cultura Económica-UNAM, México, 1997. P577.

cuando sirve para mejorar lo ya establecido.

III. El Código de Ética y Responsabilidad Profesional del Abogado

El Código de Ética y Responsabilidad Profesional del Abogado que rige en la actualidad a los profesionales del derecho en la República de Panamá, fue aprobado en Asamblea General Plenaria en el marco del X Congreso Nacional de Abogados, el 27 de enero de 2011, y publicado en la Gaceta Oficial número 26796 del 31 de mayo de 2011.

Dicho Código de Ética, establece sobre el ejercicio profesional lo siguiente:

“D- Sobre el ejercicio profesional.

El abogado debe actuar con irreprochable dignidad en el ejercicio de la profesión. El abogado debe cuidar con todo esmero de su honor, eludiendo cuanto pueda afectar su independencia económica, comprometer su decoro o disminuir la considera-

El abogado debe cuidar con todo esmero de su honor, eludiendo cuanto pueda afectar su independencia económica, comprometer su decoro o disminuir la consideración general que debe siempre merecer.



ción general que debe siempre merecer. El abogado deberá abstenerse de ofrecer dádivas a los funcionarios, y, especialmente, en oro de la defensa del decoro; no hará regalo de naturaleza alguna a los miembros del Órgano Judicial ni del Ministerio Público, tenga o no en sus respectivos despachos negocios en tramitación. El abogado debe respetar y cumplir las disposiciones legales que establecen las incompatibilidades para ejercer la profesión y abstenerse de desempeñar cargos y ocupaciones incompatibles con el espíritu de las mismas. El abogado debe reconocer su responsabilidad cuando resultara de su negligencia, error inexcusable o dolo, allanándose a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados”⁶

En relación con la tipificación de las faltas a la ética, el Código de Ética y Responsabilidad del Abogado, establece 32 causales que se enumeran en su artículo 37:

⁶ Código de Ética y Responsabilidad Profesional del Abogado, Acápites D.

“CAPÍTULO VII

Tipificación de las Faltas a la Ética

ARTÍCULO 37. Incurrir en falta a la ética el abogado que;

1. Estorbe la buena y expedita administración de justicia, aconseje la comisión de actos fraudulentos;
2. Demore maliciosamente la iniciación o prosecución de las gestiones que le fueren encomendadas;
3. Al hacerse cargo de la causa de un cliente, le aconseje la iniciación de un pleito evidentemente temerario;
4. Retenga dineros, bienes o documentos suministrados en relación con las gestiones realizadas;
5. Utilice para beneficio personal o de tercero los dineros o efectos aportados por su Cliente;
6. No rinda a su cliente las cuentas de la gestión o manejo de bienes;
7. Divulgue, violando el secreto profesional, cualquier confidencia que su cliente o terceros le hagan, salvo que ello sea autorizado por éste o aquel o que lo haga con mira directa a su propia defensa;
8. Solicite o reciba compensación, comisión o descuento y otras ventajas de terceras personas en una causa, sin el consentimiento de su cliente;
9. Personalmente o por interpuesta persona, patrocine o represente, a quienes tengan intereses contrapuestos en el mismo caso;
10. Maltrate de hecho o de palabras o amanece a un testigo o perito, o a la contraparte;
11. Incluya o permita que se incluya en una sociedad de la cual forma parte, para el ejercicio de la abogacía, el nombre de una persona no autorizada para ejercer la profesión;
12. Permita que sus servicios profesionales sean controlados o explotados por alguna persona natural o jurídica, que no sea una sociedad civil conformada únicamente por abogados idóneos;
13. Negocie directamente con la contraparte, sin la intervención del abogado de ésta;
14. Permita que persona natural o jurídica no idónea, utilice su nombre o servicios profesionales para ejercer la abogacía;
15. Al entrevistar a los testigos les induzca a desviarse de la verdad;
16. En sus gestiones ante funcionarios públicos los ofenda;
17. Ejercer influencia sobre los Juzgadores o representantes del Ministerio Público valiéndose de su posición social, política o económica, o se jactare públicamente de ello;
18. Antes de aceptar el poder, no revele, al cliente cualquier interés que tenga en la controversia, si el mismo puede influir en el ánimo de éste para no conferirle el poder;
19. Descubra algún fraude o engaño que afecte al tribunal o una de las partes sin rectificarlo o tratar de rectificarlo;
20. Directa o por interpuesta persona realice gestiones encaminadas a despejar o sustituir a un colega en un asunto profesional del que éste se haya encargado, u ofrezca sus servicios por un precio menor para que se le confiera poder o encargue de la gestión;
21. Propicie la elusión o el retardo del pago de honorarios debidos a un colega;
22. Por cualquier medio de comunicación social publique o haga declaraciones en relación con sus litigios pendientes o futuros. Solo se permitirán cuando sea para contestar, bajo el estricto derecho a réplica, y no debe ir más allá de la transcripción de las constancias y documentos que reposen en el tribunal;
23. Se anuncie por medios publicitarios, en contravención a la forma establecida en el Código de Ética y Responsabilidad Profesional del Abogado, haciendo uso de contenidos que en vez de buscar la conciliación implique la exhortación a pleitos, en términos que no armonicen con la sobriedad de la profesión, o que indiquen hechos inexactos sobre su identificación, dirección, cargos desempeñados o afirme tener una especialización sin que la misma esté respaldada con un título o grado universitario;
24. Haya representado un cliente conjuntamente con otros abogados, y no haga una justa distribución de honorarios y costas;
25. Profiera expresiones o aluda a antecedentes personales, ideológicos, políticos o de cualquier otra naturaleza contra otro colega;
26. Tenga cualesquiera de las actuaciones citadas en el numeral anterior contra un funcionario del Órgano Judicial, del Ministerio Público o de cualquier otra entidad que atienda un asunto en el cual el abogado es parte directa o indirecta;
27. Se niegue a otorgar a su cliente recibo del pago de honorarios o gastos;

28. Dar a los clientes seguridades audaces o confiadas respecto al resultado de su gestión, especialmente, pero sin que sea condicionante, si de tales expresiones depende que se le otorgue el poder correspondiente;

29. Permitir que su nombre o sus servicios profesionales sean utilizados por un abogado que ha sido suspendido o excluido de la práctica de la profesión por faltas a la ética o por cualquier autoridad competente;

30. Utilizar en el papel membretado o en las comunicaciones usuales de la oficina de abogados el nombre de algún abogado o persona que personalmente no

pueda ejercer la profesión de abogado en Panamá. La responsabilidad recaerá en los socios de la firma de manera solidaria;

31. Transcribir literalmente las opiniones privadas emitidas por otro abogado o firma da abogados al absolver consultas, salvo autorización al efecto concedida por el autor. En estos casos se garantiza la propiedad intelectual del abogado autor del documento;

32. El que pública o privadamente utilice o se atribuya títulos académicos o grados educativos que no posee".⁷

Nuestro Código de Ética hace especial énfasis en la irreprochable dignidad del ejercicio de la profesión, cuidando con todo esmero su honor. Básicamente, lo anterior se estaría refiriendo a tener un actuar correcto, con apego a la ley, actuando con la diligencia necesaria para ejercer la labor. También, nos expresa que el profesional debe respetar y cumplir las disposiciones legales que establecen las incompatibilidades para ejercer la profesión y abstenerse de desempeñar cargos y ocupaciones incompatibles con el espíritu de las mismas, lo cual quiere decir que no debería aceptar cargos que vayan en contra de lo que establece la ley, cuando tenga una incompatibilidad comprobada (Ej., no ten-

ga la edad, experiencia requerida o sea pariente en algún grado de consanguinidad o afinidad que haga imposible el ejercicio de dicho cargo). Adicionalmente, nos expresa taxativamente cuáles son las faltas a la ética, las cuales nunca deberían formar parte del ejercicio profesional de un abogado.

Entre algunas que quisiera destacar, se encuentran por ejemplo tres que están relacionadas entre sí, como lo son: retener dineros, bienes o documentos suministrados en relación con las gestiones realizadas; utilizar para beneficio personal o de terceros los dineros o efectos aportados por su cliente; no rendir a su cliente las cuentas de la gestión o manejo de bienes.

Las causales anteriores tienen que ver específicamente con el manejo de dineros, bienes o documentos del cliente, los cuales deben ser un hecho de total transparencia para el mismo. Por este tipo de actuación, se debe dar rendición de cuentas y jamás se debe retener documentos, bienes o dineros que sean del cliente. No se debe retener dineros a cuenta de pagos de honorarios, a menos que se especifique claramente, y que quede por escrito. Cualquier manejo de este tipo, es separado totalmente del pago de honorarios que debe estar establecido en el contrato de servicios.

Otra causal que quisiera destacar, es que el profesional divulgue violando el secreto profesional, cualquier confidencia que su cliente o terceros le hagan, salvo que ello sea autorizado por éste

7 Código de Ética y Responsabilidad Profesional del Abogado, Artículo 37.

o aquel o que lo haga con mira directa a su propia defensa.

La confidencialidad es la clave en la relación abogado cliente y no se puede violar. Si no existe confianza para que el cliente le hable a su abogado, difícilmente se podrá crear una relación adecuada entre estos.

Por último, y siendo todas las causales de vital importancia, una que quisiera recalcar también es que el abogado negocie directamente con la contraparte, sin la intervención del abogado de ésta, lo cual es una falta a la ética gravísima. Aquí se está violando de la confianza depositada por el cliente, expresada en el párrafo anterior, para negociar con la contraparte lo cual permitiría que esta ganase el pleito que se lleva a cabo. Este tipo de faltas, así como todas las enunciadas en el Código son inaceptables en un profesional del Derecho y si se llevan a cabo, el abogado puede ser objeto de denuncia ante el Tribunal de Honor del Colegio Nacional de Abogados.

IV. El rol del Tribunal de Honor

El artículo 21 de la Ley N. 9 de 18 de abril de 1984, reformada por la Ley 8 de 16 de abril de 1993, establece la creación del Tribunal de Honor, de la siguiente manera:

*“El Colegio Nacional de Abogados creará un Tribunal de Honor para la investigación de faltas a la ética por denuncia de parte interesada, o del funcionario del Órgano Judicial, del Ministerio Público o de la Administración Pública, que conozca del caso en relación con el cual incurrió en la falta”.*⁸

A su vez, el artículo 22 de la Ley 9 de 1984, reformada por la Ley 8 de 1993, establece:

“El Tribunal de Honor estará constituido por cinco (5) abogados, elegidos de acuerdo con los Estatutos del Colegio Nacional de Abogados, por un período individual de cuatro (4) años.

*Que el abogado
negocie directamente
con la contraparte,
sin la intervención
del abogado de ésta,
es una falta a la ética
gravísima...*

”

8 Ley N. 9 de 18 de abril de 1984, reformada por la Ley 8 de 16 de abril de 1993, artículo 21.

Los Estatutos del Colegio Nacional de Abogados dispondrán la elección escalonada de estos cinco (5) miembros. Los miembros del Tribunal de Honor deben reunir los siguientes requisitos:

- 1. Tener por lo menos diez (10) años de ejercicio de la abogacía;*
- 2. Gozar de buen crédito moral y profesional; y*
- 3. No ser funcionario regular de la Administración Pública, ni del Órgano Judicial, ni del Ministerio Público...⁹*

Como se puede observar, Tribunal de Honor es un órgano colegiado que puede investigar las faltas a la ética de acuerdo con una denuncia hecha contra un profesional del derecho.¹⁰ La investigación deberá contemplar la comprobación de los hechos o las faltas cometidas, mediante las diligencias pertinentes, establecer las circunstancias que motivaron el hecho; verificar la condición de abogado de la persona denunciada; determinar además del autor, los partícipes si los hubiera.¹¹

El procedimiento es sencillo, se debe presentar un memorial,

ya sea por la parte interesada o mediante apoderado legal explicando los hechos y cuáles son los numerales del artículo 37 del Código de Ética que se consideran violados, con la mayor cantidad de pruebas que se puedan aportar. De presentar copias, las mismas debieran estar autenticadas para una mejor valoración probatoria de los hechos descritos.

El magistrado sustanciador puede admitir la denuncia e iniciar el proceso de investigación verificando y valorando lo contenido en el expediente. Al abogado denunciado se le corre traslado de notificación para que conteste la denuncia, y si el abogado no es localizable, se hace emplazamiento por edicto. Adicionalmente, existen las cortesías de sala para que cualquiera de las partes haga sus descargos o aclaraciones con relación a los hechos denunciados.

La denuncia puede ser recha-

zada y el expediente puede ser archivado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 25 de la Ley 9 de 1984, que expresa: *“El Tribunal de Honor rechazará la denuncia y ordenará el archivo de la investigación cuando sea manifiesto que el hecho denunciado no fue cometido, o no encuadra en una figura calificada como falta a la ética o cuando no proceda el juzgamiento por falta de mérito. La resolución que decrete el archivo de la investigación será motivada y no admite recurso alguno”*.¹²

Si, por el contrario, se considera que existe realmente la falta a la ética, se procederá a lo establecido en el artículo 26 de la Ley 9 de 1984, que expresa: *“Si el Tribunal de Honor estimara procedente el juzgamiento, solicitará a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia que decrete la citación a juicio del denunciado”*.¹³

9 Ley N. 9 de 18 de abril de 1984, reformada por la Ley 8 de 16 de abril de 1993, artículo 22.

10 El Tribunal de Honor solo puede iniciar una investigación mediante denuncia, ya que no está facultado a investigar de oficio.

11 Ley N. 9 de 18 de abril de 1984, reformada por la Ley 8 de 16 de abril de 1993, artículo 24.

12 Ley N. 9 de 18 de abril de 1984, reformada por la Ley 8 de 16 de abril de 1993, artículo 25.

13 Ley N. 9 de 18 de abril de 1984, reformada por la Ley 8 de 16 de abril de 1993, artículo 26.

El Tribunal de Honor es un órgano colegiado que puede investigar las faltas a la ética de acuerdo con una denuncia hecha contra un profesional del derecho.



Las posibles sanciones se encuentran enumeradas en el artículo 20 de la Ley 9 de 1984: “1. La amonestación privada, que consiste en la reprobación privada que se hace al infractor por falta cometida; 2. La amonestación pública, que consiste en la reprobación pública que se hace al infractor por falta cometida; 3. La suspensión, que consiste en la prohibición del ejercicio de la abogacía por un término no inferior a un (1) mes ni superior a un (1) año, cuando se trate de infractores primarios; 4. La exclusión, para los infractores reincidentes, que consiste en la prohibición para el ejercicio de la abogacía por un término mínimo de dos (2) años”.¹⁴

Las sanciones las impone la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo al artículo 35 de la Ley 8 de 1984: “Dado el carácter disciplinario de esta norma, la Corte Suprema de Justicia está dotada de amplia discrecionalidad

para imponer la sanción que corresponda, teniendo en cuenta la naturaleza, gravedad y modalidad de la falta, los antecedentes personales y profesionales del infractor, sin perjuicio de las acciones y sanciones civiles y penales a que hubiere lugar”.¹⁵ Adicionalmente, solo si la sanción corresponde a la suspensión o exclusión para el ejercicio de la abogacía, el sentenciado podrá recurrir en reconsideración, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.¹⁶

V. La Ética y los servidores públicos

Cuando un abogado es servidor público, no solamente debe regirse por el Código de ética de la Abogacía si no también por el Código de Ética de los servidores públicos, establecido mediante Decreto Ejecutivo N° 246 de 15 de diciembre de 2004, “Por el cual se dicta el Código uniforme de ética de los servidores públicos que

¹⁴ Ley N. 9 de 18 de abril de 1984, reformada por la Ley 8 de 16 de abril de 1993, artículo 20.

¹⁵ Ley N. 9 de 18 de abril de 1984, reformada por la Ley 8 de 16 de abril de 1993, artículo 35.

¹⁶ Ley N. 9 de 18 de abril de 1984, reformada por la Ley 8 de 16 de abril de 1993, artículo 36.

Imagen de Peggy und Marco Lachmann-Anke en Pixabay.



laboran en las entidades del Gobierno Central”.

Dicho Código establece pautas de conductas en los servidores públicos, entre las que se encuentran ciertas prohibiciones como que el servidor público no debe, directa o indirectamente, otorgar, solicitar o aceptar regalos, beneficios, promesas u otras ventajas de los particulares u otros funcionarios.¹⁷

Entre los principios generales que se establecen para este tipo de funcionarios, están el de probidad, prudencia, justicia, templanza, idoneidad, responsabilidad, transparencia, igualdad, respeto, liderazgo, entre otros.¹⁸

Todos los principios enunciados en este Decreto Ejecutivo son indiscutibles elementos éticos que deben estar presente tanto el servidor público que ejerce la abogacía, como en los servidores públicos en particular.

Adicionalmente, los funcionarios judiciales están sujetos al Có-

¹⁷ Decreto Ejecutivo N. 246 de 15 de diciembre de 2004, artículo 34.

¹⁸ Decreto Ejecutivo N. 246 de 15 de diciembre de 2004.

digo de Ética Judicial implementado mediante Acuerdo 523 de 2008, del Pleno de la Corte Suprema de Panamá. Este acuerdo en su artículo 1, señala que dicho código “rige para la totalidad de los Jueces y Magistrados que integran el Órgano Judicial panameño y será aplicable en la medida que corresponda al resto de los servidores del Órgano Judicial”.¹⁹

Adicionalmente, el artículo 2 establece el objeto, propósito y compromiso que los funcionarios anteriormente citados deben tener, de la siguiente manera: “El objeto de este Código es establecer un conjunto de principios fundamentales que informan la función judicial y sus consiguientes deberes, exigencias y derechos aplicables a las personas mencionadas en el capítulo anterior, con el propósito de procurar la excelencia en el servicio que presta el Órgano Judicial. Conforme al compromiso íntimo que supone la ética judicial con la excelencia en las fun-

*ciones, corresponde que la responsabilidad ética sea reconocida en su especificidad y distinguida de las responsabilidades civil, penal y disciplinaria o administrativa que pesan también sobre el Juez”.*²⁰

Este artículo es bastante completo porque menciona ciertos términos que debieran ser parte integral de cualquier Código de Ética y sobre todo del desempeño profesional de un funcionario judicial y abogados en dichos cargos. Se habla por ejemplo de excelencia en el servicio, lo que debe ser una premisa fundamental; también se introduce el término compromiso íntimo, que implica que el desempeño profesional no se hace por deber si no, porque se quiere. Adicionalmente, establece una separación del tema de la ética en relación con las responsabilidades de cualquier índole que conlleva el desempeño del cargo, poniéndola como una actuación individual que debe ser cumplida, porque el profesional la debe ver como parte

integral de su ocupación, independientemente cuál sea este.

VI. Ética y cumplimiento

Según la Real Academia española, la palabra cumplimiento significa la acción y efecto de cumplir o cumplirse.²¹ Surge entonces la pregunta, cómo está relacionado el concepto de ética con el cumplimiento o cuál sería el denominador común que los une.

En este sentido, podríamos citar lo siguiente: “El término *compliance*, en español también conocido como *cumplimiento normativo*, tiene una presencia cada vez mayor tanto en la administración de empresas como en el campo del derecho. Tiene su origen en el sistema financiero estadounidense, si bien en la actualidad se aplica prácticamente en todos los sectores industriales y económicos. Como su propio nombre indica, su función es la de garantizar que la entidad y sus empleados cumplan la normativa. Aunque en un principio podría pensarse que se refiere al cumplimiento de las leyes, en la actualidad este concepto también

19 Acuerdo 523 de 4 de septiembre de 2008, artículo 1.

20 Acuerdo 523 de 4 de septiembre de 2008, artículo 2.

21 Real Academia Española <https://dle.rae.es/?w=cumplimiento>. Consultada el 25 de febrero de 2020.

abarca los estándares y las normas de la industria a la que se pertenece, si bien aún son más importantes el compromiso con una serie de valores propios y el cumplimiento de un código ético tanto en la conducta interna como externa".²²

"Compliance o cumplimiento normativo consiste, según la Asociación de profesionales de cumplimiento normativo española, en "[...] un modelo amplio de gestión de cumplimiento que abarca no sólo los riesgos penales, sino también otras normativas, políticas internas, códigos éticos, y compromisos contractuales".²³

Otra definición nos dice lo siguiente: "De la contestación a la pregunta ¿qué significa cumplimiento normativo?, se puede extraer múltiples definiciones, entre todas ellas, nos vamos a quedar con la que considero que de forma breve pero contundente mejor define el concepto. Así, cumplimiento

normativo significa actuar conforme a la legalidad".²⁴

Para hacer la vinculación entre cumplimiento y ética comparto lo expresado en una jornada en la sede de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de España, el socio responsable de servicios de Compliance de KPMG España, en entrevista realizada, explicó en relación a la función del Compliance en las empresas, que la vinculación entre ética y Compliance es del todo incuestionable y crecerá cada vez más en las organizaciones la aversión a mantener relaciones de negocio con terceros que no compartan valores comunes, y se verá un claro activismo en contra de empresas que contravengan los principios éticos, y el Compliance jugará, en este sentido, un papel clave.²⁵

Todo lo anterior quiere dar a entender, que siendo la ética una

El abogado debe cumplir las reglamentaciones, la ley, los principios de la empresa o institución donde trabaja y en ese cumplimiento debe mantener sus principios éticos, buscando que la aplicación del derecho se haga de la manera correcta.

”

22 <https://www.ionos.es/startupguide/gestion/compliance/>. Consultada el 4 de marzo de 2020.

23 Idem.

24 Aranda Martínez, María del Carmen, Introducción al Cumplimiento Normativo. [http://www.worldcomplianceassociation.com/1421/articulo-introduccion-al-cumplimiento-normativo.html#googtrans\(es|en\)#googtrans\(es|en\)](http://www.worldcomplianceassociation.com/1421/articulo-introduccion-al-cumplimiento-normativo.html#googtrans(es|en)#googtrans(es|en)). Consultada el 4 de marzo de 2020.

25 <http://www.worldcomplianceassociation.com/articulos.php?id=1663>. Consultada el 4 de marzo de 2020.

parte sumamente importante en nuestro ejercicio profesional, y que nos permite seguir parámetros en nuestro desarrollo, esos valores éticos van de la mano del concepto de cumplimiento en el ámbito laboral, empresarial y por su puesto en el ejercicio de la abogacía.

El abogado debe cumplir las reglamentaciones, la ley, los principios de la empresa o institución donde trabaja y en ese cumplimiento debe mantener sus principios éticos, buscando que la aplicación del derecho se haga de la manera correcta. En este sentido, nos complementa la autora Emilia Ramos Santana: *“Queda del todo patente que el ejercicio de la abogacía está íntimamente ligada con los principios de actuación que rigen por el propio Estatuto de la Abogacía y lo derivado del Código deontológico, teniendo como objetivos prioritarios la impartición de justicia, la aplicación correcta del Derecho garantizando, en todo caso, la defensa y la protección de*

los valores universales que supone el reconocimiento de los derechos humanos. Estos principios de actuación como la diligencia, la competencia, la independencia, la libertad, la lealtad o el secreto profesional, son auténticos principios que deben estar presentes en todo caso en el ejercicio de su profesión. Dentro de estas particularidades, la consideración como profesional liberal, quedan sometidos los preceptos deontológicos que resultan exigencias normativas precisamente porque en caso de incumplimiento tiene como respuesta la incoación de un procedimiento disciplinario. Vistas así las cosas, el abogado en el ejercicio de sus funciones queda sometido no sólo a un régimen jurídico especial como profesional, sino también como ciudadano a la ley general”.²⁶

Un sentido de ética clave en la profesión del abogado es que cumpla la ley, las normas establecidas y un sentido importante del cumplimiento, es que el profesio-

nal del derecho, así mismo, mantenga y practique los principios y valores éticos que rigen su carrera y su desempeño profesional.

Como se expresó anteriormente, cada vez será más común que los negocios, o la relación entre el cliente y el profesional, tengan como norte común el compartir valores éticos, lo que adicionalmente implicaría que exista un buen cumplimiento de las normas establecidas, para el beneficio de relaciones transparentes y exitosas tanto a nivel local como internacional.

VII. Conclusiones

La palabra ética tendría como significado los términos hábito o costumbre y si la ética es la ciencia de la costumbre, y rige la conducta de las personas en cualquier ámbito de la vida, es necesario entender que esta, debe regirse por conceptos éticos que vienen dados por la educación y la cultura del hogar. Adicionalmente, si se le combina con el término “carácter” entenderíamos que la ética para una persona, podría formarse a lo

26 Santana Ramos, Emilia. *El rol del abogado ante la ética y el ejercicio profesional*, Rev. Fac. Der. no.44 Montevideo, Uruguay, jun. 2018. http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2301-06652018000100143. Consultada el 25 de febrero de 2020.

El abogado debe y está obligado a seguir las pautas de un Código de Ética, y debe regirse por conductas éticas, valores o esquemas aprendidos en la sociedad y el Derecho...



largo de su vida, haciendo de ella, un hábito y una costumbre.

El abogado debe y está obligado a seguir las pautas de un Código de Ética, y debe regirse por conductas éticas, valores o esquemas aprendidos en la sociedad y el Derecho, el cual también puede ser transformado cuando sirve para mejorar lo establecido, de acuerdo con las pautas de la ética.

En Panamá tenemos el Código de Ética y Responsabilidad Profesional del Abogado, aprobado el 27 de enero de 2011. En él se establecen las pautas a seguir y enumera en su artículo 37, cuáles son las faltas a la ética en que puede incurrir un abogado. Todas las faltas enunciadas en este Código son inaceptables en un profesional del Derecho y si se llevan a cabo, el abogado puede ser objeto de denuncia ante el Tribunal de Honor del Colegio Nacional de Abogados.

Cuando un abogado es servidor público, no solamente debe regirse por el Código de ética de la Abogacía sino también por el Código de Ética de los Servidores Públicos, el cual establece pautas de conductas en los servidores pú-

blicos, entre las que se encuentran ciertas prohibiciones. Adicionalmente, los funcionarios judiciales están sujetos al Código de Ética Judicial implementado mediante Acuerdo 523 de 2008, del Pleno de la Corte Suprema de Panamá.

Un tema importante relacionado con ética es el cumplimiento. Un sentido de ética clave en la profesión del abogado es que cumpla la ley, las normas establecidas y un sentido importante del cumplimiento, es que el profesional del derecho, así mismo, mantenga y practique los principios y valores éticos que rigen su carrera y su desempeño profesional. Que exista un buen cumplimiento de las normas establecidas, permite como beneficio adicional que las relaciones entre clientes y profesionales del derecho sean transparentes y exitosas.

Bibliografía

- Aranda Martínez, María del Carmen. *Introducción al Cumplimiento Normativo*. [http://www.worldcomplianceassociation.com/1421/articulo-introduccion-al-cumplimiento-normativo.html#googtrans\(es|en\)#googtrans\(es|en\)](http://www.worldcomplianceassociation.com/1421/articulo-introduccion-al-cumplimiento-normativo.html#googtrans(es|en)#googtrans(es|en)). Consultada el 4 de marzo de 2020.
- Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual III (D-E)* Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1981. P. 600.
- García Ramírez, Sergio. Estudio introductorio al libro *Los valores en el Derecho mexicano. Una aproximación*, Fondo de Cultura Económica-UNAM, México, 1997. P.577.
- Ortiz Millán, Gustavo. "Sobre la distinción entre ética y moral", *Isonomía*, No.45 México, oct. 2016, http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182016000200113. Consultada el 25 de febrero de 2020.
- Ramírez Cleves, Gonzalo. *La ética y el Derecho, una relación inseparable*, Bogotá, Colombia, 2015, <https://www.ambitojuridico.com/noticias/educacion-y-cultura/la-etica-y-el-derecho-una-relacion-inseparable>. Consultada el 25 de febrero de 2020.
- Santana Ramos, Emilia. *El rol del abogado ante la ética y el ejercicio profesional*, Rev. Fac. Der. No.44 Montevideo, Uruguay, jun. 2018, http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2301-06652018000100143. Consultada el 25 de febrero de 2020.

Legislación

- Código de Ética y Responsabilidad Profesional del Abogado.
- Ley N. 9 de 18 de abril de 1984, reformada por la Ley 8 de 16 de abril de 1993.
- Decreto Ejecutivo N. 246 de 15 de diciembre de 2004.
- Acuerdo 523 de 4 de septiembre de 2008.

Páginas de internet

- Real Academia Española <https://dle.rae.es/ético>. Consultada el 25 de febrero de 2020.
- Real Academia Española <https://dle.rae.es/?w=cumplimiento>. Consultada el 25 de febrero de 2020.
- <https://www.ionos.es/startupguide/gestion/compliance/>. Consultada el 4 de marzo de 2020.
- <http://www.worldcomplianceassociation.com/articulos.php?id=1663>. Consultada el 4 de marzo de 2020.



* Vanessa Villalibre cuenta con 15 años de experiencia en la protección de los derechos humanos, desde un enfoque de investigación y análisis jurídico en entidades de reconocido prestigio como la Universidad de Barcelona, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Universidad de las Naciones Unidas —Instituto de Investigación Económica y Social de Maastricht— o el Tribunal Constitucional de España, así como desde la perspectiva programática en distintas organizaciones, entre otras, la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, la Organización Internacional para las Migraciones o el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.

El impacto del Covid-19 en los derechos humanos:

Estado de alerta para garantizar los estándares de protección en Panamá.

VANESSA VILLALIBRE FERNÁNDEZ*

Resumen

En el artículo se analizan las afectaciones a los derechos humanos como consecuencia de la regulación panameña adoptada para prevenir y combatir la pandemia del COVID-19 sobre la base de la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Pactos Internacionales ratificados por Panamá.

Palabras o frases claves

COVID-19; derechos humanos, derecho a la salud; derecho al agua; derecho a la libertad de tránsito (derecho al libre movimiento); prohibición de la discriminación; derecho a la información (derecho a la libertad de expresión).

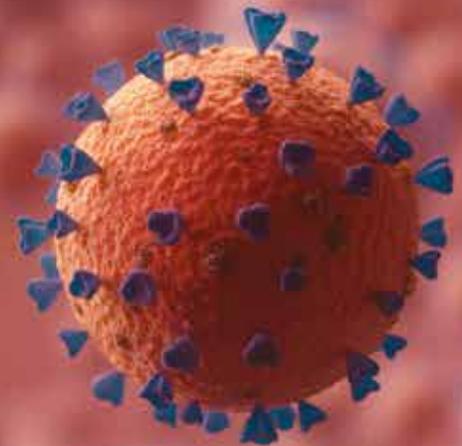
Introducción

El COVID-19 es una enfermedad infecciosa que afecta a 638,146 personas a 29 de marzo de 2020, provocando la muerte de más de 30,000 personas en 202 países, áreas o territorios a nivel mundial¹. Panamá es uno de los países afectados con 989 personas con COVID-19, entre las que se incluyen 24 personas fallecidas tras contraer la enfermedad². La Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró la epidemia del COVID-19 como una emergencia de salud pública el 30 de enero de 2020; ahora bien, como consecuencia de la extensión a un gran número de países de manera simultánea y el número de personas afectadas, la OMS la caracteriza de pandemia a partir del 11 de marzo de 2020.

Esta crisis sanitaria global ha tenido implicaciones sociales, económicas, culturales, así como jurídicas. Desde el punto de vista normativo, el Gobierno panameño ha adoptado una regulación vinculada al Estado de Emergencia Nacional que conlleva una serie de afectaciones a los derechos humanos, entre otros, se destaca el derecho a la salud, el derecho al agua, el derecho a la libertad de tránsito, la prohibición de la discriminación o el derecho humano a la información.

Este tipo de restricciones a los derechos huma-

-
- 1 Organización Mundial de la Salud: *Coronavirus disease (COVID-19)– Situation Dashboard*, a 29 de marzo de 2020, 18:00 CET.
 - 2 Sube a 24 las muertes y a 989 los casos confirmados de COVID-19 en Panamá (30 de marzo de 2020). *Agencia EFE*. Consultable en www.efe.com



Estilo de estructura de coronavirus:
Freepik.com.

nos por motivos de salud pública deben ser excepcionales y temporales, y estrictamente necesarias, justificadas, proporcionadas y no discriminatorias, de acuerdo con los lineamientos señalados por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos³. La Constitución Política de la República de Panamá establece en su artículo 55 la posibilidad de declarar el estado de urgencia por motivos de perturbación interna y el orden público, entre otros, lo que conlleva la suspensión total o parcial de varios derechos humanos establecidos por la Carta Magna. A la fecha, no obstante, este artículo no ha justificado la adopción de ninguna de las Resoluciones y Decretos Ejecutivos adoptados por

el Ejecutivo y tampoco se ha producido su aval por la Asamblea Nacional, a pesar de haber transcurrido más de diez días desde la entrada en vigor de la Resolución de Gabinete No. 10, de 3 de marzo de 2020, que eleva a muy alta la amenaza de propagación del Brote del Nuevo Coronavirus (COVID-19) en el territorio nacional y dicta otras disposiciones.

Sobre la base de los derechos reconocidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en adelante DUDH⁴, se analiza el contenido de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, y ratificados por Panamá el 8 de marzo de 1977.

Por un lado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en adelante PIDCP⁵, desarrolla los derechos civiles y políticos y las libertades recogidas en la DUDH entre los que se incluye el derecho a la vida (artículo 6), el derecho a la libertad y seguridad (artículo 9), derecho a la libertad y al libre movimiento (artículo 12), derecho a la igualdad ante la ley (artículo 14), derecho a la privacidad y su protección por la ley (artículo 17) o el derecho a la asamblea pacífica (artículo 21).

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en adelante PIDESC⁶, desarrolla los derechos respectivos reconocidos en la DUDH entre los que se incluye el derecho al trabajo en condiciones dignas (artículos 6 y 7), el derecho a la huelga (artículo 8), derecho a la salud (artículo 12) o el derecho a la educación (artículo 13).

Contenido

El artículo 25 de la DUDH establece que “ Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado

3 COVID-19: Estados no deben abusar de medidas de emergencia para suprimir derechos (16 de marzo de 2020), accesible en <https://acnudh.org>.

4 La Declaración Universal de los Derechos Humanos fue proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A, accesible en [https://undocs.org/es/A/RES/217\(III\)](https://undocs.org/es/A/RES/217(III)).

5 El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entra en vigor el 23 de marzo de 1976 y a 30 de marzo de 2020, son 173 los Estados parte. Más información en <https://treaties.un.org>.

6 El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entra en vigor el 3 de enero de 1976 y a 30 de marzo de 2020, son 170 los Estados parte. Más información en <https://treaties.un.org>.



Una de las más graves afectaciones a los derechos humanos en este contexto se observa en la atención médica basada en aspectos económicos o distinciones basadas en la nacionalidad o el origen...

que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia sanitaria y los servicios sociales necesarios”. Estas directrices sientan las bases del artículo 12 del PIDESC en el cual se señala que “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”. En consecuencia, el **derecho a la salud** debe entenderse como un “derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud”⁷.

La pandemia del COVID-19 ha puesto en entredicho los sistemas de salud de la mayoría de los países afectados y han empezado a surgir cuestionamientos vinculados a los mecanismos de prevención, la falta de recursos destinados a la salud o el predominio de la salud privada en varios Estados que no han sabido responder a

tiempo a la pandemia. Una de las más graves afectaciones a los derechos humanos en este contexto se observa en la atención médica basada en aspectos económicos o distinciones basadas en la nacionalidad o el origen, al contravenir la premisa de que todas las personas deben tener acceso a la atención médica.

En Estados Unidos, por ejemplo, la Corte Suprema avala la decisión del presidente Trump de negar la renovación de visa a las personas que dependen de la asistencia pública, que incluye los servicios médicos. Esta medida tendrá consecuencias sangrantes durante esta pandemia, ya que muchas personas migrantes no acudirán a los servicios médicos por miedo a perder sus visas.

En varios países europeos, por su parte, partidos de ultraderecha proponen que las personas migrantes en situación irregular paguen por la atención médica durante esta epidemia. Este es el caso de España, donde el partido

⁷ Observación General No. 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del PIDESC), de 11 de agosto de 2000, E/C.12/2000/4.

de Vox propone incluir esta medida durante el estado de alarma. Matteo Salvini, en Italia, manifiesta que la irrupción del virus en el país es consecuencia de “la entrada de inmigrantes de África”⁸, mientras que, en Alemania, el partido de extrema derecha Alternativa para Alemania (AfD), pide endurecer los controles a la inmigración ante el miedo europeo a la infección.

Por el contrario, otras medidas adoptadas han permitido agilizar los trámites para migrantes y refugiados profesionales en temas sanitarios como personal médico y de enfermería, con el objetivo de fortalecer los sistemas de salud en varios países europeos como España y Alemania y contribuir a luchar contra la pandemia.

Panamá, desde el 28 de enero de 2020, fecha de adopción del primer Decreto Ejecutivo ante la amenaza por el brote de coronavirus, establece la necesidad

de “reforzar todas las medidas sanitarias para estar preparados como país”⁹. Entre otras medidas señala en el artículo 2 las relativas a prevenir y controlar el riesgo de su entrada al país a fin de garantizar la salud de la población. Concretamente, el artículo 3 establece “medidas para vigilar y monitorear los controles específicos de los viajeros procedentes de países afectados o de riesgo”. En este contexto, tanto las entidades públicas como privadas tienen la obligación de cooperar con el Ministerio de Salud (MINSa) para prevenir y controlar el riesgo, mediante la notificación de los viajeros procedentes de países afectados o de riesgo, proporcionar información sobre la planificación de eventos (reuniones internacionales, congresos u otros) o desarrollar acciones de divulgación en materia de promoción de la salud.

El artículo 8 del Decreto esta-

blece que el Ministerio de Salud podrá activar centros de referencia del sector público, pero también privado para hacer frente a la emergencia sanitaria en el territorio nacional. Según datos del MINSa de 2017¹⁰, 910 instalaciones de salud pública se encuentran en funcionamiento a nivel nacional, el 89% administradas por el Ministerio de Salud y el 11%, por la Caja del Seguro social, mientras que la población estimada atendida por cada categoría es del 40% por el MINSa, 60% por la Caja del Seguro Social y 15% por empresas privadas. En estos días, no existe tal distinción, y mucha gente con seguro se atiende en las instalaciones del MINSa y viceversa, funcionando como una auténtica red a nivel práctico.

El coordinador residente de Naciones Unidas en el país, César Núñez, asegura que el acceso a la sanidad pública es universal ante esta emergencia, incluyendo a las personas migrantes: “No se está haciendo ninguna distinción. Y un principio de salud pública es que necesitamos identificar dónde están las personas con coronavirus,

8 Planas Bou, C. (29 de febrero de 2020), “Alarma y miedo: así es como la extrema derecha europea explota el coronavirus”. *El Periódico*, consultable en www.elperiodico.com.

9 Decreto Ejecutivo No. 64, de 28 de enero de 2020, que adopta las medidas necesarias que sean imprescindibles e impostergables, contenidas en el Plan Nacional ante la Amenaza por el Brote del Nuevo Coronavirus (2019-nCoV) definido por el Ministerio de Salud, en Gaceta Oficial Digital No. 28950-B, de 29 de enero de 2020.

10 Ministerio de Salud. (2018). *Análisis de Situación de Salud*. Panamá: MINSa.

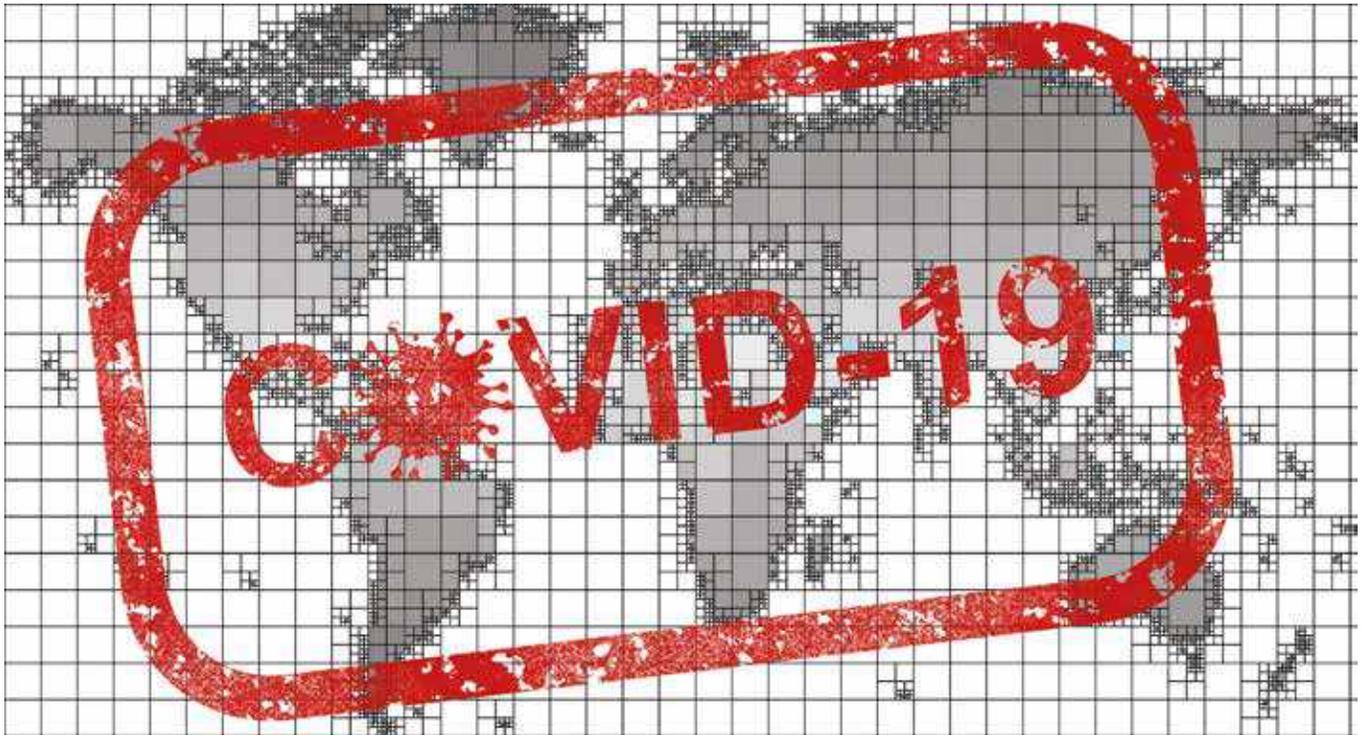


Imagen de Pete Linforth en Pixabay.

no importa si es nacional o no, para poder brindarle la atención que necesita y pasar al aislamiento y evitar la propagación”¹¹.

Panamá ha reconocido tradicionalmente la situación de desigualdad que hay entre las regiones rurales, urbanas e indígenas del país en el derecho a la salud,

lo que ha conllevado el desarrollo de programas y políticas de atención primaria y de salud integral en áreas indígenas y rurales para paliar estas inequidades¹². También señala la necesidad de mantener y mejorar las atenciones de salud en los albergues de migración, para lo cual se han realizado

adecuaciones en las infraestructuras y mejorado las coordinaciones con consulados e instituciones gubernamentales y no gubernamentales¹³. Ahora bien, se han constatado discriminaciones por razón de sexo en el ámbito del derecho a salud dirigidas a las personas lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersexuales (personas LGBTI)¹⁴. El Sistema de Naciones Unidas ha recomendado a Panamá en materia de salud “garantizar el acceso a los servicios de salud para las personas pertenecientes a grupos en situación de vulnerabilidad”¹⁵. En concreto, al Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad le

11 “Panamá va un paso por delante en la respuesta al coronavirus” (19 de marzo de 2020). Noticias ONU. Consultable en <https://news.un.org/es/story/2020/03/1471462>.

12 Programa de Salud Mesoamérica 2015, el Programa de Agua Medioambiente, el Programa de Nutrición Infantil, el Programa Red de Oportunidades, el Proyecto de Sanidad Básica 100/0 y la política de prevención de enfermedades de transmisión sexual. Informe nacional presentado con arreglo al párrafo 5 del anexo de la resolución 16/21 del Consejo de Derechos Humanos, de 11 de febrero de 2015, A/HRC/WG.6/22/PAN/1, § 81.

13 *Ibidem*, § 105.

14 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2015), Recopilación de acuerdo al párrafo 15 b) del anexo de la resolución 5/1 del Consejo de Derechos Humanos y al párrafo 5 del anexo de la resolución 16/21 del Consejo, de 23 de febrero de 2015, A/HRC/WG.6/22/PAN/2, § 21.

15 *Ibidem*, § 57.

preocupa la falta de acceso a servicios de salud accesibles para personas con discapacidad¹⁶.

La pandemia del COVID-19 pondrá a prueba el sistema de salud nacional, por lo que es necesario hacer un seguimiento cercano a estos grupos que tradicionalmente han sufrido vulneraciones a su derecho a la salud para constatar que esta enfermedad no agrave estas desigualdades o genere nuevas discriminaciones, con el objetivo de garantizar a toda persona el disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

Otro derecho vinculado al de salud sobre el que es necesario poner énfasis durante esta pandemia es el **derecho humano al**

agua, reconocido en los artículos 11 y 12 del PIDESC, ya que el hecho de lavarse las manos con jabón y agua es el principal método de combatir el virus. Ahora bien, se ha de tener en cuenta que éste es un privilegio para 3 de cada 10 personas que carecen de acceso a servicios de agua potable seguros. De hecho, la escasez de agua afecta a más del 40% de la población mundial y se prevé que este porcentaje aumente¹⁷.

En Panamá, la cobertura de servicios de agua potable para el año 2017 con base en la Encuesta de Propósitos Múltiples es del 92.7%, lo que implica que 290,032 personas no cuentan con estos servicios a nivel nacional, encon-

trándose en su mayoría en áreas rurales y comunidades indígenas (250,293). Aunque se observan mejoras en la cobertura con relación a años anteriores en algunas provincias como Bocas del Toro, Darién, o las comarcas, la brecha se mantiene muy profunda en las comarcas indígenas¹⁸.

En 2010, la Asamblea General de las Naciones Unidas declara de manera explícita que el agua y el saneamiento son derechos humanos, reafirmando su interdependencia con otros derechos y exhortando a los actores internacionales a brindar recursos para intensificar los esfuerzos por proporcionar a toda la población el acceso económico al agua potable¹⁹. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales concretiza dos años más tarde que “el derecho humano al agua es el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico”²⁰. En 2008, el Consejo de Derechos Humanos designa a un experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos

16 Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2017), Observaciones finales sobre el informe inicial de Panamá con base a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 29 de septiembre de 2017, CRPD/C/PAN/CO/1, § 50.

17 Objetivos de Desarrollo Sostenible. Objetivo 6: Garantizar la disponibilidad del agua y su gestión sostenible y el saneamiento para todos. Para mayor información, se puede consultar www.un.org/sustainabledevelopment/es/water-and-sanitation/

18 La Comarca Guna Yala presenta un acceso del 2.1%, la Ngäbe-Buglé del 0.4% y la Comarca Emberá-Wounaan del 0%. Más información en Ministerio de Economía y Finanzas (2010). Desigualdades en el acceso y uso del agua potable en Panamá. Panamá: Ministerio de Economía y Finanzas.

19 Resolución aprobada por la Asamblea General el 28 de julio de 2010: El derecho humano al agua y el saneamiento, de 3 de agosto de 2010, A/RES/64/292.

20 Observación general Núm. 15 (2002). El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), de 20 de enero de 2003, E/C.12/2002/11, §2.

humanos relacionadas con el acceso al agua potable y al saneamiento²¹. Desde entonces, se han realizado importantes avances que han derivado en la declaración del Decenio Internacional para la Acción, Agua para el Desarrollo Sostenible (2018-2028), cuyo objetivo es contribuir a acelerar los esfuerzos para enfrentar los desafíos relacionados con el agua, como las altas tasas de mortalidad infantil causadas por la diarrea asociada a la escasez de agua o al consumo de agua contaminada. En Panamá, la diarrea y la gastroenteritis de presunto origen infeccioso y desnutrición son, junto con las enfermedades del sistema respiratorio, las principales causas de defunciones en personas menores de 5 años, estrechamente vinculadas a una adecuada disponibilidad de agua potable y saneamiento básico²².

Por tanto, hoy en día ya es ampliamente reconocido por los Estados que el derecho al agua es fundamental para asegurar un nivel de vida adecuado y, además, con base en el índice de pobreza multidimensional, es uno de los indicadores que contribuyen a la medición de las carencias vinculadas a la determinación de la pobreza multidimensional. En concreto, en Panamá, el 8.8% de las personas residentes en hogares multidimensionalmente pobres, son carentes en la disponibilidad de agua mejorada, ya sea por el tipo de fuente o el tiempo que el hogar cuenta con el suministro²³.

Entre las medidas adoptadas por Panamá en el contexto de la pandemia se destaca la racionalización del agua en el territorio nacional, ordenando el cierre temporal de lavados de autos y prohibiendo el uso irracional del agua

Entre las medidas adoptadas por Panamá en el contexto de la pandemia se destaca la racionalización del agua en el territorio nacional...



21 Catarina De Albuquerque fue designada como Relatora Especial sobre los derechos humanos al agua potable y el saneamiento entre 2008 y 2014. Actualmente, Léo Heller es el Relator Especial al respecto desde diciembre de 2014. Más información en www.ohchr.org/SP/Issues/WaterAndSanitation/SRWater.

22 Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), *Situación de los derechos de la niñez y la adolescencia en Panamá*. A 30 años de la Convención sobre los Derechos del Niño. 2019.

23 Ministerio de Economía y Finanzas–Ministerio de Desarrollo Social–Instituto Nacional de Estadística y Censo (2017). *Índice de Pobreza Multidimensional de Panamá: año 2017*.

para actividades de recreación y riego de jardines²⁴. El Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales (IDAAAN) ha anunciado planes de contingencia por los que se llevará a cabo la canalización de las captaciones de agua en varios ríos del país, se realizará la distribución de agua potable en carros cisterna a centros de atención médica y comunidades que lo requieran y se reforzarán las inspecciones en lava-autos, zonas comerciales y residenciales para asegurar que la población cumple con las medidas sanitarias anunciadas por el Gobierno²⁵.

Las empresas privadas vinculadas al suministro de agua también han adoptado en muchos países medidas que contribuyen a garantizar este derecho, por ejemplo, a través de la paraliza-

24 Artículo 3 del Decreto Ejecutivo No. 489, de 16 de marzo de 2020, que aprueba medidas sanitarias adicionales, para reducir, mitigar y controlar la propagación de la Pandemia por la enfermedad Coronavirus COVID-19 en el país, publicado en Gaceta Oficial Digital No. 28981-C, de 16 de marzo de 2020.

25 Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales (20 de marzo de 2020), *Idaan anuncia planes de contingencia en el interior del país*, Redacción de TVN Noticias.



Diseñado por rawpixel.com / Freepik.

ción de los cortes en el suministro de agua a los clientes (España), la reconexión gratuita al sistema de acueducto para garantizar el servicio de agua potable (Colombia), la adopción de protocolos para la protección del personal que opera los sistemas de agua potable (Ecuador) o garantizando la continuidad de los servicios de atención al cliente a través de medios telemáticos (Perú).

Los mayores retos planteados en Panamá con respecto a garantizar el derecho humano al agua durante la emergencia de salud pública consecuencia del COVID-19 se vinculan a facilitar el acceso al agua en las áreas indígenas y la continuidad del servicio en áreas urbanas de alta demanda. Será necesario hacer un balance de las consecuencias sufridas para la población a la que no se ha garantizado este derecho durante la pandemia para adoptar medidas integrales de manera inmediata que permitan prevenir más vulne-

raciones relacionadas con el derecho humano al agua y otros derechos humanos intrínsecamente relacionados como el derecho a la salud o el derecho a la vida.

Como consecuencia de la normativa adoptada para salvaguardar el derecho a la salud, el Estado ha adoptado una serie de medidas que restringen otros derechos humanos como el **derecho a la libertad de tránsito**. El toque de queda o la cuarentena son situaciones que limitan la libertad de movimiento, por lo que deben ser proporcionales a los riesgos y limitadas en el tiempo. Este tipo de medidas se han adoptado en la mayoría de los países de la región y también han sido implementadas durante otras pandemias ocurridas recientemente. Por ejemplo, México instauro el toque de queda en el marco de la epidemia de influenza A (H1N1) en 2009, por la que se suspenden algunas de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución,

en concreto, se otorgaba a la autoridad la capacidad para “ingresar a todo tipo de local o casa habitación para el cumplimiento de actividades dirigidas al control y combate de la epidemia”²⁶. Para prevenir la epidemia del ébola, Sierra Leona impuso un toque de queda de tres días en septiembre de 2014 que permitió la identificación de un gran número de casos en las áreas donde se implanta, logrando frenar la epidemia.

A pesar del número de personas afectadas por el virus del zika en Latinoamérica a partir de 2015, Panamá adoptó recomendaciones vinculadas a la vestimenta, sobre todo con relación a los turistas que visitaban el país durante ese período, y, en caso de contraer fiebre, se aconsejaba acudir a un centro de salud. El Ministerio de Salud realizó una importante labor para eliminar los criaderos de mosquitos en casas y alrededores, pero no se interpuso el toque de queda como una de las medidas para prevenir o contener la epidemia. Ello se debe a que este tipo de medidas restringen derechos humanos y únicamente deben ser

26 Oehmichen-Bazán, C. y Paris-Pombo, M.D. (2010). *El rumor y el racismo sanitario durante la epidemia de influenza A/H1N1*. *Cultura y representaciones sociales*, versión online, vol. 5 n. 9, México.

adoptadas por los Gobiernos en casos excepcionales.

El toque de queda en Panamá se ha ido progresivamente extendiendo a medida que se constataba el incremento de los casos en el país: nocturno en un inicio²⁷ y ampliado a las 24 horas del día a partir del 25 de marzo de 2020, el cual se mantendrá vigente mientras dure la declaratoria de Estado de Emergencia Nacional²⁸. Según varios juristas, la medida requiere la autorización mediante un Decreto de Gabinete, incluso por la Asamblea Legislativa, debido a que restringe derechos establecidos en la Constitución Política por más de 10 días. Ahora bien, esto

permitiría afirmar que otros Decretos Ejecutivos adoptados por el presidente hubieran requerido la adopción, asimismo, por el Consejo de Gabinete, al afectar a otros derechos fundamentales establecidos en el artículo 55 de la Constitución²⁹, como el derecho de reunión o de propiedad.

La DUDH reconoce en su artículo 13 que “toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado”, lo que queda plasmado, con matices, en el artículo 12 del PIDCP: “Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a es-

coger libremente en él su residencia”. Este mismo artículo señala la posibilidad de restringir estos derechos en el caso de que se halle previsto en la ley y sean necesarias para proteger la salud pública.

En este contexto, tal como señalan varios representantes del Sistema de Naciones Unidas, “es vital que cualquier ajuste de los controles fronterizos, restricciones de viaje o limitaciones a la libertad de movimiento no impidan que las personas que huyan de la guerra o la persecución puedan acceder a la seguridad y la protección”³⁰. Según expone el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, “las medidas que los Estados adopten para proteger la salud pública pueden afectar a las personas en necesidad de protección internacional. Si bien dichas medidas pueden incluir un examen de salud a la entrada o imponer cuarentenas a las personas que busquen protección internacional, tales medidas no pueden derivar en negarles una oportunidad efectiva de solicitar asilo o dar lugar a la devolución”³¹.

27 Según el artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 490, de 17 de marzo de 2020, “se establece toque de queda en todo el territorio nacional, a toda la población de la República de Panamá, desde las 9:00 p.m. horas hasta las 5 a.m. horas”.

28 Artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 507, de 24 de marzo de 2020, que amplía el toque de queda decretado mediante el Decreto Ejecutivo No. 490 de 17 de marzo de 2020 y dicta otras disposiciones.

29 El artículo 55 de la Constitución Política de la República de Panamá establece: “En caso de guerra exterior o de perturbación interna que amenace la paz y el orden público, se podrá declarar en estado de urgencia toda la República o parte de ella y suspender temporalmente, de modo parcial o total, los efectos de los artículos 21, 22, 23, 26, 27, 29, 37, 38 y 47 de la Constitución”.

30 Bachelet, M. y Grandi, F. (10 de marzo de 2020). “The coronavirus outbreak is a test of our systems, values and humanity”. *The Telegraph*. Michelle Bachelet es la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Filippo Grandi es el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.

31 ACNUR (16 de marzo de 2020). *Consideraciones jurídicas sobre el acceso al territorio para las personas en necesidad de protección internacional en el contexto de la respuesta frente al COVID-19*. Consultable en <https://www.refworld.org/es>

Con el objetivo de evitar la discriminación, algunos países han solicitado respetar la identidad de los pacientes con COVID-19...



La pandemia del coronavirus también ha puesto de manifiesto la proliferación de mensajes racistas en redes sociales hacia las personas de origen asiático y actitudes discriminatorias hacia las personas de mayor riesgo de contraer la COVID-19, como adultos mayores. El artículo 7 de la DUDH establece la **prohibición de la discriminación**. Por su parte, el PIDCP señala en el artículo 20 que “toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley”. Además, el artículo 26 establece que “todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social,

posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Con el objetivo de evitar la discriminación, algunos países han solicitado respetar la identidad de los pacientes con COVID-19, para lo cual es fundamental garantizar la confidencialidad de la información de las personas que tienen la COVID-19, las personas que pueden tenerla, así como las personas que murieron tras contraerla. En Panamá se han observado casos de discriminación social e incluso amenazas hacia familiares y personas con COVID-19. El Gobierno debe instar además a las empresas a manejar con responsabilidad la información al respecto que afecte a sus trabajadores para minimizar el riesgo de sufrir discriminación como consecuencia de tener esta enfermedad. En China, algunas organizaciones ya están advirtiendo de casos de discriminación laboral en pacientes recuperados de la COVID-19³², lo que habrá que monitorear de cerca en todos

32 Chen, P (febrero de 2020). “#NoSoyUnVirus. El coronavirus que «justifica» la sinofobia”. *Nueva Sociedad*. Consultable en <https://nuso.org/articulo/coronavirus-sinofobia-China-discriminacion/>.

los países para garantizar que no haya vulneraciones al derecho humano que prohíbe la discriminación por motivos de salud.

La Experta Independiente de las Naciones Unidas sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad, Rosa Kornfeld-Matte, ha manifestado su preocupación por la situación “alarmante e inaceptable” al identificar varias personas adultas mayores abandonadas en residencias y otros centros durante la pandemia de COVID-19, incluso después de haber fallecido³³. La Experta denuncia que varios países, ante la saturación del sistema sanitario, recurran al criterio de la edad para determinar la distribución de los recursos médicos. Además, el distanciamiento social recomendado en la mayoría de los países ha con-

llevado una exclusión social para las personas adultas mayores, a los que se les dificulta el contacto con familiares y amigos por su mayor desconocimiento en el uso de los medios electrónicos como internet o los teléfonos inteligentes.

Otro de los grupos que han sufrido discriminación durante esta pandemia, a pesar de su esfuerzo, sacrificio y dedicación, es el personal de salud. En Panamá, los trabajadores sanitarios, en concreto, las enfermeras, han denunciado actos discriminatorios en medios de transporte y supermercados, incluso han manifestado haber recibido insultos por parte de algunos ciudadanos³⁴. En México, organismos como el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación están tomando medidas para prevenir y promover la sanción de este tipo

de situaciones³⁵. En Panamá, a falta de una entidad específica en el abordaje de estas vulneraciones que opere de manera efectiva³⁶, el Ministerio de Desarrollo Social y la Defensoría del Pueblo deberían fortalecer los mecanismos para identificar estas situaciones y proceder con la sanción y/o denuncia oportuna, en estrecha colaboración con las personas y/o grupos involucrados en actos discriminatorios.

Otro de los derechos que se han visto gravemente afectados en el marco de esta pandemia es el **derecho humano a la información**. El artículo 19 de la DUDH señala el derecho de investigar y recibir informaciones y opiniones por cualquier medio de expresión³⁷, mientras que el PIDCP establece que “toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este de-

33 Kornfeld-Matte, R. (27 de marzo de 2020). “Unacceptable”—UN expert urges better protection of older persons facing the highest risk of the COVID-19 pandemic, consultable en <https://www.ohchr.org/>.

34 “Coronavirus en Panamá: Advierten discriminación contra enfermeras en medio de alerta por coronavirus” (16 de marzo de 2020). Redacción Panamá América, consultable en www.panamaamerica.com.pa.

35 Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación establece medidas preventivas en relación con la atención al público para contener la propagación del virus SARS-CoV2 (COVID-19), de 26 de marzo de 2020, consultable en <https://www.conapred.org.mx/docs/acuerdo.pdf>.

36 En Panamá, la Comisión Nacional contra la Discriminación, creada en base al artículo 8 de la Ley No. 16, de 10 de abril de 2002, que

regula el derecho de admisión en los establecimientos públicos y dicta medidas para evitar la discriminación, hace referencia a la aplicación por parte de Panamá de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.

37 Sobre la base de la Resolución 59 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobada en 1946, sobre la Convocación de una conferencia internacional de libertad de información, en la que se define la libertad de información como “un derecho humano fundamental” que implica el “derecho de recopilar, transmitir y publicar noticias en cualquier parte y sin restricción alguna y como tal es un factor esencial en cualquier esfuerzo serio para fomentar la paz y el progreso del mundo”.

recho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”. A continuación, el artículo 19 del PIDCP indica que el ejercicio de este derecho puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán estar expresamente establecidas por ley y ser necesarias para salvaguardar la salud pública, entre otras. Todas las personas tienen el derecho, por tanto, a ser informadas de los riesgos que la COVID-19 representa para la salud, así como las medidas para mitigar dichos riesgos.

La Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Michelle Bachelet, afirma que “los gobiernos deben asegurarse de que la población en su conjunto, sin excepción, recibe toda la información pertinente en formatos e idiomas comprensibles y adaptados a las personas con necesidades específicas, tales como los niños, los que tengan discapacidades

visuales o auditivas y quienes no saben leer o lo hacen con dificultad”³⁸. En concreto, la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, Catalina Devandas, señala que “las campañas de información pública y la información proporcionada por las autoridades nacionales de salud deben estar disponible en lengua de señas y en modos, medios y formatos accesibles, incluida la tecnología digital, los subtítulos, los servicios de relevo, los mensajes de texto, la lectura fácil y el lenguaje sencillo”³⁹.

La Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) tiene entre sus objetivos mejorar el acceso universal a la información y el conocimiento. En este sentido colabora con los Estados y organismos regionales que promueven el derecho a la libertad de información. En América Latina y El Caribe destaca la Comi-

Los gobiernos deben asegurarse de que la población en su conjunto, sin excepción, recibe toda la información pertinente...



38 Bachelet, M. (6 de marzo de 2020). *Coronavirus: La respuesta debe basarse íntegramente en los derechos humanos*. Consultable en <https://www.ohchr.org/>.

39 Devandas, C. (17 de marzo de 2020). *COVID-19: ¿Quién protege a las personas con discapacidad?* Consultable en <https://acnudh.org/covid-19-quien-protege-a-las-personas-con-discapacidad-experta-onu/>.

sión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), impulsora de la creación de la Oficina del Relator Especial para la Libertad de Expresión en 1997 y adopta la Declaración Interamericana de Principios sobre la Libertad de Expresión en el año 2000, base de la Ley No. 6 de 2002, de 22 de enero, que dicta normas para la transparencia en la gestión pública, establece la acción de Hábeas Data y dicta otras disposiciones.

El conocimiento técnico y científico debe prevalecer sobre la información falsa que ha surgido durante estas semanas en los diversos medios, pero, sobre todo, en las redes sociales. La OMS ha utilizado el término “infodemia” para denominar la expansión de la información falsa sobre el coronavirus, concretamente, señala que la “infodemia está obstaculizando las medidas de contención del brote, propagando el pánico y confusión de forma innecesaria y generando división en un momento en el que necesitamos ser solidarios y colaborar para salvar vidas y para poner fin a esta crisis sanitaria”⁴⁰.

En Panamá, desde el inicio

de la adopción de la normativa relativa a la prevención del brote del nuevo coronavirus en enero de 2020, con la adopción del Decreto Ejecutivo No. 64, se incluyen medidas específicas respecto al derecho a la información. Por un lado, se insta a la empresa privada a brindar al Ministerio de Salud su colaboración para divulgar información en materia de promoción de la salud (artículo 4). Además, el Ministerio de Salud se erige como el único ente autorizado para divulgar información referente a todo lo relativo al brote del nuevo coronavirus a nivel nacional, por lo que insta a los medios de comunicación social a abstenerse de difundir información que provenga de “las redes sociales y fuentes no autorizadas que puedan causar alarmas injustificadas en la población” (artículo 9). Más concretamente, exige a los medios de comunicación masivos

en Panamá y a las Oficinas Institucionales de Relaciones Públicas de las entidades públicas del país coordinar con la Oficina de Relaciones Públicas del Ministerio de Salud para todo lo que se vincule con la divulgación de las noticias sobre el COVID-19 (artículo 10). Finalmente, establece que “los medios de comunicación social masivos difundirán, de manera gratuita y oportuna, los mensajes que promueva el Ministerio de Salud para la prevención, mitigación y control del problema de salud pública existente” (artículo 11).

Como se puede observar, el acceso a la información veraz y pertinente ha sido una prioridad para el Ejecutivo en el marco de esta pandemia. En una declaración conjunta de los tres relatores de la libertad de expresión a nivel internacional⁴¹ señalan que “la información falsa sobre la pandemia podría provocar preocupaciones

40 Adhanom Ghebreyesus, T., Director General de la OMS, y Ng, A., vicepresidente de Tencent Healthcare, y miembro del grupo consultivo técnico sobre salud digital de la OMS (18 de febrero de 2020). La desinformación frente a la medicina: hagamos frente a la “infodemia”, *El País*.

41 Los expertos David Kaye, Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión; Harlem Désir, Representante de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) para la Libertad de los Medios de Comunicación y Edison Lanza, Relator Especial de la CIDH para la Libertad de Expresión.

en materia de salud, pánico y desorden. En este sentido, es esencial que los gobiernos y las empresas de Internet aborden la desinformación por sí mismos en primer lugar proporcionando información fiable. Esto puede hacerse en forma de mensajes públicos sólidos, apoyo a los anuncios de servicio público y apoyo de emergencia a la radiodifusión pública y al periodismo local (por ejemplo, mediante anuncios de salud del gobierno)⁴².

En este contexto de aislamiento social es fundamental que el Estado promueva e incluso garantice el acceso a Internet para proteger el acceso y la libre circulación de la información durante la pandemia. Muchos de los recursos establecidos por los Gobiernos para la prevención y consultas se basan en aplicaciones que requieren Internet para su utilización. Esto implica que no será posible para gran parte de la población panameña acceder a

estos recursos; fundamentalmente en las áreas rurales e indígenas, ya que la mayoría de la cobertura de internet a nivel nacional se concentra en las áreas urbanas. En las Comarcas, el acceso a este servicio es prácticamente nulo y ello se debe, en gran parte, a la situación provocada por la escasez de fluido eléctrico⁴³. Estas limitaciones requieren la adopción de medidas urgentes por parte del

Gobierno para fortalecer los mecanismos de prevención y atención de los casos de COVID-19 en todo el territorio nacional. Estas acciones gubernamentales se complementan con iniciativas de los operadores de telecomunicaciones en algunos países a fin de mantener los servicios de comunicaciones electrónicas contratados por todos los clientes, no pudiendo suspenderlos o interrumpirlos durante la duración del estado de emergencia. En Panamá, Naturgy ha anunciado la suspensión de los cortes de suministro y la aplica-

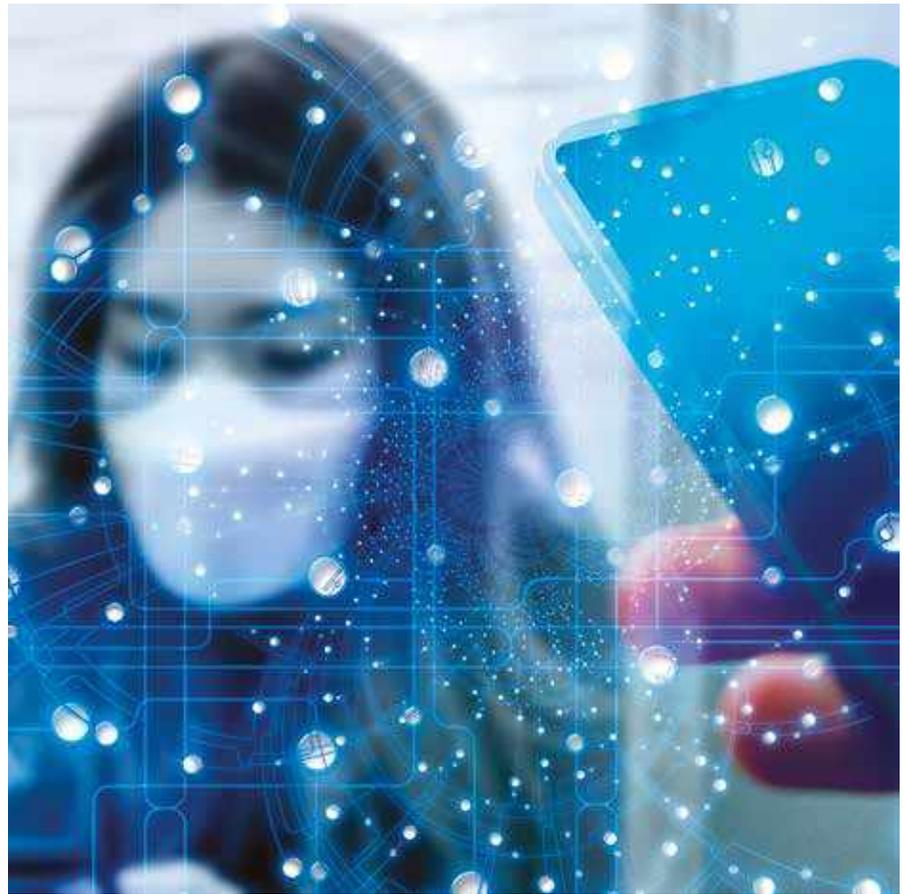


Imagen de Cerd Altmann (Geralt), Pixabay.

42 Comunicado de Prensa de la OEA R58/20, de 19 de marzo de 2020.

43 Ministerio de Economía y Finanzas (2010). *Acceso y uso de las tecnologías de información y comunicación*. Panamá: Ministerio de Economía y Finanzas.

ción del subsidio a las tarifas de acuerdo con las reducciones señaladas por la Autoridad de Servicios Públicos (ASEP)⁴⁴.

Además de estos derechos humanos, la crisis sanitaria consecuencia del COVID-19 conlleva afectaciones para otros como el derecho a la educación, el derecho a la vivienda, la alimentación, el derecho al trabajo, el derecho a la propiedad, el derecho al desarrollo económico y social, el derecho humano a la cultura, el derecho al respeto a la vida privada y familiar, el derecho a la libertad de empresa, así como al derecho de reunión y asociación. Es necesario que la sociedad se mantenga alerta para combatir la nueva enfermedad, pero también para garantizar que el Estado restringe estos derechos por motivos de salud pública de manera excepción y temporal, y sobre la base de una justificación necesaria, proporcionada y no discriminatoria.

44 Vidal Berrío, L. (29 de marzo de 2020). Orden de cortes de suministro de energía eléctrica fue suspendida por Naturgy. *El Capital Financiero*, consultable en <https://elcapitalfinanciero.com/>.

Conclusión

Los grupos en situación de vulnerabilidad, incluidas las personas mayores, personas con discapacidad, grupos minoritarios, pueblos indígenas, refugiados, solicitantes de asilo y migrantes, las personas privadas de libertad, personas sin hogar y aquellos que viven en pobreza, son los que sufren las más graves afectaciones del COVID-19. Durante esta crisis sanitaria, el Estado debe diseñar e implementar estrategias de respuesta a la enfermedad que tomen en consideración las necesidades y experiencias de estos grupos específicos para garantizar que sus derechos humanos no se encuentren vulnerados en la respuesta a ante esta pandemia.

Tal como ha podido constatare, el derecho a la salud, el derecho al agua, el derecho a no sufrir discriminación o el derecho a la información afecta de manera desproporcionada a determinados grupos sociales. Estos impactos deben ser tomados en cuenta por el Gobierno a la hora de adoptar las medidas durante el Estado de

Emergencia Nacional, pero también a más largo plazo, con el objetivo de disminuir las desigualdades y contribuir al desarrollo social y económico de toda la población.

Esta pandemia debe servir para analizar las causas que generan un agravamiento de las vulneraciones a los derechos humanos durante los períodos de crisis para abordarlas desde una perspectiva integral y holística, favoreciendo la mejora del nivel de vida de los grupos en situación de vulnerabilidad. En relación con el derecho a la salud, mediante el fortalecimiento de los sistemas de protección de salud pública y el bienestar social que han favorecido durante la pandemia la protección de las poblaciones en riesgo. Con respecto al derecho al agua, la mejora del acceso al agua en las áreas indígenas y la garantía de un servicio continuo en las áreas urbanas con una alta demanda. En el contexto del derecho a la libertad de tránsito será necesario analizar sus impactos en la violencia doméstica, como advierte Dubravka Simonovic, Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la violencia contra

la mujer, sus causas y consecuencias. En cuanto a la prohibición de la discriminación se debe dar seguimiento a los casos denunciados o reportados para garantizar una respuesta ante estas situaciones. El derecho a la información, por su parte, no podrá ser garantizado hasta que la cobertura de internet a nivel nacional sea extensible a las áreas rurales e indígenas.

Tal como se ha podido constatar, garantizar los derechos humanos no es únicamente responsabilidad del Gobierno, sino que el sector privado contribuye de manera activa en la promoción y adopción de medidas que mejoran la calidad de vida de la ciudadanía. Además de los derechos intrínsecamente vinculados al sector empresarial como el derecho al trabajo, la propiedad o la libertad de empresa, esta crisis sanitaria ha puesto de manifiesto la colaboración del sector privado para superar la pandemia al mismo tiempo que se minimizan las vulneraciones a los derechos humanos de la población, con énfasis en los grupos en situación de vulnerabilidad.

Esta crisis sanitaria de envergadura mundial pone a prueba el sistema de protección de los derechos humanos, pero también nuestros principios y valores de solidaridad, responsabilidad y humanidad. Es hora de estar a la altura de las circunstancias y no dejarnos llevar por prejuicios y miedos que no cuentan con el respaldo técnico y científico. Panamá debe retornar a la senda de la protección integral de los derechos humanos una vez se constata el control de la pandemia. La sociedad estará pendiente para monitorear este retorno y promover el aprendizaje de las buenas prácticas que pueden mejorar la calidad de vida de los grupos más vulnerables de nuestro país.

*Es hora de estar
a la altura de las
circunstancias y no
dejarnos llevar por
prejuicios y miedos que no
cuentan con el respaldo
técnico y científico...*



TABLA
Afectaciones a los derechos humanos por los Decretos Ejecutivos
promulgados por el Gobierno Nacional

Decreto Ejecutivo	Derecho afectado
Decreto Ejecutivo No. 64, de 28 de enero de 2020	Derecho a la salud Derecho a la libertad y a la seguridad Derecho al trabajo y los derechos de los trabajadores Derecho a la propiedad Derecho a la información y libertad de expresión
Decreto Ejecutivo No. 472, de 13 de marzo de 2020	Derecho a la salud Derecho al desarrollo económico y social Derecho humano a la cultura Derecho a la libertad de tránsito Derecho al respeto a la vida privada y familiar
Decreto Ejecutivo No. 489, de 16 de marzo de 2020	Derecho a la salud Derecho al desarrollo económico y social Derecho humano a la cultura Derecho a la libertad de tránsito Derecho al respeto a la vida privada y familiar Derecho al agua y saneamiento Derecho a la libertad de empresa Derecho a la propiedad Derecho a la información
Decreto Ejecutivo No. 490, de 17 de marzo de 2020	Derecho a la libertad de tránsito Derecho de circulación y residencia
Decreto Ejecutivo No. 499, de 19 de marzo de 2020	Derecho a la libertad de tránsito Derecho a la libertad y a la seguridad Libertad de reunión y de asociación
Decreto Ejecutivo No. 500, de 19 de marzo de 2020	Derecho a la libertad de empresa Derecho al trabajo
Decreto Ejecutivo No. 504, de 23 de marzo de 2020	Derecho a la libertad de tránsito Derecho al respeto a la vida privada y familiar Derecho a la propiedad
Decreto Ejecutivo No. 505, de 23 de marzo de 2020	Derecho a la libertad y a la seguridad
Decreto Ejecutivo No. 506, de 24 de marzo de 2020	Derecho a la libertad de empresa Derecho al trabajo

Decreto Ejecutivo	Derecho afectado
Decreto Ejecutivo No. 507, de 24 de marzo de 2020	Derecho a la libertad y a la seguridad Derecho a la libertad de empresa Derecho al trabajo Libertad de reunión y de asociación Derecho a la libertad de tránsito Derecho al respeto a la vida privada y familiar Derecho a la propiedad
Decreto Ejecutivo No. 513, de 27 de marzo de 2020	Derecho al debido proceso administrativo Derecho de libertad de información

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Organismos internacionales

- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: COVID-19: Estados no deben abusar de medidas de emergencia para suprimir derechos (16 de marzo de 2020), accesible en <https://acnudh.org>.
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2015), Recopilación de acuerdo al párrafo 15 b) del anexo de la resolución 5/1 del Consejo de Derechos Humanos y al párrafo 5 del anexo de la resolución 16/21 del Consejo, de 23 de febrero de 2015, A/HRC/WG.6/22/PAN/2.
- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (16 de marzo de 2020). Consideraciones jurídicas sobre el acceso al territorio para las personas en necesidad de protección internacional en el contexto de la respuesta frente al COVID-19. Consultable en <https://www.refworld.org.es>.
- Asamblea General el 28 de julio de 2010: El derecho humano al agua y el saneamiento, de 3 de agosto de 2010, A/RES/64/292.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2000). Observación General No. 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del PIDESC), de 11 de agosto de 2000, E/C.12/2000/4.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2002). Observación general Núm. 15. El derecho al agua (artículos 11 y 12 del PIDESC), de 20 de enero de 2003, E/C.12/2002/11.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2017), Observaciones finales sobre el informe inicial de Panamá con base a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 29 de septiembre de

2017, CRPD/C/PAN/CO/1.

- Consejo de Derechos Humanos: Informe nacional presentado con arreglo al párrafo 5 del anexo de la resolución 16/21 del Consejo de Derechos Humanos, de 11 de febrero de 2015, A/HRC/WG.6/22/PAN/1.
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), Situación de los derechos de la niñez y la adolescencia en Panamá. A 30 años de la Convención sobre los Derechos del Niño. 2019.
- Objetivos de Desarrollo Sostenible. Objetivo 6: Garantizar la disponibilidad del agua y su gestión sostenible y el saneamiento para todos. Para mayor información, se puede consultar www.un.org/sustainabledevelopment/es/water-and-sanitation.
- Organización Mundial de la Salud: Coronavirus disease (COVID-19)–Situation Dashboard. Accesible en <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>.

Normativa panameña

- Decreto Ejecutivo No. 64, de 28 de enero de 2020, que adopta las medidas necesarias que sean imprescindibles e impostergables, contenidas en el Plan Nacional ante la Amenaza por el Brote del Nuevo Coronavirus (2019-nCoV) definido por el Ministerio de Salud.
- Resolución de Gabinete No. 10, de 3 de marzo de 2020, que eleva a muy alta la amenaza de propagación del Brote del Nuevo Coronavirus (COVID-19) en el territorio nacional y dicta otras disposiciones.
- Decreto Ejecutivo No. 472, de 13 de marzo de 2020, que extiende las medidas sanitarias ante la Declaración de Pande-

mia de la enfermedad Coronavirus (COVID-19) por la OMS/OPS.

- Decreto Ejecutivo No. 489, de 16 de marzo de 2020, que aprueba medidas sanitarias adicionales para reducir, mitigar y controlar la propagación de la Pandemia por la enfermedad Coronavirus (COVID-19) en el país.
- Decreto Ejecutivo No. 490, de 17 de marzo de 2020, que declara Toque de Queda en la República de Panamá y dicta otras disposiciones.
- Decreto Ejecutivo No. 499, de 19 de marzo de 2020.
- Decreto Ejecutivo No. 500, de 19 de marzo de 2020, que aprueba medidas sanitarias adicionales para reducir, mitigar y controlar la propagación de la Pandemia por la enfermedad Coronavirus COVID-19 en el país.
- Decreto Ejecutivo No. 504, de 23 de marzo de 2020, que establece disposiciones sobre las medidas de cuarentena y/o aislamiento que se ordene a las personas diagnosticadas como caso sospechoso o positivo por COVID-19.
- Decreto Ejecutivo No. 505, de 23 de marzo de 2020, que modifica el artículo 1 del Decreto Ejecutivo No. 490 de 17 de marzo de 2020, que establece el toque de queda en la República de Panamá y dicta otras disposiciones.
- Decreto Ejecutivo No. 506, de 24 de marzo de 2020, que ordena la suspensión temporal de la actividad de la industria de la construcción.
- Decreto Ejecutivo No. 507, de 24 de marzo de 2020, que amplía el toque de queda decretado mediante el Decreto Ejecutivo No. 490 de 17 de marzo de 2020 y dicha otras disposiciones.
- Decreto Ejecutivo No. 513, de 27 de marzo de 2020, que modifica un artículo del Decreto Ejecutivo No. 507 de 24 de marzo de 2020, que amplía el toque de queda decretado mediante el Decreto Ejecutivo No. 490 de 17 de marzo de 2020 y dicha otras disposiciones.

Artículos y bibliografía adicional

- Adhanom Ghebreyesus, T., Director General de la OMS, y Ng, A., vicepresidente de Tencent Healthcare, y miembro del grupo consultivo técnico sobre salud digital de la OMS (18 de febrero de 2020). La desinformación frente a la medicina: hagamos frente a la “infodemia”, El País.
- Bachelet, M. (6 de marzo de 2020). Coronavirus: La respuesta debe basarse íntegramente en los derechos humanos. Consultable en <https://www.ohchr.org/>.
- Bachelet, M. y Grandi, F. (10 de marzo de 2020). The coronavirus outbreak is a test of our systems, values and humanity. The Telegraph.
- Chen, P. (febrero de 2020). #NoSoyUnVirus. El coronavirus que «justifica» la sinofobia. Nueva Sociedad. Consultable en <https://nuso.org/articulo/coronavirus-sinofobia-China-discriminacion/>.
- Coronavirus en Panamá: Advierten discriminación contra enfermeras en medio de alerta por coronavirus (16 de marzo de 2020). Redacción Panamá América, consultable en www.panamaamerica.com.pa.
- Devandas, C. (17 de marzo de 2020). COVID-19: ¿Quién protege a las personas con discapacidad? Consultable en <https://acnudh.org/covid-19-quien-protege-a-las-personas-con-discapacidad-experta-onu/>.
- Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales (20 de marzo de 2020), Idaan anuncia planes de contingencia en el interior del país, Redacción de TVN Noticias.
- Kornfeld-Matte, R. (27 de marzo de 2020). “Unacceptable” – UN expert urges better protection of older persons facing the highest risk of the COVID-19 pandemic, consultable en <https://www.ohchr.org/>.
- Ministerio de Economía y Finanzas – Ministerio de Desarrollo Social – Instituto Nacional de Estadística y Censo (2017). Índice de Pobreza Multidimensional de Panamá: año 2017.
- Ministerio de Economía y Finanzas (2010). Acceso y uso de las tecnologías de información y comunicación. Panamá: Ministerio de Economía y Finanzas.
- Ministerio de Economía y Finanzas (2010). Desigualdades en el acceso y uso del agua potable en Panamá. Panamá: Ministerio de Economía y Finanzas.
- Ministerio de Salud. (2018). Análisis de Situación de Salud. Panamá: MINSA.
- Oehmichen-Bazán, C. y Paris-Pombo, M.D. (2010). El rumor y el racismo sanitario durante la epidemia de influenza A/H1N1. Cultura y representaciones sociales, versión online, vol. 5 n. 9, México.
- Panamá va un paso por delante en la respuesta al coronavirus (19 de marzo de 2020). Noticias ONU. Consultable en <https://news.un.org/es/story/2020/03/1471462>.
- Planas Bou, C. (29 de febrero de 2020), Alarma y miedo: así es como la extrema derecha europea explota el coronavirus. El Periódico. Consultable en www.elperiodico.com.
- Sube a 24 las muertes y a 989 los casos confirmados de COVID-19 en Panamá (30 de marzo de 2020). Agencia EFE. Consultable en www.efe.com.
- Vidal Berrío, L. (29 de marzo de 2020). Orden de cortes de suministro de energía eléctrica fue suspendida por Naturgy. El Capital Financiero, consultable en <https://elcapitalfinanciero.com/>

Estudio de jurisprudencia penal panameña sobre coautoría

Study of Panamanian criminal jurisprudence on co-perpetratorship

ORESTES ARENAS NERO*

Resumen

En este artículo explico cómo se ha entendido la coautoría en la jurisprudencia penal panameña. Para esto, se utilizó técnicas de revisión bibliográfica, interpretación normativa y de análisis de jurisprudencia. En la misma se llegó a la conclusión, entre otras, que la coautoría es una forma de autoría en la que varias personas, previo acuerdo común, llevan a cabo un hecho de manera mancomunada, mediante una contribución objetiva a su realización. Dichas personas deben tener un dominio funcional del hecho.

Abstract

This paper explained how co-perpetratorship was understood in Panamanian criminal jurisprudence. For this, literature review techniques, normative interpretation and jurisprudence analysis were used. In it, it was concluded, among others, that co-perpetratorship is a form of perpetratorship in which several people, by common agreement, carry out



* Orestes Arenas Nero es profesor de Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Panamá. Es coordinador del Programa Universitario en el RENACER. Es egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá. Estudió su Maestría en Ciencias Penales en la Universidad de Costa Rica como becario del DAAD. Tiene las Maestrías en Estudios Criminológicos y en Docencia Superior de la Universidad de Panamá. Fue investigador invitado de la Universidad de Bremen y de Göttingen, ambas de Alemania.

a joint action, through an objective contribution to its realization.

Palabras claves: Derecho penal, coautoría, participación delictiva, jurisprudencia panameña.

Keywords: *Criminal Law, Co-Perpetratorship, Criminal Participation, Panamanian jurisprudence.*

1. Introducción

La finalidad de este artículo fue analizar la coautoría en la jurisprudencia penal panameña. También se interpretó, según el método exegético, la coautoría en el Código Penal de Panamá. La pregunta de investigación fue: ¿cómo ha definido la coautoría la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de Panamá? Por jurisprudencia penal panameña se entiende que son aquellos fallos de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia. Frente a esta interrogante, se planteó la hipótesis que la coautoría es la ejecución conjunta del delito acordado previamente, en la que todos los coautores cumplen con las exigencias del tipo penal.

2. Parte central

2.1. Método de investigación jurisprudencial

En este artículo se realiza un análisis jurisprudencial con la finalidad de lograr la "sistematización, sugerencia de interpretaciones a partir de las normas vigentes, sugerencia de modificación de las

normas vigentes" (Courtis, 2006. p. 127). Es decir, el análisis de las decisiones de dicho tribunal tiene la intención de organizar los conceptos relativos a la coautoría, mejorar la interpretación para futuros casos, y proponer modificaciones del propio Código Penal de Panamá.

La decisión judicial es entendida como "*a legal resolution or judgment of a question raised in a concrete factual context.*" [una resolución legal o criterio de una pregunta planteada en un contexto concreto de hechos.] (Lomio, Spang-Hanssen & Wilson, 2011, p. 240). De lo anterior se desprende que las sentencias solo aplican para casos concretos. Sin embargo, de ellas se pueden extraer conceptos y razonamientos que sirvan para predecir decisiones futuras, además de verificar si dichas decisiones son las que más se adecúan al Derecho penal. En este artículo se analizó la jurisprudencia de las altas cortes, es decir, de la Sala de lo Penal.

2.2. La coautoría en el Código Penal de Panamá

La coautoría está regulada en el Libro Primero, sobre la Ley Penal en General, Capítulo VII sobre Autoría y Participación, artículo 43. En este capítulo se establecen las formas a través de las cuales se puede atacar los bienes jurídicos protegidos penalmente. Dichas formas pueden ser como autor, autor mediato, cómplice primario, cómplice secundario e instigador. Sin embargo, también se deduce que la coautoría está comprendida en el artículo que regula la autoría. El artículo 43 dicta lo siguiente:

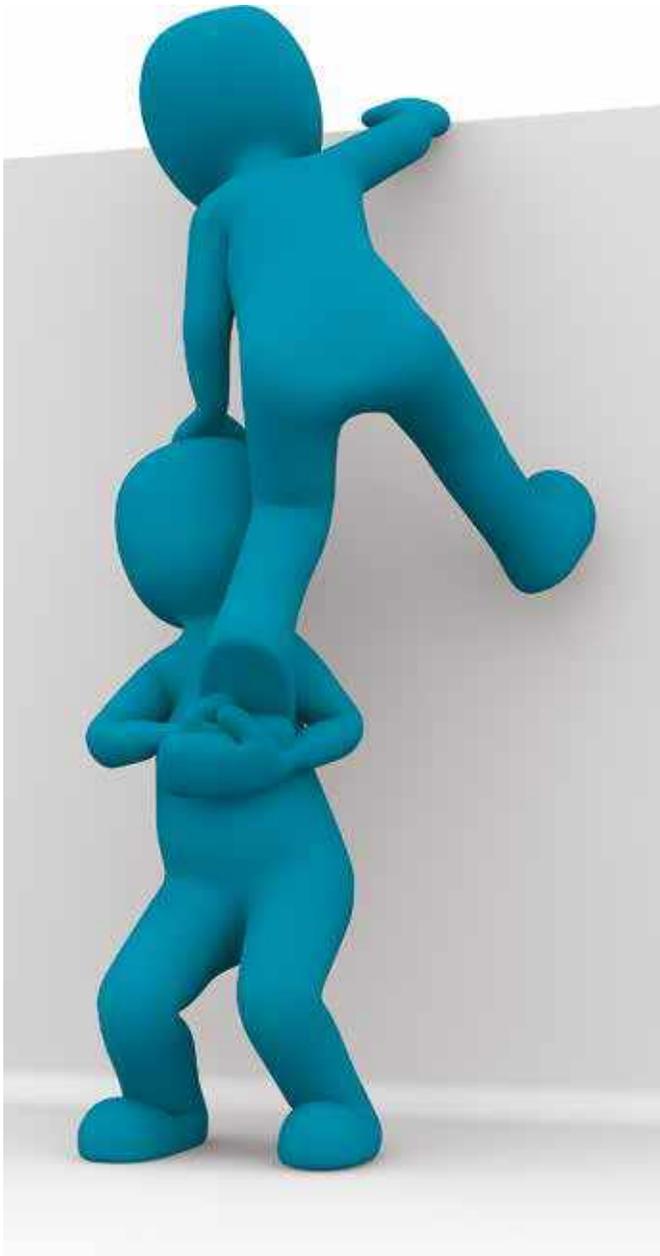


Imagen de Peggy und Marco Lachmann-Anke. Pixabay.

*“Es **autor** quien **realiza**, por sí mismo o por interpuesta persona, la **conducta** descrita en el **tipo penal**.”* (Lo resaltado no es original) (Código Penal, 2007, art. 43)

Utilizando el método de interpretación exegético, se advierte que, según la primera definición de la Real Academia de la Lengua Española, autor es aquella “[p]ersona que es causa de algo.” (Real Academia Española [RAE], 2019). De esto se desprende que el concepto autor existe fuera del Derecho penal, por lo que se debe ser cuidadosos al momento de analizar el mismo, debido a que es autor todo el que causa el hecho delictivo, sin embargo, el concepto de autor frente a hechos delictivos debe estar más acotado. Es decir, no todo causante es autor penal.

De lo anterior se desprende que, aquella persona que es usada por el autor mediato para cometer un delito es la causante del delito, pero no es autora del delito. Por ejemplo, A le cambia la bala de salva por una bala real a B, quien debe interpretar a un asesino en una obra teatral. Si bien es cierto B es el que dispara el arma contra C, causándole la muerte, también es cierto que B no tenía la intención de ocasionar el resultado, pero tampoco faltó al deber objetivo de cuidado. Por lo que B es causante de la muerte de C, pero B no es autor penal, sino que es un interpuesto entre A (el autor mediato de homicidio) y C (la víctima).

Por otro lado, una interpretación restrictiva y arbitraria del citado artículo 43 del Código Penal podría conducir a un análisis erróneo, en el sentido de

exponer que en Panamá la figura de la coautoría no está consagrada en el ordenamiento jurídico penal. Esto se debe a que el principio de legalidad, en su subprincipio de taxatividad legal, exige que las categorías utilizadas para sancionar penalmente a una persona estén consagradas de manera clara en la Ley Penal. Al no existir la figura de coautoría, no se puede sancionar a alguien como coautor, sino como autor. Si son varios, entonces como autores de un mismo hecho, más no como coautores.

Este problema que parece solo semántico se agrava frente a los hechos que estudian los tribunales penales. Por ejemplo, si A y B roban en un banco, entonces, ambos son coautores del robo. Si ambos tienen dominio funcional del hecho en el robo, no importan las tareas que desempeñaron en la ejecución del mismo. El problema radica en que, al no existir la coautoría en el Código Penal, entonces, siendo respetuosos con el principio de legalidad, ambos deberían ser autores del robo. Pero esto generaría enormes dificultades. Si A apuntaba con un arma, mientras que B se apoderaba de los bienes, entonces, A estaría realizando un delito contra la integridad psicológica de las personas (en virtud que no se apoderó de ningún bien). Por su parte, B solo estaría vulnerando el patrimonio económico de las personas, y no su integridad (en virtud que nunca amenazó a nadie con arma de fuego). Esto llevaría a la errónea conclusión que, no se está frente a dos coautores en el delito de robo; sino que se está frente a un hurto simple y una falta¹ administrativa por lesiones personales psicológicas.

Sin embargo, el concepto de autoría comprende a su vez a la coautoría, ya que este es un concepto que debe ser entendido a la luz de la dogmática penal, y no solo en su definición literal. Aunque, sería preferible adecuar el ordenamiento jurídico panameño para comprender taxativamente la figura de coautoría, tal cual lo tienen otros países, como Costa Rica² y Alemania³.

Continuando con el análisis del artículo 43 del Código Penal de Panamá, es autor quien realiza la conducta descrita en el tipo penal. El verbo realizar, también debe interpretarse como realizar una omisión. Para ejemplificar lo anterior, está el artículo 155 del Código Penal panameño, que señala lo siguiente: "*El servidor público [...] que, habiendo tenido conocimiento de una detención ilegal, omite o retarde adoptar la medida pertinente para hacerla cesar será sancionado...*" (Lo resaltado no es original). (Código Penal, 2007, art. 43). En este caso será autora aquella persona que omite realizar la conducta. Y, si son varios los servidores públicos que estén involucrados en la detención ilegal, entonces estos serán autores del mismo delito, por omitir tomar las medidas para garantizar la libertad.

1 Suponiendo que la lesión psicológica no ocasione una incapacidad superior a los 30 días, tal cual exige el ordenamiento penal panameño para considerar una lesión psicológica un delito.

2 Artículo 45 del Código Penal costarricense: Es autor del hecho punible tipificado como tal, quien lo realizare por sí o sirviéndose de otro u otros, y **coautores los que lo realizaren conjuntamente con el autor.**

3 Sección 25 del Código Penal alemán: (1) Se castiga como autor a quien cometa el hecho punible por si mismo o a través de otro. (2) **Si varios cometen mancomunadamente el hecho punible**, entonces se castigará a cada uno como autor (coautoría).

Finalmente, es autor (y por ende coautor) aquella persona que vulnere un bien jurídico expresamente protegido en el tipo penal. Esto nos da una garantía de seguridad jurídica, ya que nadie podrá ser autor de hechos que no estén previamente consagrados en la Ley Penal. Si la conducta no está descrita en el tipo penal, por más desviada y grave que sea, no puede ser reprochada mediante una sanción penal.

Cabe destacar que las sanciones penales establecidas en la Parte Especial del Código Penal, están pensadas para los autores y coautores del delito. Situación que no ocurre frente a otras formas de participación delictiva, específicamente frente a la complicidad secundaria, conducta para la cual la sanción no será menor de la mitad del mínimo ni mayor de la mitad del máximo, según establece el delito específico. Por ejemplo, en el delito de lesiones personales la pena para el coautor va a oscilar entre 4 y 6 años de prisión; mientras que para el cómplice secundario será de 2 a 3 años de prisión.

2.3. Jurisprudencia panameña sobre la coautoría

En todos estos casos la norma analizada es la relacionada con la coautoría, la cual está consagrada en el artículo 43 del Código Penal, el cual señala *“Es autor quien realiza, por sí mismo o por interpuesta persona, la conducta descrita en el tipo penal”* (Código Penal, 2007, art. 43).

El primer caso estudiado se trata de un homicidio doloso agravado y homicidio doloso agravado

imperfecto (tentativa), la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Panamá confirmó en su totalidad la sentencia de primera instancia emitida por el Segundo Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial en la que se condena a H. D. a 36 años de prisión, y a Á. L. a 45 años de prisión, por considerar a ambos como autores.

Según el testimonio de una víctima superviviente sucedió lo siguiente:

“se encontraba donde la vecina [C.] tomando cerveza con [M.M.] (q.e.p.d.) y [E.], cuando salió del callejón que está frente al apartamento de la señora [C.], el joven [H. D.], con una pistola 9mm con infrarrojo y empezó a detonar, descargándola toda. El primer disparo realizado impactó al occiso y otro sujeto llamado [Á. L.], con una 9mm, empezó a disparar.” (SSP del 18 de julio de 2019 del expediente 123-18)

Otra testigo señaló que *“observó a los sujetos [H. D. y Á. L.], retirándose del lugar con una pistola en la mano, cada uno.”* (SSP del 18 de julio de 2019 del expediente 123-18). De esto se desprende una vinculación directa por testimonios.

Además, la madre de la víctima superviviente declaró que *“fue amenazada por la mamá y la hermana del procesado [Á. L.] y que tanto la abuela del procesado [H. D.], como él mismo, la amenazaron en su lugar de trabajo, con la finalidad de que retiraran la acusación”* (SSP del 18 de julio de 2019 del ex-

pediente 123-18). Además, le dijeron que *“le prenderían la casa y en el barrio se comentaba que la mandaron a matar”* (SSP del 18 de julio de 2019 del expediente 123-18). Por lo que en este caso hubo un peligro para las víctimas.

En defensa de los imputados, varias personas atestiguaron que no se encontraban en el lugar de los hechos, sin embargo, la Sala de lo Penal consideró que los testimonios no desmeritaban la acusación *“en virtud que deben ser considerados testigos sospechosos [...] por el vínculo que mantienen con los procesados y por falta de pruebas que dieran sustento a sus declaraciones.”* (SSP del 18 de julio de 2019 del expediente 123-18).

En defensa de los imputados, una víctima de los hechos señaló que *“era de noche y no había luminaria en el lugar de los hechos”* (SSP del 18 de julio de 2019 del expediente 123-18). Sin embargo, otros testigos directos vincularon a los acusados con el homicidio.

Lo medular en este caso es que se toma como cierto el testimonio de la víctima superviviente, según el cual H. D. fue el que realizó el disparo que impactó al hoy difunto, mientras que Á. L. también disparó, pero no se le vincula con la muerte de la víctima. Sin embargo, al momento de imponer las respectivas sanciones, a H. D. lo penalizan con 36 años de prisión, mientras que a Á. L. le imponen una pena superior (45 años de prisión). De lo anterior se desprende que ambos fueron considerados como autores del homicidio (aunque solo H. D. realizó el disparo mortal) y como autores de la tentativa de homicidio.

Esto es así porque ambos autores realizaron la acción de disparar contra las víctimas, y ambos aceptaron las consecuencias de sus acciones. Es decir, en los dos acusados estaba el ánimo de matar. Cabe destacar que estamos frente a un dolo directo de primer grado frente a un mismo hecho. Sería incorrecto decir que H. D. es autor del homicidio, y que Á. L. es autor de la tentativa. Esto es así porque hubo un dominio funcional por parte de ambos. No se trata de hechos separados y aislados el uno del otro, sino que se trataba de una situación ocurrida en el mismo tiempo y espacio. Ambos intervinientes participaron de manera conjunta y consensuada en la ejecución del hecho delictivo. Y ambos realizaron la misma conducta: disparar con intención de matar, aunque solo uno de ellos logró hacerlo.

En otro caso sobre homicidio doloso agravado, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Panamá reformó la sentencia de primera instancia emitida por el Segundo Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial, en la que se condenaba J. L. y a P. M. como autores a la pena de 25 años de prisión e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por un lapso de 5 años; luego que un tribunal de conciencia los hallara culpables. La reforma consistió en mantener a P. M. como autor, aunque si accedió a reducir la pena a solo a 20 años de prisión; mientras que J. L. fue considerado cómplice secundario, y su pena fue reducida a 15 años de prisión. Ninguno fue inhabilitado para el ejercicio de funciones públicas luego de cumplir la pena.

Según testigos *“pasó un taxi de color amarillo, se estacionó al final de la vereda, era conducido por [J.*

L.] y en el asiento del pasajero viajaba [P. M.], éste último sacó un arma de fuego e hizo tres disparos que impactaron a [la víctima]" (SSP del 28 de mayo de 2019 del expediente 03-19). Con esto se vincula directamente a los acusados con el hecho delictivo. P. M. como ejecutor, y J. L. como colaborador.

Por su parte, "el Segundo Tribunal Superior calificó la conducta realizada por [P.M.] y [J.L.] como autores del delito de homicidio agravado mediante arma de fuego disparada". (SSP del 28 de mayo de 2019 del expediente 03-19). Es decir, ambos son autores del homicidio doloso agravado. Dicho Segundo Tribunal Superior sustenta su decisión en el siguiente razonamiento:

*"[J.L.], era el conductor y [P.M.], fue quien le propinó los disparos para aquella fecha, por lo que **se requirió la intervención conjunta de estas dos personas tendientes a lograr el fin y es segar la vida de [R.G.] (q.e.p.d.), como quiera que tanto uno le disparaba a la víctima el otro facilitaba la cercanía del agresor y salida del sitio, de modo que las acciones coordinadas de estos hicieron posible la ejecución del homicidio doloso agravado.**"* (Lo subrayado no es original). (SSP del 28 de mayo de 2019 del expediente 03-19)

De lo anterior se desprende que para el tribunal de primera instancia existen elementos que acreditan la necesidad de considerar este hecho como un delito cometido en coautoría. Primero, la participa-

ción de un número plural de personas. Es decir, en la comisión del hecho participaron objetivamente los dos acusados. Segundo, ambos tenían la intención de acabar con la vida, para lo que idearon un plan en el que ambos debían dar su aporte. Sin embargo, dicho tribunal se equivoca al considerar que los aportes de ambos participantes en el delito son equivalentes. Solamente el actuar de P. M. es esencial para la consumación del homicidio.

En este caso P. M. fue el que realizó los disparos, por lo que tuvo dominio del hecho. Sin embargo, J. L. solo transporta a quien disparó. De esto se desprende que su aporte no fue indispensable para la comisión del delito. Señalar que, facilitar la huida o facilitar el acercamiento del victimario a la víctima constituyen formas de dominio del hecho significaría darle un alcance al concepto que no tiene. La actuación de J. L. estaba totalmente subordinada a la de P. M.

Frente a esto, la Sala de lo Penal señaló que "en este caso la acción de causar la muerte es atribuible a quien efectuó los disparos, es decir, [a P.M.]" (SSP del 28 de mayo de 2019 del expediente 03-19). Estos hechos se diferencian de los hechos de la sentencia estudiada anteriormente, en virtud que, en aquella situación, ambos dispararon sus armas de fuego, mientras que, en este caso, solamente uno realiza los disparos.

Lo anterior no quiere decir que J. L. debe ser absuelto de toda responsabilidad. Sino que su responsabilidad no es como coautor, si no como cómplice. En este sentido la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de Panamá señaló lo siguiente:

“[J.L.] **no tomó parte en la ejecución del hecho punible (acción de disparar con arma de fuego contra el hoy finado) ni prestó al autor una ayuda sin la cual no habría podido cometer el delito, por ejemplo, facilitarle el arma de fuego, más bien, su actuar doloso se adecúa a prestar una ayuda al autor del hecho que consistió en llevarlo hasta el sitio donde estaba la víctima, esperar a que le disparara y sacarlo del lugar. En consecuencia, su actuar ilícito es el de un cómplice secundario.**” (Lo subrayado no es original). (SSP del 28 de mayo de 2019 del expediente 03-19)

En síntesis, J. L. no tenía el dominio del hecho. Es decir, no decidía si disparaba el arma de fuego contra la víctima. Si no que su aporte consistió en facilitar al homicida la llegada y huida del lugar de los hechos. Su aporte sucedió antes y después de la acción homicida. Por lo tanto, J. L. no cometió el homicidio, sino que participó en el homicidio que realizó M. P. El ataque de J. L. fue accesorio y no directo, a diferencia del de M. P.

En un caso distinto, pero frente al mismo delito de homicidio doloso agravado, la Sala Segunda de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de Panamá reformó la sentencia de primera instancia emitida por el Segundo Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial, en la que se condenaba P. G. y F. A. como autores a la pena de 28 años de prisión e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por 5 años. Frente a F. A. la sentencia se confirmó. Si embargo,

la situación jurídica de P. G. fue cambiada. Pasó de ser considerado autor a ser sancionado como cómplice primario. Para ambos, la pena de prisión y de inhabilitación fue confirmada por la Sala Penal, por lo que la sanción se mantuvo idéntica, aunque, en el caso de P.G. por una calificación jurídica distinta.

Los hechos en cuestión fueron los siguientes:

“El 10 de abril de 2013 [...] cuatro sujetos llegaron al local comercial Mini Súper Pueblo Nuevo; dos de ellos entraron, el primero pidió una pasta de diente, le pagó al dependiente y salió del establecimiento, el segundo pidió unas cervezas pero el propietario [G.H.] se negó a despacharle por lo que el sujeto **sacó un arma de fuego y le hizo tres disparos**. Los asaltantes se llevaron la caja fuerte, dinero de la máquina registradora, tres celulares y un arma calibre 32.

Los sujetos se fueron por una calle que está a la mano derecha del local, por donde transitaba un automóvil conducido por [R.R.]. Uno de los asaltantes le **apuntó** a [R.R.], llegó el otro sujeto que llevaba como una caja fuerte al hombro, ambos se subieron al auto, les dijeron que no miraran para atrás porque sino les iban a disparar y que siguieran adelante, les dijeron que les entregaran todo lo que tenían **despojándolos** de la suma de B/.70.00 que era el producto de la venta del día y se bajaron del vehículo.” (Lo resaltado no es original). (SSP del 28 de mayo de 2019 del expediente 84-19)



Imagen de Kerttu en Pixabay.

Para la Sala de lo Penal se está frente a un homicidio agravado y a dos robos agravados. Contra la víctima G. H. se cometió un robo agravado y un homicidio agravado. Mientras que, contra la víctima R. R. se cometió otro robo agravado. En este sentido, la Sala de lo Penal sostuvo que *“los acusados también fueron declarados autores por otro delito de robo que ocurrió después que salieron del Mini Súper”* (SSP del 28 de mayo de 2019 del expediente 84-19). Es decir, el robo en contra de R. R.

Sin embargo, frente a G. H., el delito de robo agravado se subsume dentro de la agravante contemplada en el numeral 8 del artículo 132, que dispone lo siguiente: *“El delito previsto en el artículo anterior [se agravará cuando se cometa para] preparar, facilitar o consumir otro delito, aun cuando este no se realice.”* (Código Penal, 2007, art. 132.8). De lo anterior se desprende que no se está frente a un homicidio y un robo, sino, frente a un homicidio agravado, ya que el homicidio se agravará cuando se cometa para consumir otro delito (en este caso el robo). En este sentido, la Sala de lo Penal dispuso que *“la conducta de los procesados se subsume en lo normado en el artículo 132 numeral 8°”* (SSP del 28 de mayo de 2019 del expediente 84-19).

Con base en lo anterior, se sancionó a ambos a 20 años de prisión por el delito de homicidio agravado contra G. H., y 8 años por el delito de robo agravado contra R. R. Sin embargo, en dicha sentencia existe una incongruencia, en virtud que P. G. fue sancionado como cómplice del delito contemplado en el artículo 132 numeral 8 (para facilitar otro delito, en este caso,

el robo). Mientras que F. A. fue condenado como autor del delito contemplado en el artículo 132 numeral 10 (arma de fuego disparada en un lugar público). Si bien es cierto, dicha distinción no cambia el resultado jurídico, así como también es cierto que los delitos se cometieron usando arma de fuego, no menos importante es afirmar que la sociedad merece tener claros los límites de estas agravantes, así como los sancionados tienen derecho a una decisión coherente, que no de paso a un sentimiento de injusticia.

La diferencia de criterios frente a la pregunta ¿existe una coautoría o una participación? versó en los siguientes argumentos: Para el Segundo Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial, el acusado (F. A.) aceptó la responsabilidad penal como único autor del delito de homicidio, mientras que P. G. se declaró inocente del homicidio, y culpable del robo. Sin embargo, se les condena como coautores del homicidio basado en que:

*“si bien se declaró inocente del cargo de homicidio y culpable del cargo de robo, se dictaba la sentencia condenatoria por los dos cargos en atención a que **“existía un acuerdo de voluntades**, antes de ejecutar el ilícito, en el sentido que el hecho iba a ser cometido con la utilización de arma de fuego, lo que podía traer un desenlace fatal como el ocurrido” y en las vistas fotográficas extraídas de las cámaras de vigilancia ubicadas en el local comercial “se desprende que **ambos procesados portaban arma de fuego el día del ilícito**.”*

“cito.” (Lo resaltado no es original). (SSP del 28 de mayo de 2019 del expediente 84-19).

De lo anterior se infiere que para el Segundo Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial tanto F. A. como P. G. aceptaron el resultado producido como posible, por lo que existe un dolo eventual en ambos intervinientes. Además, se entiende que ambos tenían el ánimo de autor, ya que ambos aceptaron el uso de arma de fuego, a sabiendas de que iban a utilizarlas, o por lo menos, aceptando su uso contra la vida de las víctimas. Sin embargo, esta apreciación es incorrecta, tal cual como ha señalado la Sala de lo Penal de Panamá.

De las pruebas se extrae que F. A. *“confesó haberle disparado con el arma de fuego a [G.H.] causándole la muerte, por lo que él es el autor del homicidio ya que tenía el dominio del hecho.”* (SSP del 28 de mayo de 2019 del expediente 84-19). Si bien es cierto, P. G. participó en el robo y en el homicidio, éste nunca tuvo el control de la situación frente a la vida de G. H. No decidió si el homicidio se cometería efectivamente, así como tampoco de qué manera se cometería. P. G. participó en el robo, pero *“responde como cómplice primario que es aquél que toma parte en la ejecución del hecho punible, en este caso fue partícipe del robo que se cometió conjuntamente con el homicidio”* (SSP del 28 de mayo de 2019 del expediente 84-19). También responde como autor del otro delito de robo (cometido contra R.R.).

Esta decisión es adecuada, en virtud que, tanto P. G. como F. A. planificaron cometer el robo con armas

de fuego, por lo que aceptaron que podían causar la muerte de las potenciales víctimas. Además, ambos estuvieron presentes en la ejecución del hecho. Sin embargo, solamente F.A. realizó acciones esenciales para la comisión del homicidio contra G. H. Es decir, P. G. no realizó ninguna acción destinada a robar o acabar con la vida de la víctima G. H. Con base en lo anterior, la decisión de la Sala de lo Penal es atinada.

En otro caso, que implica también el delito de homicidio agravado y robo agravado, pero a diferencia del anterior, en este caso también se realizó el delito de privación ilegal de libertad; la Sala Segunda de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de Panamá reformó la sentencia de primera instancia emitida por el Tribunal Superior del Tercer Distrito Judicial (Chiriquí y Bocas del Toro), en la que se absolvía de la responsabilidad penal a F. M. y a G. M. Mientras que a D. M. se le sancionaba, como autor, a la pena de 37 años de prisión e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por 10 años, luego de cumplida la pena. Frente a D. M. la sentencia se confirmó. Si embargo, la situación jurídica de F. M. y a G. M. fue cambiada. Pasaron de estar absueltos a ser considerados coautores de los tres delitos. En este caso la víctima fallecida era ciudadano estadounidense.

Frente a estos hechos, el Tribunal Superior del Tercer Distrito Judicial fundamentó la sentencia absolutoria a favor de F. M. y G. M. con base en lo siguiente:

*“Con relación a [F. M.], si bien [la testigo R. S.] declara que **lo vio pasar en la mañana junto***

*con 6 muchachos con rumbo hacia Tierra Oscura y que llevaba un machete y un cuchillo en el bolsillo; que luego regresó a esperar que llegara un carro blanco con vidrio medio oscuro y bajaron como tres personas mas (sic) y se fueron hacia Tierra Oscura caminando y que el carro lo dejaron ahí; lo cierto es que **él niega esa versión, no fue encontrado en las cercanías del lugar donde fue aprehendido** [el autor D. M.] y aunque la víctima [G. P.], menciona que podría **reconocer al agresor, como un hombre moreno, de 1.66 estatura, quien vestía sueter (sic) negro, jean y una gorra, en las diligencias de indagatoria [...] se consigna que [F. M.] mide entre 1.75 a 1.78 metros, es negro, bien agarrado, de contextura gruesa, alto; pero en todo caso no se realizó ninguna diligencia de reconocimiento [...]***

*En cuanto [G.M.], en su contra solo pesa el **indicio, de que el vehículo Nissan Sentra de color blanco donde fue aprehendido** [el autor D. M.], **se encontró su cédula de identidad personal y carnet del seguro social, pero no es suficiente para condenarlo penalmente en ausencia de otros elementos de incriminación en su contra, por lo que ambos deben ser absueltos”.** (Lo subrayado no es original) (SSP del 27 de mayo de 2019 del expediente 043-17A-A)*

Es decir, para el Tribunal Superior del Tercer Distrito Judicial el testimonio de la testigo R. S. no coincidía con la verdad, en virtud que describió a F.M. como



Public Domain Pictures. Pixabay.

una persona de 1.66m, pero él mide aproximadamente 1.75m. Además, tampoco se realizó un reconocimiento en carpeta para corroborar si efectivamente la testigo reconocía a F. M. Así como tampoco F. M. fue aprehendido cerca de donde fue detenido el autor del delito. Mientras que, frente al acusado G. M. el único indicio que se encontró fue que algunos de sus documentos de identificación personal se encontraban en el vehículo en el cual se aprendió al autor del delito.

Por su parte, la Sala de lo Penal considera que no se ponderaron correctamente las pruebas que existían. Otros elementos que aportó la misma testigo R. S. es que ella señaló lo siguiente “*si reconocí a [F. M.] y que lo conozco hace rato.*” (SSP del 27 de mayo de 2019 del expediente 043-17A-A). Por lo que la testigo pudo incurrir en un error de desconocimiento de medidas, pero no del acusado.

Por otro lado, el testimonio de E. S. describió lo siguiente:

“[F. M.], fue a mi casa [...] y le dijo a mi esposa que [...] él tenía un proyecto con 6 hombres, y los hombres estaban ahí cerca esperándolo para que él les sirviera de guía en el camino, [...] y se fue con ellos, [tomaron] el camino que va hacia Tierra Oscura... él es negro, bien agrado de contextura gruesa, es alto.” (SSP del 27 de mayo de 2019 del expediente 043-17A-A)

De lo anterior se desprende que F. M. fue identificado como una de las personas que estuvo en el lugar del delito cuando el mismo se cometió. Además, en

este testimonio no hubo tales imprecisiones en cuanto a la descripción física del acusado. No obstante lo anterior, cabe señalar que es un testimonio de referencia, por lo que el esposo de la testigo debió declarar, cosa que no sucedió. Es decir, dicho testimonio no debió dársele el valor probatorio que le dio la Sala de lo Penal, si no el que le dio el Tribunal Superior.

Frente a estos y otros testimonios, la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia de Panamá concluyó lo siguiente:

“[F. M.] dirigió a un grupo de hombres por un camino hacia Tierra Oscura, [por lo que] participó como coautor para cometer los delitos investigados, al dirigir en forma conjunta a 6 o más personas por un camino hacia la residencia del señor [S.B.] (Q.E.P.D), ubicada en Tierra Oscura, ya que [...] la manera en que llegaron los sujetos que perpetraron los hechos bajo estudio a la casa de la víctima, fue caminando”. (SSP del 27 de mayo de 2019 del expediente 043-17A-A)

De esto se infiere que, F.M. fue sancionado como autor porque lo observaron dirigiendo a un grupo de personas hacia el lugar de los hechos, cuando los hechos se cometieron. Además, el F.M. regresó del lugar de los hechos a esperar un automóvil blanco, el mismo color de automóvil en el cual detuvieron al autor de los delitos. Si bien es cierto, las pruebas aportadas apuntan (con debilidad) hacia una responsabilidad penal, también es cierto que el grado de dicha responsabilidad penal no fue verificado.

Es decir, F.M. está vinculado a los hechos, pero difícilmente se ha probado que él haya mantenido el dominio del hecho. Frente a esta duda, la Sala de lo Penal debió optar por una vinculación en grado de participación (quizás hasta complicidad secundaria). Esto es así porque la Sala de lo Penal no verificó si el aporte de F.M. fue esencial para la comisión de los delitos, así como tampoco supo si participó en los actos de ejecución.

Sin embargo, para la Sala de lo Penal estos testimonios *“mantienen coherencia, consistencia y apoyo en las circunstancias probadas en el proceso que rodearon la comisión del delito”* (SSP del 27 de mayo de 2019 del expediente 043-17A-A). Además, dichos testimonios *“están, llenos de precisión, coinciden con datos proporcionados en el expediente y no existen elementos para considerar que hayan faltado a la verdad o tuvieran la intención de hacerlo”* (SSP del 27 de mayo de 2019 del expediente 043-17A-A). Por lo que, según la Sala de lo Penal, se sustenta la sanción por una coautoría, aun cuando no se supo a ciencia cierta, cómo sucedieron los acontecimientos. La Sala presume que fueron en grado de autor, cuando las pruebas también empujan hacia una colaboración (guiar a los autores del delito).

Contra el acusado G.M. las pruebas, indicios y circunstancias en su contra fueron las siguientes: 1) se encontraron sus documentos de identificación en el automóvil del autor del delito, quien fue sorprendido esperando al resto de los delincuentes para transportarlos; y, 2) el delito fue cometido por una pluralidad de delincuentes. Con estos elementos la

Sala de lo Penal revocó la absolución dictada por el Tribunal Superior, y lo condenó como coautor de los 3 delitos endilgados.

En este caso, se utilizó un razonamiento esgrimido por la Sala de lo Penal frente a la coautoría (también utilizado en otras decisiones como: SSP del 9 de febrero de 2018 del expediente 243-15C, SSP del 19 de diciembre de 2014 del expediente 283-F, SSP del 15 de noviembre de 2010 del expediente 560-F). Dicho razonamiento es el siguiente:

*“Se presenta esta **forma de autoría** (la coautoría) cuando **varias personas previa celebración de un acuerdo común, llevan a cabo un hecho de manera mancomunada, mediante una contribución objetiva a su realización**; dicha figura, pues, se basa también en el **dominio del hecho** —que aquí es **colectivo** y de carácter **funcional**—, por lo cual **cada coautor domina todo el suceso** en unión de otro o de otros. Un buen ejemplo lo brinda la banda de asaltantes que planea **hurtar** un banco, y con tal fin se distribuyen las diversas tareas: **imposibilitar a los celadores, controlar a los concurrentes a la entidad crediticia, abrir la caja fuerte, vigilar el exterior, administrar el productor del ilícito, repartir las utilidades entre ellos, etc.**; todos los concurrentes, pues, deben ser considerados como **coautores a condición de que reúnan las exigencias correspondientes...** (Cfr. fallo de la Sala Penal de 15 de noviembre de 2010).”*

(Lo resaltado no es original) (SSP del 27 de mayo de 2019 del expediente 043-17A-A)

Para comenzar, en el ejemplo utilizado por la Sala de lo Penal no es de un hurto, sino de un robo, ya que imposibilitar a los celadores y controlar a los recurrentes solo se puede realizar mediante violencia (actual o inminente). Segundo, dicha sentencia exige la necesidad del dominio del hecho. El dominio funcional del hecho no se probó en el presente caso, sino que se supuso.

En síntesis, para la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia la coautoría es una forma de autoría en la que varias personas, previo acuerdo común, llevan a cabo un hecho de manera mancomunada, mediante una contribución objetiva a su realización. Dichas personas deben tener un dominio funcional del hecho.

Por su parte, la Sala de lo Penal señaló que el autor D. M. “*mantenía el dominio del hecho, al transportar a los demás implicados y esperarlos para su huida, participando así activamente de la ejecución de los delitos, ocupando una posición dentro de la estrategia tramada por ellos*” (SSP del 27 de mayo de 2019 del expediente 043-17A-A). De esta manera la Sala de lo Penal da por sentado que el transportar al resto de los delincuentes, así como esperarlos, constituye una forma de dominio funcional del hecho, y, por ende, de coautoría. Este criterio es difícil de sostener, ya que el dominio del hecho implica poder decidir en lo medular de la ejecución del delito, algo que un transportador difícilmente puede tener. Además, esto contradi-

ce lo esgrimido por la Sala de lo Penal en la sentencia anterior (sobre el interviniente que transporta).

3. Conclusiones

Luego de realizar esta investigación, se ha llegado a las siguientes conclusiones:

1. El término coautor o coautoría no existen en el Código Penal de Panamá, por lo que se debe corregir esta situación mediante una modificación, de *lege ferenda*, en el sentido de crear el concepto de coautoría dentro del Código Penal.
2. En Panamá, todas las personas que disparan contra la víctima de un homicidio son responsables como coautores del delito de homicidio, inde-

pendientemente que la bala ocasiona la muerte solo provenga de un arma.

3. Para la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia la coautoría es una forma de autoría en la que varias personas, previo acuerdo común, llevan a cabo un hecho de manera mancomunada, mediante una contribución objetiva a su realización. Dichas personas deben tener un dominio funcional del hecho.
4. Frente al interviniente que transporta a un autor del delito no existe un criterio definido. Puede ser considerado coautor, como también puede ser considerado cómplice secundario. El transportar al autor puede ser considerado parte de la ejecución del delito, aunque también puede ser considerado una colaboración cercana a la ejecución.

4. BIBLIOGRAFÍA

- Arango, V. (2017). *Derecho penal parte general. Introducción y teoría del delito*. 2ª edición. Panamá: Ediciones Panamá Viejo.
- Gill, H. (2014). *Derecho penal (Parte General)*. 2ª edición. Panamá, Panamá: Imprenta Grafos Litografía.
- Guerra, A. & Villalaz, G. (2013) *Manual de Derecho penal. Parte general*. Segunda edición. Panamá: Cultural Portobelo.
- Muñoz, F. & García, M. (2010). *Derecho Penal Parte General*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Real Academia Española (2019). *Diccionario de la lengua española* (22ª ed.). Edición del tricentenario.
- Roxin, C. (2015). *Derecho Penal Parte General*. Tomo II. Buenos Aires, Argentina: Thomson Reuters-Civitas.
- Sala Segunda de lo Penal de Panamá. Sentencia del 18 de julio de 2019 del expediente 123-18. Consultado el 10/12/2019 a las 3:50pm. Disponible en: <https://www.organojudicial.gob.pa/uploads/blogs-dir/1/2019/12/406/registro-judicial-agosto-2019.pdf>
- Sala Segunda de lo Penal de Panamá. Sentencia del 28 de mayo de 2019 del expediente 03-19. Consultado el 13/12/2019 a las 12:30pm. Disponible en: <https://www.organojudicial.gob.pa/uploads/blogs-dir/1/2019/12/406/registro-judicial-junio-2019.pdf>
- Sala Segunda de lo Penal de Panamá. Sentencia del 28 de mayo de 2019 del expediente 84-19. Consultado el 16/12/2019 a las 1:30pm. Disponible en: <https://www.organojudicial.gob.pa/uploads/blogs-dir/1/2019/12/406/registro-judicial-junio-2019.pdf>
- Sala Segunda de lo Penal de Panamá. Sentencia 27 de mayo de 2019 del expediente 043-17A-A. Consultado el 18/12/2019 a las 2:12pm. Disponible en: <https://www.organojudicial.gob.pa/uploads/blogs-dir/1/2019/12/406/registro-judicial-mayo-2019.pdf>



Imagen de Tumisu en Pixabay

Bocas del Toro

Primer municipio en promover el uso de bolsas reusables y reglamentar el uso de bolsas plásticas desechables en nuestro suelo patrio



* Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas, de la Universidad de Panamá, Magistrado Suplente del Tribunal de Honor.

RODNIÉ MÉNDEZ*

RESUMEN

En el trabajo que sustento, establezco que antes de que entrara en vigencia la Ley 1 de 2018, que adopta medidas para promover el uso de bolsas reutilizable en establecimiento comerciales, a nivel Nacional, en el Distrito de Bocas del Toro, dentro de su territorio municipal, ya se reglamentaba el uso de Bolsas Plásticas Desechables, por la cual la convierte en la primera organización política autónoma a nivel nacional y regional de Centroamérica,

de implementar la reglamentación del uso de bolsas plásticas.

PALABRAS CLAVES

Bolsas Plásticas, Acuerdo Municipal, Municipio, Concejales, Autonomía Municipal.

INTRODUCCIÓN

Dentro de este artículo redacto una breve reseña histórica de la aparición de las bolsas plásticas a nivel mundial, además de la forma que se empleaba, ya que su propósito era que su uso fuese por una sola ocasión y luego fuese desechada para ser reciclada, sin embargo como este material es liviano, además del comportamiento de nuestra actual sociedad de ser una fuente de consumismo desenfrenado y la poca ejecución de un plan de reciclar, este material al momento de dejar de ser usada por nosotros los ciudadanos la botamos a veces sin la conciencia necesaria de donde la dejamos, provocando que los vientos con facilidad se las lleven y queden atrapadas en las ramas de

los arbustos y árboles, como también pueden tener como destinos los mares y ríos, además de ser el material de mayor responsabilidad de obstaculizar los desagües y alcantarillados, provocando en muchas ocasiones inundaciones, por último el mal uso empleado por la sociedad con las bolsas plásticas ha ocasionado una crisis en la fauna mundial en especial a los animales acuáticos, causándole la muerte, en virtud que ingieren esas bolsas plásticas confundiendo con alimentos y en otras ocasiones por asfixia al enredarse con las bolsas plásticas.

Señalamos como las Naciones y Ciudades han confrontado esta situación mediante sus leyes y normativas, además de mencionar la guía para la generación de las políticas de desarrollo a nivel mundial hasta 2030, en donde se pronunció este problema mundial en el marco de la Septuagésima Asamblea General de las Naciones Unidas, donde se adoptaron los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS).

Indicaremos mediante una explicación legal como nuestro Estado Panameño, se involucró a ser participe en esta problemática mundial, como daremos un repaso a nuestra normativa de Régimen Municipal, antes de ingresar al desarrollo del Acuerdo Municipal N° 14 de 22 de marzo de 2017, en donde promueve el uso de bolsas reusables y reglamentar el uso de bolsas plásticas, en donde realzamos la función ecologista que adoptó la Sociedad Civil del Distrito de Bocas del Toro y de sus autoridades específicamente de los concejales del Concejo Municipal de Bocas del Toro y de su Alcalde MARTIN DOWNER, amparados mediante el Artículo 119 de la Constitución Política que nos señala:

ARTÍCULO 119: El Estado y todos los habitantes del territorio nacional tienen el deber de propiciar un desarrollo social y económico que prevenga la contaminación del ambiente, mantenga el equilibrio ecológico y evite la destrucción de los ecosistemas.

BOLSAS DE PLÁSTICAS, SU ORIGEN Y DESARROLLO COMERCIAL

Las bolsas plásticas, fueron producidas de manera accidental en una planta química en Northwich, Inglaterra, en 1933, estas bolsas fueron utilizadas por primera vez por los soldados Británicos, durante la Segunda Guerra Mundial.

En 1965, las bolsas plásticas, fueron patentadas por la empresa sueca Cello plast, diseñadas por el ingeniero Sten Gustaf Tholin y rápidamente empieza a reemplazar a las bolsas de otro material que se utilizaban en la época.

En 1979, las bolsas plásticas, se habían adueñado de los comercios, desplazando el uso de otros materiales de bolsas.

En 1997, el investigador oceanográfico, Charle Moore, descubre el Gran Parche de Basura del Pacífico, que consiste en una colección de desechos marinos en el Océano Pacífico Norte, este hecho al transcurso de los años se ha convertido en el continente de plástico, obteniendo una superficie de desecho

que se estima entre 710,000 km² y 17,000,000 km², teniendo el más alto nivel de partículas perjudicando el ecosistema marino.

En marco de la Septuagésima Asamblea General de las Naciones Unidas, se instó a tomar medidas que redujera el uso de bolsas de plásticas, en virtud del desafío global por reducir la contaminación de los océanos, ya que pronostica, producto de nuestro mal uso y el consumismo excesivo que viven nuestras naciones por el uso del plástico, quienes cada año vierten trece millones de toneladas de plástico, que al continuar con esa conducta para el 2030, la producción de plástico sería de seiscientos diecinueve millones de toneladas a nivel mundial.

Además comenta Petter Malvik, que es el oficial de Comunicación del Programa de la Organización de las Naciones Unidas para el medio ambiente (PNUMA), que el 99% de todas las aves que sobre vuelan los océanos han ingerido algún tipo de plástico a mediados del siglo.

De esta manera la Organización de Naciones Unidas ONU,

declara la guerra contra el plástico e insta a las naciones miembros de dicha organización que legislen para regular el uso de las bolsas plásticas.

REGULACIÓN DEL USO DE LAS BOLSAS PLÁSTICAS POR ALGUNOS ESTADOS

Debemos señalar que las medidas que implementan los Estados para combatir la contaminación del planeta por el plástico se ejecutan de dos maneras:

- a. El cobro de impuestos en locales comerciales a sus usuarios por el uso de bolsas plásticas.
- b. La prohibición en los locales comerciales de bolsas plásticas.

Los primeros Estados que introdujeron en su legislación medidas de reducción del uso de bolsas plásticas fue Irlanda en el 2002, en su regulación consistía de cobrarle al ciudadano, que consumía en un local comercial, la bolsas plásticas, que utilizaría, con un gravamen de 0.15 centavos, ese mismo

año Bangladesh, implementó la prohibición del uso de las bolsas plásticas al descubrir que estas bolsas eran las responsables de las obstrucciones del sistema de drenaje, causando grandes inundaciones en los años 1988 y 1998.

En el 2009, la Región Administrativa Especial de Hong Kong de

la República Popular China, introdujo a su normativa un sistema de cobro de impuesto por el uso de bolsas plásticas, ese mismo año, la capital mexicana, reformó su ley de residuos sólidos y prohibió a los locales comerciales dispensar de manera gratuita las bolsas plásticas, con el mismo matiz se em-

pezó hacer en la Ciudad de Sao Paulo, Brasil en el 2015 y para 2017 en la Ciudad de Buenos Argentina.

Antigua y Barbuda, fue el primer país del continente en prohibir las bolsas de plásticas, en el 2016, después dentro de nuestro continente americano siguió Chile, que en julio de 2018 promulgó su normativa, aplicándola de manera gradual. Su primera fase consiste en que los locales comerciales solo pueden entregar un máximo de dos bolsas plásticas durante los primeros seis meses, la segunda fase se sustenta en la prohibición de las bolsas plásticas en los locales comerciales, excepto a los pequeños comercios, quienes tendría un periodo de dos años para finalizar y completar la tercera fase, que consiste en la definitiva prohibición de la circulación de las bolsas de plásticos en su territorio.

Referente a nuestros vecinos han afrontado el tema de otras maneras como es el caso de Colombia que, en el 2016, se prohibió la distribución de bolsas de menos de 30cm x 30cm y en Costa Rica, se manejaría de forma gradual, en



Imagen de RitaE en Pixabay.

donde se enfoca en la educación de sus ciudadanos, perfilándose como objetivo que, en el 2021, su población no utilice las bolsas plásticas ni otro material derivado al plástico.

Por último, queremos citar al Estado de Kenia, en el continente africano, que en el 2017, prohibió el uso de bolsas plásticas y además su uso es sancionado y penado hasta por cuatro años de prisión.

NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO EN ESTA MATERIA

El Estado Panameño, se suma a los Objetivos del Desarrollo Sostenible (ODS), por medio del Decreto Ejecutivo N°393 de 2015, a través del cual adoptamos los 17 objetivos planteados.

De esta manera tres años después mediante la Ley N°1 de 19 de enero de 2018, publicada en gaceta oficial N°28448-B, adopta medidas para promover el uso de bolsas reutilizables en establecimiento comerciales.

Esta ley contiene nueve artículos, la cual adopta una manera gradual para la eliminación de las bolsas plásticas, aplicando la mis-

ma fórmula que el Estado Chileno, solo que nuestro ordenamiento jurídico en esta materia se alinea en dos fases:

Fase 1:

Dieciocho meses, contados a partir de la promulgación de esta ley para supermercados, farmacias y minoristas.

Fase 2:

Veinticuatro meses, contados a partir de la promulgación de esta ley para almacenes y mayoristas.

La ley señala que no será aplicable por cuestiones de asepsia (conjunto de procedimientos que impiden la introducción de gérmenes o bacterias a determinado organismo), y en este sentido, las bolsas de polietileno deben ser utilizadas para contener alimentos o insumos húmedos elaborados o pre elaborados y no sea factible otro sustituto, podemos mencionar como ejemplo a los productos de embutidos.

Para el cumplimiento y seguimiento de esta ley, dos institucio-

nes son las responsables, estas son: el Ministerio de Ambiente y Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia ACODECO.

La función del Ministerio de Ambiente es:

1. Desarrollar campañas de difusión y concienciación nacional sobre el uso racional del material no degradable y no biodegradable, así como las ventajas, para el medio ambiente de la utilización de bolsas reutilizables o de materiales amistosos con el ambiente.
2. Realizar actividades con la finalidad de sumar a empresas no previstas en la Ley N°1 de 19 de enero de 2019, relacionadas con la comercialización, de productos para que se adecuen a la exigencia de la presente ley.

Mientras que la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia ACODECO, desarrolla una doble función fiscalizadora:

1. Cumplir con las fases del pe-

riodo de tiempo que se estableció en la Ley N°1 de 19 de enero de 2019.

2. Se le permite al comerciante optar por el cobro o no de las bolsas reutilizables, en ese caso se supervisará a los locales comerciales, que las mismas sean cobradas a precios del costo, cumpliendo con los objetivos y principios, por el cual fue creada dicha institución.

Por último, la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia ACO-DECO, también cumple con la función de sancionar, que corresponde por el incumplimiento o transgresión de la ley.

Debemos indicar que por la aprobación y entrada en vigencia de la Ley N°1 de 2018, a nivel del Derecho Comparado en la región Centroamericana, nos colocamos como el primer Estado en regular el uso de bolsa reusables y reglamentar el uso de bolsas plásticas, sin embargo en nuestro suelo patrio, ya se venía practicando estas regulaciones al uso de bolsas plásticas...

En la región centroamericana, nos colocamos como el primer Estado en regular el uso de bolsas reusables y reglamentar el uso de bolsas plásticas....



cas mediante el Acuerdo Municipal N°14 de 22 de marzo de 2017, por medio del cual, se promueve el uso de bolsa reusable y se reglamenta el uso de bolsas plásticas desechables en el Distrito de Bocas del Toro.

ANÁLISIS DEL ACUERDO MUNICIPAL DE BOCAS DEL TORO N°14 DE 22 DE MARZO DE 2017

Antes de empezar analizar el Acuerdo Municipal N°14 de 22 de marzo de 2017, debemos enfocarnos primero en entender el alcance de un Acuerdo Municipal dentro de un Distrito.

Empezamos con definir el concepto de Municipio, para lo cual citamos al Doctor en Derecho, de España, Fernando Albi, quien la define como “una comunidad vecinal dotada de peculiar personalidad, vida propia, competencia privativa, exclusiva esfera tributaria y derecho a llevar a cabo su misión de modo independiente, aunque coordinado y en cierto modo independiente, aunque coordinado y en cierto modo subordinado, a otra entidad terri-

torial más amplia, todo ello con carácter originario, que el Estado no otorga, sino que se limita a reconocer y que no lo puede rehusar al Municipio, porque le pertenece al mismo por derecho natural.”¹

En nuestra Constitución Política, nos la define el artículo 232 de la siguiente manera:

ARTÍCULO 232: *El Municipio es la organización política autónoma de la comunidad establecida en un Distrito.*

La organización municipal será democrática y responderá al carácter esencialmente administrativo del gobierno local.

El artículo 233 de la Constitución Política, nos amplía sobre la función dentro de la vida y desarrollo del Estado, producto de la división política administrativa que determine los Diputados de la Asamblea, contemplada en sus funciones legislativas en el numeral 7 del artículo 159 de la Cons-

titución Política, el cual indica que el Municipio ejercerá un gobierno propio, democrático y autónomo.

Ahora definiremos el concepto de Acuerdo Municipal, que basada en las bases organizativas del régimen municipal que contempla nuestra Constitución Política y del alcance que le brinda la Ley 106 de 1973, la desarrolló de la siguiente forma:

Son las decisiones aprobadas por los Concejales (representantes de corregimiento artículo 237 de la Constitución Política), referidas a asuntos que involucre interés público, comunitario o institucional, con fuerza de ley dentro del territorio del Distrito (Artículo 14 de la Ley 106 de 1973).

El Doctor José Dolores Moscote, nos explica en su libro *Introducción al Estudio de la Constitución*, la manera de coexistencia entre los Municipios y Estado, señalando “el municipio es una parte integrante del Estado y que por concepto mal podría ser independiente de él, menos aun si ambos tienen la

finalidad de contribuir al bienestar social: El Estado dentro del amplio radio de acción de la Nación entera: El Municipio en el residuo de la Ciudad, que es el núcleo principal de población del Estado”.²

Dentro de esta definición de los Acuerdos Municipales, señalo primero las decisiones que aprueban los Concejales, que son los representantes de corregimientos que fueron electos dentro del Distrito, que tienen como facultad dentro del Concejo Municipal, expedir, modificar, reformar y derogar acuerdos y resoluciones municipales (artículo 242 Constitución Política).

Las facultades que tienen los Concejales en los acuerdos, solo es para asuntos que involucre interés público comunitario o institucional, con fuerza de Ley dentro del territorio del Distrito, fundamentándose en el principio de autonomía.

El Doctor Fernando Albi, en su artículo publicado en la *Revista Estudios de la Vida Local*, cita a

1 Albi Fernando. “Las derivaciones inmediata de la crisis del municipalismo”. *Revista de Estudios de la Vida Local*. Número 150. Madrid, España, 1966. Página 805.

2 Moscote, José Dolores. *Introducción al Estudio de la Constitución*. Editorial Moderna. Panamá., 1929. Página 307.

ROSIN, que “define la autonomía municipal, como la facultad que corresponde a ciertos entes de darse así mismo normas jurídicas del Derecho Objetivo”.³

De igual manera debemos citar el planteamiento del Licenciado Eugenio Domingo Duarte Pinilla, que en su trabajo de graduación para optar por la Licenciatura de Derecho y Ciencias Políticas señala que la autonomía municipal “hace suponer la facultad de autogobernarse mediante la expedición de leyes propias”.⁴

Por último, debemos volver a citar al Doctor José Dolores Moscote, que nos desarrolla “el verdadero problema de la autonomía no es pues, una de disociación o separación, sino uno que consiste en que los centros municipales alcancen con iniciativas propias con medios propios, adecuados a las necesidades locales pero dentro

de las aspiraciones políticas del Estado, ciertos fines especiales a la vida de la comunidad.”⁵

Después de desarrollar el concepto de Acuerdo Municipal y comprender su importancia en la vida comunitaria de un Distrito, podemos comprender su base jurídica por el cual se dio dicho acuerdo, la cual lo coloca en primer lugar de nuestro territorio Panameño, en aplicar medidas contra el uso de bolsas plásticas.

De esta manera empezamos a dar una breve reseña de su presentación como proyecto para luego convertirse en Acuerdo Municipal, en donde la Sociedad Civil se amparó mediante el Artículo 239 de la Constitución Política que señala:

ARTÍCULO 239: Los ciudadanos tienen el derecho de iniciativa y de referéndum en los asuntos atribuidos a los Concejos.

Además de respaldarse dentro de unas de las competencias que tiene los Concejos Municipales, en su artículo 17 en su número

21, que nos indica de “dictar medidas a fin de proteger y conservar el medio ambiente”.

El proyecto presentado ante el Concejo Municipal de Bocas del Toro, observamos, se fundamenta en cuatro consideraciones que pasamos a indicar:

1. Que los plásticos son sustancias sintéticas, en su mayoría fabricadas de compuestos orgánicos de hidrocarburos derivados del petróleo, gas y otras sustancias naturales. Son utilizados en la sociedad moderna para una multiplicidad de propósitos en un sin número de medios y formas.
2. Las características que hacen los plásticos un material tan polifacético, son también las que los convierten en un grave problema ambiental. Los plásticos son resistentes a las bacterias a compresión, a temperaturas extremas, a condiciones corrosivas, a los ácidos y solventes; son impermeables, inoxidables, resisten el ozono e impacto y cargas eléctricas, son adhesivos, algu-

3 Albi Fernando. *La crisis del Municipalismo*; Editorial Aguilar. Madrid, España. 1966. Página 195.

4 Duarte Pinilla, Eugenio. *El Concejal en la justicia panameña*. Trabajo de Graduación. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Panamá. 1997. Página 51.

5 Moscote, José Dolores. *Op. Cit.* Página 307.

nos son inflamables, elásticos, flexibles y moldeables.

3. Las bolsas de plásticos son objetos cotidianos, utilizados para transportar mercancías desde los establecimientos comerciales hasta las residencias. A estas bolsas, también se les conoce como bolsas plásticas de un solo uso porque su propósito original era que fueran utilizadas solo una vez y luego fueran desechadas, teóricamente para ser limpiadas y recicladas. Estas bolsas son fabricadas fundamentalmente a base de polietileno, tardan cientos de años en descomponerse y sus componentes se convierten en tóxicos que contaminan los suelos y cuerpos de agua.
4. Menos del uno por ciento (1%) de las bolsas plásticas se reciclan porque resulta más costoso reciclarlas que hacer bolsas nuevas.

Dentro del Proyecto, después de citar estos cuatro puntos en sus consideraciones continúan desarrollando sus motivos en los cuales

indican que, en la actualidad, muchos países del mundo prohíben en algún grado o gravan con algún tipo de impuesto, el uso de bolsas plásticas, además de la tendencia que está dirigida hacia la concienciación de las consecuencias nocivas que nuestros actos pueden causarle a los recursos naturales.

Por último, indican que es necesario promover el uso de bolsas reusables por parte de los consumidores y lograr el reemplazo permanente de las bolsas plásticas mediante la prohibición de estas, de tal forma el Distrito de Bocas del Toro, cumple con sus objetivos, en cuanto a reducir los residuos sólidos, promover el reciclaje y la reutilización y continuar combatiendo la contaminación ambiental.

De esta manera pasamos, al 22 de marzo de 2017, en donde se promovió el debate y aprobación del Acuerdo de parte del Concejo Municipal de Bocas del Toro, sustentando once consideraciones, las cuales pasamos a mencionar:

1. Que la Constitución Política de la República de Panamá

dispone que el Estado y todos los habitantes del territorio nacional tienen el deber de propiciar un desarrollo social y económico que prevenga la contaminación del ambiente, mantengan el equilibrio ecológico y evite la destrucción de los ecosistemas (Artículo 119).

2. Que el Municipio es la organización política autónoma de la comunidad establecida en un Distrito (C.P. Art 232) y como tal le corresponde prestar los servicios públicos y construir las obras públicas que determine la Ley, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación ciudadana, así como el mejoramiento social y cultural de sus habitantes y cumplir las demás funciones que le asigne la Constitución y la Ley (C.P. Art 233).
3. Que atendiendo a la Ley 106 de 1973, modificada por la Ley 52 de 1984, se regula el régimen municipal y dispone dentro de las funciones que corresponden a los Concejos Municipa-

les el dictar medidas a fin de proteger y conservar el medio ambiente (Art 17 #21).

4. Que igualmente se dispone en esta norma, que los Concejos Municipales regularán la vida jurídica de los Municipios por medio de Acuerdo que tienen fuerza de Ley dentro del respectivo Distrito.
5. Que en el marco de la 70° Asamblea General de las Naciones Unidas, se adoptaron los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) como guía para la generación de las políticas de desarrollo a nivel mundial hasta el 2030.
6. Que en virtud del Decreto Ejecutivo N°393 de 2015, Panamá, adopta oficialmente los ODS como pauta para los esfuerzos de desarrollo del Gobierno de la República de Panamá a todos los niveles.
7. Que dentro de los 17 objetivos que componen este compromiso se destacan el Objetivo 12, sobre Producción y Consumo Responsable, el Objetivo 14, sobre Vida Submarina y el Objetivo 15, sobre Vida de



Diseñado por Prostooleh / Freepik.

Ecosistema Terrestre. Frente a dichos objetivos se describen una serie de metas que deben ser integradas a las políticas y normas reguladoras de estos temas en el País.

8. Que los plásticos son sustancias sintéticas en su mayoría fabricados de compuestos orgánicos de hidrocarburo derivados del petróleo, gas y otras sustancias naturales. Son utilizados en la sociedad moderna para una multiplicidad de propósitos en un sinnúmero de medios y formas.
9. Que las características que hacen de los plásticos un material tan polifacético, son también las que lo convierten en

un grave problema ambiental. Los plásticos son resistentes a las bacterias a temperaturas externas a condiciones corrosivas, a los ácidos y solventes; son impermeables inoxidables, resisten el ozono e impactos y cargas eléctricas son adhesivos, algunos son inflamables, elásticos, flexibles y moldeables.

10. Que la bolsa de plástico son objetos cotidianos, utilizados para transportar mercancías desde los establecimientos comerciales hasta las residencias. A estas bolsas también se le conoce como bolsas plásticas de un solo uso porque su propósito original era que

fuera utilizada solo una vez y luego fueran desechadas, teóricamente para ser limpiadas y recicladas. Estas bolsas son fabricadas fundamentalmente a base de polietileno, tardan cientos de años en descomponerse y sus componentes se convierten en tóxicos que contaminan los suelos y cuerpo de aguas.

11. Que menos del uno por ciento (1%) de las bolsas plásticas se reciclan porque resulta más costoso reciclarlas que hacer bolsas nuevas.

De esta manera debemos indicar que las consideraciones plasmadas en el Acuerdo N°14 de 22 de marzo de 2017, por medio del cual se promueve el uso de Bolsas Reusables y se reglamenta el Uso de Bolsas Plásticas Desechables en el Distrito de Bocas del Toro, se fundamentaron en cuatro posiciones la cual desarrollamos:

- A. Posición Constitucional, la cual se fundamentan en las consideraciones 1 y 2 en donde citan el artículo 119 del

Régimen Económico y los artículos 232 y 233 del Régimen Municipal de la Constitución Política de nuestro Estado Panameño.

- B. Posición basada en la Ley 106 de 8 de octubre de 1973 “Sobre Régimen Municipal” en la que se ven fundamentadas en las consideraciones 3 y 4 en donde cita el artículo 17 en su numeral 21 de la Ley 106 de 1973, además que manifiesta el principio de autonomía municipal que mencionamos anteriormente es este escrito, al indicar este acuerdo en su consideración 4, que los Concejos Municipales regularán la vida jurídica de los Municipios por medio de Acuerdos que tienen fuerza de Ley dentro del respectivo Distrito, tal como lo indica el artículo 14 de la Ley 106 de 1973.

- C. Posición de Derecho Internacional Público, se fundamenta en las consideraciones 5, 6 y 7, que basados en los acuerdos aprobados por nuestro Estado en la Septuagésima Asamblea General de las Naciones

Las consideraciones plasmadas en el Acuerdo N°14 de 22 de marzo de 2017, por medio del cual se promueve el uso de Bolsas Reusables y se reglamenta el Uso de Bolsas Plásticas Desechables en el Distrito de Bocas del Toro, se fundamenta en cuatro posiciones...



Unidas, en donde se plasmó como guía lograr objetivos de desarrollo sostenible a nivel mundial hasta el 2030 y mediante nuestro marco jurídico la acatamos por medio del Decreto Ejecutivo N°393 de 2015, el cual fortalece y brinda como fundamento jurídico la creación del Acuerdo N°14 de 22 de marzo de 2017, del Concejo Municipal de Bocas del Toro.

D. Posición del Proyecto de Acuerdo, se fundamenta en las consideraciones 8,9,10 y 11 la cual eran las consideraciones del Proyecto de Acuerdo, presentado a los Concejales del Concejo Municipal de Bocas del Toro.

Dentro del Acuerdo, los Concejales del Municipio de Bocas del Toro acuerdan diez artículos que comentaré.

En el artículo 1, se le atribuye un título al acuerdo que denominaron Acuerdo, que promueve el uso de Bolsas Reusables y se reglamenta el Uso de Bolsas Plásticas Desechables en el Distrito de Bocas del Toro.

En el artículo 2, se definen los siguientes términos:

- a. **Departamento de Ambiente:** Es la dependencia creada por el Municipio de Bocas del Toro, encargada de manejar los temas ambientales del Distrito.
- b. **Comités de Gestión de los Residuos Sólidos:** Son las organizaciones públicas y privadas u otras similares, que apoya al Municipio en la gestión de la reducción, reciclaje, recolección, disposición, aseo, educación y fiscalización, acerca del manejo de los residuos sólidos del Distrito de Bocas del Toro.
- c. **Bolsas de papel:** Bolsa de papel provista por un establecimiento comercial a un consumidor en el punto de venta que preferiblemente sea hecha de material reciclado pos consumo y que pueda ser procesado por los programas de reciclaje de Bocas del Toro.
- d. **Bolsas de empaque:** Cualquier envoltorio utilizado exclusivamente para transportar

productos agrícolas (verduras, vegetales, etc.), carnes u otros artículos alimenticios hacia el punto de venta dentro de un establecimiento comercial, utilizado mayormente para prevenir y evitar que tales artículos entren en contacto con otros a ser comprados. Están incluidas en estas definición además, la bolsa de papel utilizadas para la entrega de medicamentos.

- e. **Bolsa de producto:** Cualquier envoltorio que venga incorporado de fábrica a un producto y que no puede ser separado del mismo sin afectar su estructura o inutilizarlo.
- f. **Bolsas plásticas desechables o de un solo uso:** Tipo de empaque flexible hecho del plástico (polietileno de alta densidad), que se utiliza para contener y transportar artículos, provisto por un establecimiento comercial a un consumidor en un punto de venta y que no está diseñada para ser reutilizado. En esta definición se incluyen las bolsas plásticas biodegradables.

El término no incluye las bolsas que sean integrales a los empaques del producto.

- g. **Bolsas reusable:** Tipo de empaque hecho de tela o cualquier otro material que no sea nocivo a la salud o el ambiente y que cumpla con los siguientes requisitos: cuenta con mangos o agarraderas para ser cargado; específicamente diseñada y manufacturada para utilizarse en múltiples ocasiones; es susceptible de lavar en máquina o está hecha de un material que puede ser limpiado y desinfectado; con capacidad de transportar al menos veintidós (22) libras o diez (10) kilogramos.
- h. **Consumidor:** Toda persona, natural o jurídica, que adquiere recibe o compra productos, mercancías u otros materiales en un establecimientos comercial.
- i. **Establecimiento Comercial:** Significará todo local, tienda o lugar análogo y toda persona natural o jurídica, que realice cualquier tipo de operación comercial o actos de comercio

de venta o transferencia de artículos al por mayor, por menor y /o al detal, incluyendo pero no limitándose a: supermercados, farmacias, tiendas por departamento, tiendas de ropa, joyerías, ferreterías, gasolineras, licorerías, bares, barras, vendedores ambulantes, lavanderías, camiones, mercados de agricultores, ferias y festivales, proveedores temporales de mercancías y artesanos.

- j. **Establecimiento de Comida-Restaurantes:** Establecimientos de comida, incluyendo carritos, u otro negocio que recibe más del 90% de su ingreso producto de la venta de comida preparada en el local para ser ingerida en o fuera del mismo.

En el artículo 3, el Acuerdo nos plantea su posición en la política pública en materia ambiental, la cual analizando dicho artículo podemos identificar su finalidad y sus objetivos, que pasamos a señalar:

Según mi apreciación, la finalidad en la cual se enmarca la polí-

tica pública en materia ambiental en el Distrito de Bocas del Toro, es tener la más eficaz conservación y protección de sus recursos naturales, así como la reducción de los residuos sólidos que se generen en su extensión territorial siendo mayormente Archipiélago.

Dentro de sus objetivos podemos identificar los siguientes puntos dentro de este artículo:

1. Exhortar al análisis del costo ambiental que tiene para nuestro entorno, el uso desmedido de las bolsas plásticas desechables y a participar del proceso de conservación y protección de la naturaleza mediante el simple acto de cambiar su modo de hacer las compras.
2. Prohibir la utilización de bolsas plásticas desechables para el acarreo de mercancías adquiridas en los establecimientos comerciales que se ubiquen dentro de sus límites distritales.

En el artículo 4, el Acuerdo nos desarrolla sobre la prohibición de las bolsas plásticas, en

donde para su implementación se brindó, un término de doce (12) meses después de aprobado el Acuerdo en donde todos los establecimientos comerciales dentro de los límites territoriales del Distrito de Bocas del Toro, cesará la práctica de brindar bolsas plásticas desechables a sus clientes para el acarreo de sus artículos, después de transcurridos estos doce (12) meses mencionados se adiciona tres (3) meses, aquellos establecimientos comerciales que incumplan con la prohibición de la distribución de bolsas plásticas, recibirán una notificación de falta que advertirá sobre la violación del Acuerdo, dicha notificación dentro del periodo de tres (3) meses, no conllevará sanción.

En el artículo 5, el Acuerdo, indica del programa de educación y de orientación, donde los sujetos que serán responsables de la difusión de la educación y orientación de este Acuerdo es el Departamento de Ambiente del Municipio de Bocas del Toro, en conjunto de las organizaciones públicas o privadas, la cual empezará no más tarde de treinta y

un (31) días a partir de la aprobación de dicho Acuerdo, además de todas las agencias públicas del Gobierno Nacional o Provincial, ubicadas en el distrito, promoverán el uso de las bolsas reusables, considerando e informando a los ciudadanos acerca de todos los datos sobre el buen uso, las medidas de higiene, cuidado y su uso correcto de la misma, de igual forma informará a la comunidad en general en el Distrito de Bocas del Toro, sobre la aprobación de este Acuerdo.

En el artículo 6, el Acuerdo, nos señala sobre las infracciones, tal como se menciona en el artículo 4, luego de los doce (12) meses y hasta cumplirse el término de quince (15) meses de la aprobación del Acuerdo, las infracciones por la falta administrativa, serán notificaciones de falta, sin cargos algunos después de cumplirse ese periodo el Municipio de Bocas del Toro, a través de sus funcionarios designados, impondrá al establecimiento comercial infractor, las respectivas multas administrativas que describa la Reglamentación del Acuerdo.

En el artículo 7, el Acuerdo nos indica que en el término de treinta (30) días siguientes a la aprobación de este Acuerdo, el Municipio de Bocas del Toro, deberá crear la reglamentación necesaria.

En el artículo 8, el Acuerdo nos indica que los montos recaudados mediante las multas impuestas a los establecimientos comerciales infractores ubicados en la jurisdicción del Distrito, producto de este Acuerdo, se mantendrá en las arcas del Municipio, cuyas infracciones no sean pagadas en su totalidad, no podrán renovar sus patentes municipales hasta tanto paguen el total de las mismas.

Debemos indicar que en la actualidad al entrar en vigencia la Ley N°1 de 19 de enero de 2018, el ente encargado de sancionar las infracciones de distribuir bolsas de plásticos es la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia ACO-DECO, a nivel nacional.

En el artículo 9, el Acuerdo, nos señala sobre una cláusula de separabilidad, en donde nos indica que, si alguna cláusula, párrafo,

artículo o parte de este Acuerdo fuera declarada nula o inconstitucional por un Tribunal con jurisdicción competente, no invalidará las demás disposiciones de este Acuerdo.

El artículo 10, el Acuerdo, señala la entrada de regir a partir de su aprobación y debida sanción.

CONCLUSIÓN

En este escrito debemos comprender ante todas estas normativas citadas que el daño producido por nuestro comportamiento individual de lanzar o dejar las bolsas plásticas como desperdicio, sin su debido reciclaje afecta nuestro ecosistema ocasionando la muerte de aves y peces.

Además, este escrito nos enfoca desde el plano de nuestra vida profesional de la abogacía del cómo se reglamenta la vida en sociedad y comunidad dentro del Régimen Municipal que es contemplado en el Título Octavo de la Constitución Política y desarrollado en la Ley 06 de 8 de octubre de 1973, de igual manera que recalamos el valioso documento

que es el Acuerdo Municipal N°14 de 22 de marzo de 2017, para nuestro Derecho Patrio, en virtud que Bocas del Toro, es uno de los primeros lugares en Latinoamérica que prohibió el uso de bolsas plásticas dentro de su jurisdicción que en este caso fue desde el plano municipal.

Esto nos enfoca a nuevas tareas desde el plano político del Estado Panameño, de brindar más libertades a los Municipios de desarrollar sus acuerdos dentro de los Concejos Municipales, para la mejor convivencia de sus habitantes y para el debido cuidado de su ecosistema, tal como lo realizó el Distrito de Bocas del Toro.

RECOMENDACIONES

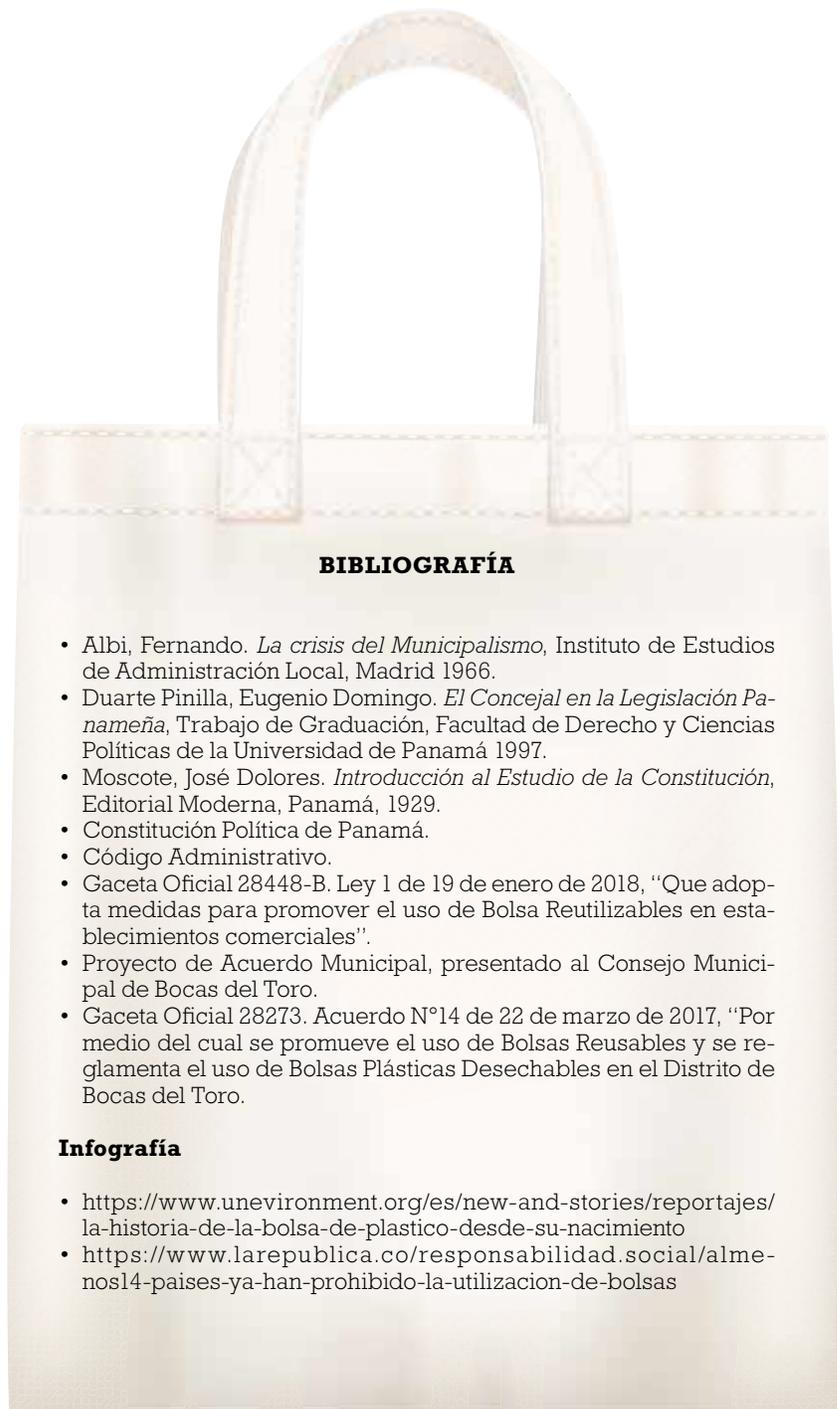
1. Para mantener nuestro medio ambiente en condiciones fuera de contaminación y nuestras playas, ríos y costas, no solo basta con la eliminación de las bolsas plásticas, sino de un cambio de comportamiento individual de cada persona en sentirse responsable del cuidado, no solo de las áreas de re-

creación familiar sino de cada rincón de nuestro planeta.

2. Continuar con otras medidas de eliminación de otros productos de plásticos y de foam que también son grandes contribuyentes a los daños de nuestro ecosistema.

Para la ejecución de la Ley N°1 de 19 de enero de 2018, en lo referente de las infracciones y sus debidas sanciones, sabemos que la institución encargada es la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia ACODECO, sin embargo dicha institución no cuenta con presencia en todos los Distritos de nuestro país, de esta manera sería de utilidad en el caso del Distrito de Bocas del Toro, que las infracciones y sus debidas sanciones se sigan aplicando como lo señala el Acuerdo N°14 de 22 de marzo de 2017 y que en otros Municipios que tengan este problema de no contar con las oficinas de la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia ACODECO, puedan aprobar un Acuerdo Municipal para que pue-

dan proceder en estas infracciones y otorgarle esta competencia a los Alcaldes de Distrito dentro de la Ley N°16 de 17 de junio de 2016, muy parecido a como se aplica los procesos de tránsito en nuestro derecho positivo, que mediante el Decreto Ejecutivo 640 de 27 de diciembre de 2006, en su artículo 207 en su párrafo segundo indica que “en los lugares donde no exista Juzgado de Tránsito la primera instancia la constituye la Autoridad Municipal y la segunda instancia la Gobernación de la Provincia.



BIBLIOGRAFÍA

- Albi, Fernando. *La crisis del Municipalismo*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid 1966.
- Duarte Pinilla, Eugenio Domingo. *El Concejal en la Legislación Panameña*, Trabajo de Graduación, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá 1997.
- Moscote, José Dolores. *Introducción al Estudio de la Constitución*, Editorial Moderna, Panamá, 1929.
- Constitución Política de Panamá.
- Código Administrativo.
- Gaceta Oficial 28448-B. Ley 1 de 19 de enero de 2018, “Que adopta medidas para promover el uso de Bolsa Reutilizables en establecimientos comerciales”.
- Proyecto de Acuerdo Municipal, presentado al Consejo Municipal de Bocas del Toro.
- Gaceta Oficial 28273. Acuerdo N°14 de 22 de marzo de 2017, “Por medio del cual se promueve el uso de Bolsas Reusables y se reglamenta el uso de Bolsas Plásticas Desechables en el Distrito de Bocas del Toro.

Infografía

- <https://www.unevironment.org/es/new-and-stories/reportajes/la-historia-de-la-bolsa-de-plastico-desde-su-nacimiento>
- <https://www.larepublica.co/responsabilidad.social/almenos14-paises-ya-han-prohibido-la-utilizacion-de-bolsas>



* Es licenciada en Derecho y Ciencias Políticas, egresada de Universidad de Panamá y mediadora idónea especializada en conflictos de tierras. Posee un Posgrado en Derecho Agrario y Ambiental de la Universidad de Costa Rica, una Maestría en Derecho Civil de la ULACIT y otra en Derecho Procesal de la Universidad Interamericana de Panamá. Laboró en la Corte Suprema de Justicia como Asistente de Magistrado, en el Departamento de Procesos de la Procuraduría de la Administración, fue Especialista Legal del Programa Nacional de Administración de Tierras (PRONAT) con fondos BID, donde logró la creación de juzgados civiles especializados en conflictos de tierras en 4 provincias del país. Tomando en cuenta su formación en derecho agrario, fue contratada como consultora encargada de la redacción del Libro I (parte sustantiva) del nuevo Código Agrario que, al ser aprobado, se convirtió en la Ley 55 de 2011. Es coautora del libro "Código Agrario Comentado", referente nacional en la interpretación de dicho instrumento jurídico para todos los operadores y auxiliares de justicia en materia agraria.

Fuerza mayor y caso fortuito *en los contratos agrarios*

MÓNICA EUGENIA RÍOS URRIOLA*

Resumen: La crisis sanitaria provocada por el Covid-19 a nivel mundial ha afectado las actividades económicas provocando situaciones de incumplimiento contractuales en todas las esferas del quehacer humano, incluyendo el agrario. Este trabajo pretende analizar los efectos de la fuerza mayor y el caso fortuito en los contratos agrarios en Panamá y la normativa aplicable.

Palabras claves: derecho agrario, contrato agrario, contrato de arrendamiento agrario, contrato de aparcería o mediería, Código Agrario, crédito agrario, pandemia, Covid-19, Panamá, obligaciones, incumplimiento, Código Civil, derecho común, fuerza mayor, caso fortuito.

El 13 de marzo de 2020, mediante Resolución de Gabinete No. 11¹, se declaró en Panamá el Estado de Emergencia por motivo de los estragos del Covid-19. Situación que había sido, a su vez, declarada como Pandemia por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en virtud de su propagación a nivel mundial desde el 11 de marzo.

La situación de crisis sanitaria que afecta a todo el mundo constituye, sin lugar a dudas, una circunstancia de fuerza mayor y también de caso fortuito, tal como son definidos dichos conceptos por el artículo 34-D de nuestro Código Civil, norma supletoria del Código Agrario de la República de Panamá, tal como lo dispone su artículo 257.

La fuerza mayor y el caso fortuito en nuestro Código Civil

Según el artículo 976 del Código Civil, que recoge el conocido principio del derecho denominado *Pacta Sunt Servanda*, las obligaciones que nacen de

los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos so pena de, en caso de incumplimiento, indemnizar a la parte afectada como lo expresa el artículo 986 del mismo texto legal. Sin embargo, tal como lo estipula el artículo 990 del mismo código, nadie puede responder de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables, como lo es la pandemia por el Covid-19.

Otro principio del derecho que viene a atenuar el compromiso de cumplimiento de las obligaciones contractuales versus indemnización, es la llamada cláusula *Rebus Sic Stantibus* (cambio o extinción de las obligaciones cuando no es posible reestablecer el equilibrio jurídico), recogida en los artículos 1161A y 1161B de nuestro Código Civil. Dicho principio establece que, si **debido a un acontecimiento extraordinario e imprevisible**, la prestación de una de las partes en un contrato bilateral **llegare a**

ser excesivamente onerosa, dicha parte podrá pedir la terminación del contrato, mientras que la otra parte podría evitarla ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del mismo.

En efecto, un acontecimiento extraordinario e imprevisible vendría a ser una circunstancia de fuerza mayor y/o caso fortuito, definidas en el artículo 34-D del Código Civil, la primera de ellas como *“la situación producida por hechos del hombre, a los cuales no haya sido posible resistir, tales como los actos de autoridad ejercidos por funcionarios públicos, el apresamiento por parte de enemigos, y otros semejantes”*, en este caso, los actos de autoridad recogidos en las Resoluciones de Gabinete, resoluciones del Ministerio de Salud y los Decretos Ejecutivos que restringieron la movilidad y la posibilidad de realizar ciertas actividades económicas, productivas o culturales por motivo de la crisis sanitaria; mientras que la segunda, el caso fortuito,

1 Publicada en la Gaceta Oficial 28979-B del 13 de marzo de 2020.

es definido como “acontecimientos de la naturaleza que no hayan podido ser previstos, como un naufragio, un terremoto, una conflagración y otros de igual o parecida índole”, como lo es la enfermedad producida por el coronavirus denominada Covid-19.

Los casos fortuitos, lo mismo que los de fuerza mayor, pueden ser producidos por la naturaleza o por el hecho del hombre. Para algunos autores no existe diferencia teórica ni práctica entre el caso fortuito y la fuerza mayor, ya que esta última también es consecuencia de un hecho imprevisible. Jurídicamente, la distinción entre una y otra tiene escasa importancia, ya que ambas pueden ser justificativas del incumplimiento de una obligación. Ahora bien, la doctrina y la jurisprudencia han establecido una serie de requisitos que debe cumplir la fuerza mayor para ser considerada como eximente de responsabilidad, esto es:

- Debe tratarse de una circunstancia imprevisible que impide, por sí misma, ejecutar la obligación;

- Debe existir una causalidad directa entre la fuerza mayor y el incumplimiento;
- Debe hacerse todo lo posible por cumplir con la obligación; y
- Debe existir una alteración extraordinaria de las circunstancias entre el momento en que se suscribió el contrato y el momento en que se debe cumplir (por ejemplo: excesiva onerosidad).

Ante la concurrencia de estos requisitos, los tribunales podrían declarar que las obligaciones quedan extinguidas por causa de fuerza mayor u ordenar la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

Naturaleza de los contratos agrarios en Panamá

Los contratos agrarios en nuestro país, salvo contadas excepciones, suelen celebrarse de forma verbal, los llamados “*pactos de caballeros*” que tienen como única garantía de cumplimiento,

en principio, la palabra empeñada por las partes. En respuesta a esta realidad, el artículo 41 del Código Agrario define el contrato agrario como el acuerdo de voluntad **verbal** o escrito entre dos o más personas, naturales o jurídicas, cuyo objeto es la realización de una actividad agraria o la constitución de una empresa agraria o el ejercicio de ésta. El artículo 47 de la misma excerta legal, por su parte, señala que los contratos agrarios **se acreditan por los medios de prueba que permite la ley**, pero establece la obligación de constar por escrito al contrato de seguro agrocredicio, el contrato de agroindustria y los contratos de crédito agrario superiores a cinco mil balboas (B/.5,000.00), como en efecto es la norma y la práctica en la banca pública y privada y el Instituto de Seguro Agropecuario (ISA).

El hecho de que la práctica de nuestros productores micros, pequeños, medianos y grandes opten por la celebración de contratos verbales no debe ser visto, en primera instancia, como algo negativo, sino como un elemento que pone en evidencia la trascendencia que aún

tiene en el sector la palabra empeñada y las obligaciones contraídas de esa forma. Esto no puede ser sino un aspecto altamente positivo que habla de la honestidad, rectitud, seriedad y alto sentido del compromiso de nuestros productores. También es un reflejo de la sencillez, claridad y tradición con los que se suele pactar en el agro, donde las condiciones están determinadas por los usos y costumbres establecidas para el tipo de contratación de que se trate.

Sin embargo, los abogados conocemos de sobra la importancia de hacer constar las obligaciones de cualquier naturaleza por escrito, no solo para garantizar su cumplimiento oportuno, sino para evitar futuras interpretaciones distintas o los “yo pensaba...”, que conllevan, no en pocas ocasiones, a conflictos de importancia que pueden dar al traste con una actividad agraria próspera o con relaciones de negocios importantes. En este sentido, no puedo sino señalar que la ausencia de un contrato escrito puede traer consigo dificultades entre las partes que serían fácilmente prevenibles

mediante la firma de un documento, aunque sencillo, que recoja las condiciones mínimas bajo las cuales concuerdan en celebrarlo.

Ahora bien, ante este escenario mayormente informal de la contratación agraria, la pregunta que surge es ¿cómo ha impactado la situación de fuerza mayor y caso fortuito, provocadas por el Covid-19, a la actividad agropecuaria en el país y particularmente el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos agrarios?

Es preciso señalar que esta crisis sanitaria no ha tenido un efecto igual en todos los sectores de la vida productiva. En el caso de las actividades agropecuarias, desde el principio fueron excluidas de las limitaciones impuestas por el toque de queda decretado por las autoridades, tal como se aprecia en el numeral 14 del artículo 2 del Decreto Ejecutivo No. 490 del 17 de marzo de 2020². Esta exclusión se mantuvo y amplió posteriormente cuando se impu-

so la cuarentena total de 24 horas mediante Decreto Ejecutivo 507 de 24 de marzo de 2020³, que en su numeral 12 indicó como excluidas de la limitación “*la industria agropecuaria, de insumos y maquinarias agropecuarias; empresas que realicen labores agrícolas de recolección; fincas ganaderas, avícolas, porcinas y acuícolas. Asimismo, el servicio de movilización y transporte de animales, productos e insumos agropecuarios*”. Para efectos de la circulación de las personas dedicadas a estas actividades, el Ministerio de Desarrollo Agropecuario creó un sistema para el otorgamiento de salvoconductos mediante inscripción en sus agencias y regionales a nivel nacional. Nótese que las empresas agrícolas parecen tener autorizadas solamente las labores de recolección, más no de siembra, fumigación o mantenimiento de las plantaciones, las cuales, como sabemos, son indispensables para asegurar una buena cosecha; sin embargo, en

2 Publicado en la Gaceta Oficial 28983-A del 18 de marzo de 2020.

3 Publicado en la Gaceta Oficial 28987-B del 24 de marzo de 2020.

la práctica se ha observado que el otorgamiento de salvoconductos ha sido lo suficientemente abarcador para permitir labores generales en las fincas agrícolas.

El efecto de la fuerza mayor en los contratos agrarios dependerá en gran medida del tipo de contrato de que se trate y de los términos que las partes hayan acordado por escrito o verbalmente. Se deberá atender a las normas generales que establece el Código Civil, en ausencia de disposiciones específicas para regular la materia en el Código Agrario.

Ante una situación de fuerza mayor o caso fortuito, las partes en un contrato agrario no estarán obligadas a cumplir con sus obligaciones mientras se mantenga dicho evento y, ante un desequilibrio contractual, podrán promover su reestructuración o modificación a efectos de reestablecerlo o incluso solicitar su resolución si no hay manera de lograr dicho equilibrio. Las normas no señalan quién de las partes asume las pérdidas o gastos derivados de una situación de fuerza mayor, sin embargo, a nuestro juicio, de no existir

una disposición contractual que lo haya contemplado (no es lo usual), corresponderá a las partes alcanzar acuerdos sobre el particular, probablemente distribuyendo de forma justa los mismos y, de no lograrse, corresponderá a los tribunales agrarios esta determinación.

Ahora bien, el Código Agrario sí regula los efectos de la fuerza mayor y el caso fortuito sobre dos tipos de contratos agrarios: el de arrendamiento y el de aparcería o mediería.

El contrato de arrendamiento agrario

El artículo 56 del Código Agrario, sobre las obligaciones del arrendatario, en su numeral 5, establece que *éste deberá devolver el predio en buen estado al concluir el arrendamiento, salvo lo que hubiera perecido o se hubiera menoscabado por el tiempo o por caso fortuito o fuerza mayor*. Asimismo, el Artículo 58 establece que *“Cuando por caso fortuito ocurra un fenómeno natural grave o por fuerza mayor se afecte el normal desarrollo de la actividad agraria*

que se realiza en el predio arrendado, el arrendatario será exonerado de pagar el canon mientras dure el efecto que le impida realizar la actividad agraria. En todo caso, esta exoneración no podrá ser mayor al equivalente a tres meses de arriendo. Transcurridos los tres meses sin que el arrendatario haya logrado superar con éxito los efectos que le impidan realizar la actividad agraria, cualquiera de las partes podrá solicitar la resolución del contrato”. Obviamente, en caso de conflicto respecto de la ocurrencia y los efectos del hecho de fuerza mayor o caso fortuito sobre la actividad agraria, le corresponderá la carga de la prueba a la parte que la alega que será el arrendatario.

Ahora bien, como quiera que la actividad agraria no ha estado limitada por las órdenes de la autoridad (fuerza mayor) ya que se ha permitido la movilidad de los productores en todo momento, será fundamental demostrar el nexo causal entre la pérdida de ingreso del arrendatario y la situación de pandemia (caso fortuito). Esto es así porque, aun cuando la

El Código Agrario sí regula los efectos de la fuerza mayor y el caso fortuito sobre dos tipos de contratos agrarios: el de arrendamiento y el de aparcería o mediería.



actividad agraria ha continuado, se presume que el consumo de productos agropecuarios de la población ha disminuido debido a la pérdida de ingresos de muchos consumidores, lo que a su vez se traduce en mayores dificultades para la venta de los productos agrarios, en algunos casos por la imposibilidad de los intermediarios de adquirirlos directamente en el predio debido a las limitaciones de movilidad para éstos, por no encajar exactamente en las excepciones indicadas en el numeral 12 del Decreto Ejecutivo 507 de 24 de marzo de 2020.

El contrato de aparcería o mediería

Es necesario recordar que el de aparcería o mediería es “un contrato ‘de colaboración’ y ‘de tipo asociativo’ en el cual las dos partes: aparcero dador (aquel que cede el goce y uso del predio u otros enseres afines a la explotación) y aparcero tomador (aquel a cuyo favor

se concede), colaboran en la actividad agraria, aportando respectivamente capital y trabajo. Es un contrato de colaboración, porque dos o más individuos mantienen un objetivo común, en el que cada uno participa aportando bienes, aptitudes personales y/o habilidades y se encuentran vinculados por el resultado de la explotación agraria que les interesa a ambos”⁴.

El artículo 72 del Código Agrario señala que, en el contrato de aparcería o mediería, *cuando ocurra pérdida de los frutos por caso fortuito o de fuerza mayor será asumida por las partes en la misma proporción convenida para el reparto de los frutos*. Esta determinación en cuanto a las pérdidas resulta fundamental, pues de antemano las partes saben los riesgos que corren al asumir el contrato ante un evento de esta naturaleza. Debe entenderse que las pérdidas no solo se refieren a los ingresos que se dejen de percibir con la actividad agraria objeto de la colaboración, sino también

4 Gadea, Ríos, Pereira y Fuller, *Código Agrario Comentado*, Editora Sibauste, Primera edición, Panamá, 2011, página 31.

los gastos o trabajos extraordinarios que se generen producto del evento de fuerza mayor o caso fortuito, los cuales deberían asumirse en la misma proporción en que se hayan acordado los aportes de cada parte dentro del giro normal de la actividad de que se trate.

Por último, el artículo 78 establece que *“Si las resultas de la aparcería se pierden totalmente debido a caso fortuito, fuerza mayor o por un acto no imputable al aparcerero tomador, éste no tendrá obligación de pagar por tierra, semilla, agua o animales que le hubiera proporcionado el aparcerero dador”*, estableciendo así claramente el caso fortuito y la fuerza mayor como eximentes del cumplimiento de una obligación que, si se tratara de un hecho imputable al aparcerero tomador, le correspondería pagar, al ser el responsable del cuidado de los bienes entregados por el aparcerero dador.

Ciertamente la aparcería o mediería no parece ser un contrato muy común entre nuestros productores —al menos no con ese nombre ni exactamente las condiciones que establece el Código Agrario—

sin embargo, resultan importantes estas precisiones de la norma sobre las consecuencias de un hecho de fuerza mayor o caso fortuito para este tipo de contratación, cuyos principios podrían ser aplicados por nuestros jueces agrarios para otro tipo de contratos agrarios atípicos, incluso antes de remitirse a la norma de derecho común, tal como lo mandata el artículo 257 de dicho cuerpo normativo.

Contrato de Crédito Agrario

Por último, quiero referirme al contrato de crédito agrario que, por su propia naturaleza, merece un análisis aparte ante la situación de fuerza mayor y caso fortuito provocada por el Covid-19.

En efecto, el contrato de crédito agrario es definido por el Código Agrario en su artículo 111 como *“un acuerdo mediante el cual una persona natural o jurídica, denominada acreedor, entrega a otra, denominada deudor, una suma de dinero para ser utilizada en una o más actividades específicas de naturaleza agraria, con la condición de devolverla en un pla-*

zo determinado”. Usualmente en los contratos de crédito agrario no se recogen cláusulas que regulen los efectos de la fuerza mayor o el caso fortuito, por lo que debemos atenernos a las normas del Código Civil, de aplicación general.

Al igual que ocurre con los créditos civiles y comerciales, en el crédito agrario la insolvencia del deudor no es causa de extinción de las obligaciones de pago, ya que el deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, presentes y futuros, tal como establece el artículo 1653 del Código Civil. Por tanto, una vez superada la situación causada por el evento de fuerza mayor o caso fortuito, los efectos y ejecución de la obligación, en los términos que fue convenida originalmente quedan activados.

En este sentido, el artículo 113 del Código Agrario señala que en el contrato de crédito agrario las partes, por mutuo acuerdo, establecerán la duración mínima del contrato, las condiciones y modos de pagos **y la posibilidad de acordar prórrogas para permitir al productor el adecuado cum-**

plimiento de la obligación. Ahora bien, la ausencia en el contrato de una cláusula que regule las prórrogas, no impide a las partes alcanzar acuerdos para atender situaciones particulares de cada deudor que ameriten la concesión de éstas, como sería un evento de fuerza mayor o caso fortuito.

Esta posibilidad de acordar prórrogas por mutuo acuerdo cobra relevancia si tomamos en cuenta que la litigiosidad que produciría una postura rígida de la banca ante la negativa de reconocer la circunstancia de fuerza mayor o caso fortuito que aqueja a los deudores, solo lograría colapsar el sistema de justicia pues, eventualmente, los tribunales se verían abocados a reconocerlas, desestimando así ejecuciones innecesarias y desperdiciando valiosos recursos del Estado.

Por ello, en las circunstancias actuales, toma suma relevancia la posibilidad de que las partes alcancen acuerdos para atender la imposibilidad de algunos productores de hacer frente a sus obligaciones crediticias debido a la pandemia o por sus efectos secun-

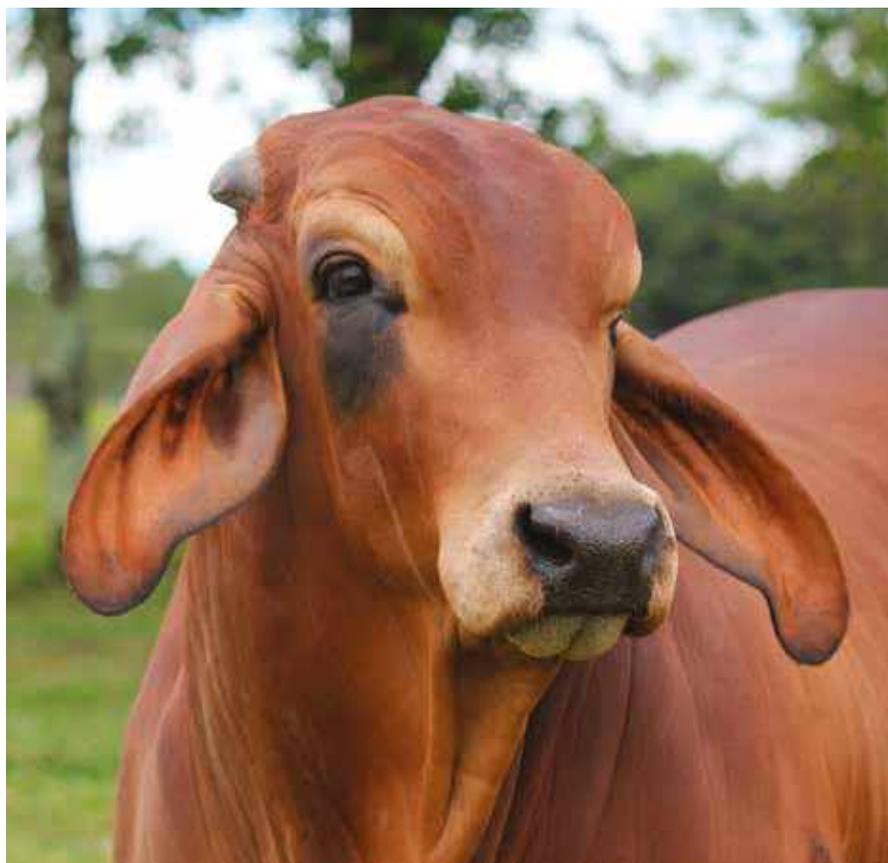


Imagen de Herney Gómez en Pixabay.

darios. Así observamos cómo el Banco de Desarrollo Agropecuario emitió la Resolución 011-2020 del 27 de marzo de 2020, mediante la cual aprueba un plan de contingencia y facilidades crediticias para sus clientes en las carteras morosa, vencida a enero de 2020 y aquellos con cuotas a vencer dentro de los siguientes 150 días prorrogables. El plan incluye la reestructuración de los planes de pago, refinanciamiento de productores vigentes y acuerdos de pago flexibles **automáticos** donde se corren las fechas de pago de acuerdo al plazo de cada cliente.

En respuesta a la presión ciudadana, la Ley 156 del 30 de junio de 2020⁵, en su artículo 2 estableció una moratoria sobre los préstamos otorgados por bancos, cooperativas y financieras hasta el 31 de diciembre de 2020, para las personas naturales y jurídicas afectadas económicamente debido al estado de emergencia nacional por motivo del Covid-19 y en su numeral 8 menciona expresamente los “*préstamos al sector agropecuario*”.

5 Publicada en la Gaceta Oficial 29059 del 1 de julio de 2020.



También establece esta ley que, vencido el término de la moratoria, los acreedores y deudores deberán acordar los mecanismos de refinanciamiento o prorrateo de sus compromisos sin que ello implique el cobro de recargos por mora o cualquier otro gasto administrativo (artículo 3) ni afectación a sus referencias de crédito; asimismo se establece que los bancos, financieras y cooperativas no podrán efectuar cobros, aumentar las tasas de interés aplicadas, recargos ni ningún otro interés por falta de pago, pago atrasado o cualquier otro motivo, lo cual, sin dudas, es un alivio importante ante la situación actual de incertidumbre económica.

Es importante recalcar que, para acogerse a los beneficios de la ley de moratoria, el afectado, persona jurídica o natural in-

dependiente, deberá acreditar su condición de incapacidad o insolvencia para el pago de los compromisos mediante una declaración jurada en papel simple o ante notario público donde haga constar la afectación de sus ingresos debido a la reducción o cierre de sus operaciones. Implícitamente la norma procura que aquellos que, a pesar de la fuerza mayor y caso fortuito o no estando afectados directamente por ella, tienen la posibilidad de cumplir sus compromisos crediticios, lo hagan, para, de esta forma, disminuir la afectación al sistema bancario y económico en general.

Conclusiones

La fuerza mayor y el caso fortuito, como circunstancias que eximen del cumplimiento de las

obligaciones contractuales agrarias, ciertamente protegen a la parte afectada de la obligación de indemnizar a la otra ante la imposibilidad de ejecutar lo que le corresponde, ya que ninguna de las partes es responsable ante una situación de esta naturaleza.

El Código Agrario estableció normas para reglamentar los efectos de la fuerza mayor y caso fortuito en los contratos de arrendamiento agrario y aparcería o mediería, a cuyos principios podrían recurrir los juzgadores antes de remitirse a las normas de derecho común para resolver un asunto agrario, como lo dispone el artículo 257 de la misma ley.

BIBLIOGRAFÍA

- Gadea, Ríos, Pereira y Fuller, *Código Agrario Comentado*, Editora Sibauste, Primera edición, Panamá, 2011.
- Gaceta Oficial 28979-B del 13 de marzo de 2020.
- Gaceta Oficial 28983-A del 18 de marzo de 2020.
- Gaceta Oficial 28987-B del 24 de marzo de 2020.
- Gaceta Oficial 29059 del 1 de julio de 2020.

El Derecho de Retención

VÍCTOR RAÚL DE LAS CASAS SALAZAR*



* Doctor en Derecho: Universidad Nacional Autónoma de México (1996), Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas: Universidad de Panamá (1985), Asistente de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia desde 2006, Profesor de Derecho Civil y Derecho Romano en la Universidad de Panamá, Asesor Legal de la Asamblea Legislativa (actual Asamblea Nacional) desde 1986 a 1989, Ejercicio Privado de la Abogacía 1986-1989; 1993-2006, Profesor de Derecho Civil y Comercial en la Universidad de Panamá y en universidades particulares desde 1993 en los niveles de Doctorado, Maestría, Licenciatura y Carrera Técnica, Autor de artículos sobre Derecho Civil, Expositor de conferencias sobre Derecho Civil y Derecho Probatorio.

Resumen

El derecho de retención es la facultad que el ordenamiento jurídico concede al detentador de una cosa (acreedor) de retener una cosa de propiedad de su deudor, hasta tanto se verifique el pago de lo que dicho deudor le debe a aquel, por razón de la cosa misma.

En nuestro Código Civil, el derecho de retención carece de unidad, es decir, no está consagrado de manera general, sino de manera especial para ciertos supuestos. De ahí, que se ponga en tela de duda si dicho derecho sólo podrá ejercerse de manera especial en los supuestos previstos en la ley o, de manera general, a los casos que guarden semejanza con aquellos previstos en la ley, ya por analogía, ya como regla o principio general del derecho.

Otro punto a dilucidar es el concerniente a la naturaleza jurídica del derecho de retención, es decir, si dicho derecho tiene la naturaleza de un derecho personal o de un derecho real.

Palabras claves

Derecho, retención, facultad, derecho personal, derecho real, supuestos especiales, regla general, analogía, naturaleza jurídica.



Imagen de StartupStockPhotos en Pixabay

I. Introducción

En nuestra vida cotidiana, es frecuentes que por razón de la celebración de algún contrato, o del ejercicio de algún derecho real, nos corresponda poner a otro en posesión de alguna cosa de nuestra propiedad u otorgarle la mera tenencia de dicha cosa. Mas, en virtud de dicho contrato o derecho real, según el caso, pueden surgir derechos en favor del poseedor o del detentador de la cosa, y a cargo del propietario del bien. En tal caso, y sin menoscabo del derecho de propiedad del deudor, el acreedor podría estar revestido de la facultad de negar la restitución de la cosa a su propietario, hasta tanto este le satisfaga lo que se le

debe por razón de la cosa misma. Este es el llamado derecho de retención.

Ahora bien, en nuestro Código Civil, el derecho de retención no está regulado de manera general para todos los casos que se encuentren en determinado supuesto, sino de manera especial para los supuestos previstos en la ley. Surge de ahí la interrogante en cuanto a la aplicación del derecho de retención de manera restrictiva a los casos previstos en la ley, o bien de manera extensiva a todos los supuestos en los cuales surja en favor del acreedor un derecho frente al propietario por razón de la cosa misma.

De igual forma, cabe preguntarse si el derecho de retención constituye un derecho real del acreedor sobre la cosa retenida, o de un derecho personal

frente al propietario, de lo cual se desprenden importantes consecuencias.

En el presente trabajo pretendemos abordar los aspectos generales del derecho de retención, tales como las definiciones propuestas, regulación en diferentes ordenamientos, elementos de dicho derecho y formas de extinción. Y, de manera especial, lo concerniente a su aplicación, en aras de determinar si dicho derecho puede ejercerse sólo en los supuestos previstos en la ley, o bien si tal derecho se puede ejercer de manera general respecto de cualquier otro caso que guarde semejanza con los ya previstos en la ley. De igual manera, abordaremos de manera específica lo concerniente a la naturaleza jurídica del derecho de retención, es decir, si estamos en presencia de un derecho real o de un derecho personal.

II. Definiciones

Guillermo Cabanellas De Torres, nos da la siguiente definición del derecho de retención:

“Especie de derecho pignoraticio establecido por disposición legal en determinadas ocasiones, para posibilitar al poseedor o tenedor de la cosa ajena el conservarla hasta el pago de lo debido por ella o por alguna causa con esta relacionada”.¹

1 CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, 29na. ed., Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2006, t.III, p.140.

El mismo autor nos ofrece la definición que da el Código Civil argentino (art.3939), según el cual, el derecho de retención es “la facultad que corresponde al tenedor de una cosa ajena para conservar la posesión de ella hasta el pago de lo que le es debido por razón de esa misma cosa”.²

Por su parte, Luis Diez-Picazo expresa:

“...la doctrina ha definido el derecho de retención como una facultad concedida u otorgada por la ley a un acreedor, permitiéndole continuar en la detentación de una cosa más allá del tiempo en que debió ser entregada a su deudor o bien como el derecho del detentador de una cosa a retardar la restitución hasta obtener la satisfacción de un crédito de que es titular”.³

Lino Rodríguez-Arias Bustamante, por su parte, define el derecho de retención “como la facultad concedida en ciertos casos por la ley al acreedor para que no restituya una cosa que tiene en su poder, perteneciente al deudor, en tanto éste no le pague lo que por razón de esa misma cosa le debe”.⁴

Finalmente, el jus civilista mexicano Rafael Rojina Villegas, expresa:

2 *Locus citato*.

3 DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol.I, 2da.ed., Editorial Tecnos, Madrid, 1983, p.589.

4 RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino. *Derecho de Obligaciones*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, s/f, p.p.270-271.

“Simplemente es un recurso creado por la ley para garantizar al acreedor de un posible incumplimiento de las obligaciones por parte de su deudor, conservando determinadas cosas que obran en su poder y que están relacionadas con dichas obligaciones”.⁵

III. El Derecho de Retención en el Código Civil

En nuestro Código Civil, al igual que en la generalidad de los Códigos consultados, el derecho de retención carece de unidad, es decir, no está consagrado de manera general, sino de manera especial para ciertos supuestos. De ahí, que se ponga en tela de duda si dicho derecho sólo podrá ejercerse de manera especial en los supuestos previstos en la ley o, de manera general, a los casos que guarden semejanza con aquellos previstos en la ley, ya por analogía, ya como regla o principio general del derecho. Veamos estos casos.

El poseedor de buena fe, de una cosa, sobre la cosa poseída, hasta que le sean satisfechos o pagados los gastos de carácter necesario, hechos por él en dicha cosa (art.439); el usufructuario, por los desembolsos hechos por él en la cosa usufructuada, que le deben ser reintegrados por el nudo propietario y, en particular, por el valor de las reparaciones (arts.502 y 522); al que ha ejecutado una obra

en una cosa mueble, hasta que se le pague el precio de la obra (art.1352); al mandatario, hasta que el mandante le reembolse las cantidades anticipadas para el cumplimiento de la gestión y le indemnice de los daños y perjuicios que el cumplimiento del mandato le hubiese irrogado (art.1421); el depositario, sobre la cosa depositada, hasta el completo pago de lo que se le debe por razón del depósito (art.1473); el arrendador, sobre los frutos existentes de la cosa arrendada, y de todos los objetos con que el arrendatario la haya amueblado, guarnecido o provisto, y que le pertenecieren, al momento del lanzamiento, para la seguridad de su pago y de las indemnizaciones a que tenga derecho (art.1320); el gestor oficioso, en el mismo caso que el mandatario, cuando la gestión ha sido ratificada por el dueño del negocio (art.1634); el titular de los derechos de uso o de habitación, o a sus herederos, por desembolsos que deben serle reintegrados (art.511); al propietario, que puede retener en su poder los bienes del usufructo, mientras el usufructuario no preste fianza de cumplimiento de su obligación (art.478).

IV. Elementos del Derecho de Retención

El Profesor Narciso Garay Preciado⁶ cita los siguientes:

1. La tenencia de una cosa de propiedad del deudor;

5 ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Compendio de Derecho Civil*. T.III (Obligaciones), 22da. ed., Ed. Porrúa, México, 1990, p.432.

6 GARAY PRECIADO, Narciso. *Derecho Civil II* (Obligaciones) 2do. Semestre, s/ed., s/f. p.98.

2. La existencia de un crédito a favor del tenedor de la cosa;
3. Un cierto vínculo o conexión entre el crédito y la cosa;
4. Una disposición de ley que autorice la retención.

Este último requisito parece sugerir que el referido autor es del criterio que el derecho de retención sólo se puede ejercer en los casos previstos expresamente en la ley.

Al respecto, cabe señalar que el requisito en cuestión resulta discutible en legislaciones como la nuestra, donde no existe una norma específica que consagre, ya sea de manera extensiva o restrictiva, el derecho de retención.

Así, en legislaciones como la de Argentina, específicamente, el artículo 3940 del Código Civil argentino, dispone:

“**Artículo 3940.** Se tendrá el derecho de retención siempre que la deuda aneja a la cosa retenida, haya nacido por ocasión de un contrato, o de un hecho que produzca obligaciones respecto al tenedor de ella.”

Respecto de esta disposición, el jurista argentino Guillermo Borda⁷ señala que, por consiguiente, no es necesario que el derecho de retención esté reconocido por una disposición legal expresa con relación a cada caso particular; basta que se dé el supuesto

particular de esta norma para que sea ejercible. No obstante ello, añade, el legislador ha creído conveniente establecer expresamente el derecho con relación a determinados contratos, para evitar dudas.

Por el contrario, el jurista colombiano Hernán Darío Velásquez Gómez⁸ cita el artículo 2417 del Código Civil colombiano, según el cual, no se podrá retener una cosa del deudor en seguridad de la deuda, sin su consentimiento, excepto en los casos que las leyes expresamente designen.

Como podemos ver, respecto de las normas citadas, las mismas adoptan posiciones opuestas, las cuales no dejan asomo de duda en cuanto a la posibilidad de aplicar o no aplicar el derecho de retención a los casos no previstos en la ley.

El punto está en determinar si es posible, jurídicamente, hacer uso del supuesto derecho de retención a los casos no previstos en la ley, cuando no hay una norma que de manera expresa lo autorice o lo prohíba, tal como ocurre respecto de nuestro Código Civil.

Más adelante abordaremos este punto.

V. Naturaleza Jurídica

La naturaleza jurídica del derecho de retención no resulta simple de determinar, es decir, si nos encontramos ante un derecho real (como la prenda) o si da lugar a un derecho personal. Incluso, un sec-

⁷ BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil —Obligaciones—* TI, 9na. ed., Ed. La Ley, Buenos Aires, 2008, p.335.

⁸ VELÁSQUEZ GÓMEZ, Hernán Darío. *Estudio sobre Obligaciones*, Editorial Temis, Bogotá, 2010, p. 974.

tor de la doctrina señala que el derecho de retención constituye un caso específico de aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus*, lo cual ha sido descartado por la mayoría de los autores modernos, toda vez que, tal como hemos visto, el derecho de retención no nace necesariamente de un contrato, sino, además, de un cuasicontrato, o del ejercicio de un derecho real que no tenga origen contractual.

Respecto de la naturaleza jurídica del derecho de retención, el Profesor Narciso Garay es del criterio que, en nuestro ordenamiento, el derecho de retención tiene el carácter de un derecho real "pues se ejerce sobre la cosa sin respecto a determinada persona."⁹

Por su parte, Julien Bonnecase¹⁰ estima que se trata de un derecho autónomo, negándole el carácter de derecho real. Para sustentar su criterio, el referido autor sostiene que el derecho de retención no le confiere a su titular las facultades de las cuales está revestido el titular de los derechos reales principales, como de los de segundo grado.

Así, sostiene el referido jurista, el titular de los derechos reales principales (propiedad, usufructo, etc.) está facultado para usar directamente la cosa, de aprovecharla materialmente en su individualidad orgánica. Respecto de los derechos reales de segundo grado, los mismos recaen sobre la apropiación total o parcial de su valor económico y cuentan con los medios para lograrlo, recurriendo al remate

(prenda, hipoteca, etc.). Nada de esto existe en el derecho de retención, cuyo titular permanece expectante frente a la cosa.

El mencionado jurista le niega también el carácter de derecho personal, puesto que el derecho de crédito no puede absorber el derecho de retención, toda vez que éste sólo confiere una fisonomía particular al crédito quirografario que está provisto de él.

Diez-Picazo también le niega el carácter de derecho real al derecho de retención. Según este tratadista, el titular del derecho de retención sólo tiene una facultad de denegar la restitución de la cosa poseída, salvo que el *ius retentionis* vaya unido a un derecho de prenda. Sostiene además que no parece que exista la facultad de reivindicarla, ni menos aún la de dirigirse contra un tercer adquirente de la misma.¹¹

En otra parte de su obra¹² sostiene este autor que el derecho de retención no constituye un derecho subjetivo autónomo e independiente, sino una mera facultad de rehusar la restitución, esto es, una excepción que puede alegarse frente a la pretensión de restitución. En consecuencia, el derecho de retención no genera la reipersecutoriedad que es propia de los verdaderos derechos reales. Tampoco es oponible a los demás acreedores que pretendan embargar la cosa retenida, ni tendrá un derecho de preferencia en caso de quiebra o concurso de su deudor, salvo que el crédito al cual accede la retención, sea un crédito privilegiado.

9 GARAY, *locus cit.*

10 BONNECASE, Julien. *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Ed. HARLA, traducido por Enrique Figueroa Alfonso, s/f, p.p.711-712.

11 DIEZ-PICAZO, obra citada, vol. II, p.72.

12 *Ibidem*, vol.I, p.p.592-593.

En sentido semejante se pronuncia Borda, al sostener que el derecho de retención no es un derecho sustancial que pueda ser ubicado dentro de las categorías de los derechos reales o de los derechos personales, sino una excepción procesal que permite al acreedor retener la cosa, en tanto no haya sido pagado.¹³

Respecto de los señalamientos hechos por los dos últimos autores citados, sólo cabe comentar que el ubicar el derecho de retención como una excepción oponible al demandante no ilustra sobre la naturaleza jurídica de dicha facultad, toda vez que, de haber sido considerado un derecho real o un derecho personal, igual hubiese podido oponerse como excepción. Es decir, que su condición de excepción, no excluiría su naturaleza real, personal, mixta o de otra índole.

Finalmente, Velásquez Gómez es del criterio que al derecho de retención puede atribuírsele una naturaleza mixta, pues conjuga las características del derecho real y del derecho personal, pero sin ser lo uno o lo otro. Sólo le está permitido retener la cosa, mas no goza del atributo de persecución que emana del derecho real, salvo que haya sido despojado violenta o clandestinamente. Tampoco se le otorga a dicho derecho ninguna preferencia que lo convierta en privilegiado y su origen es diferente.¹⁴

Como hemos podido apreciar, la naturaleza real que pueda tener el derecho de retención, depende de las facultades de que goce el detentador de la

cosa respecto de la cosa retenida, en cada ordenamiento en particular.

En el nuestro, tenemos casos especiales en los cuales el derecho de retención lleva aparejado un derecho de persecución de la cosa. Tal es el caso de los privilegios posesorios concedidos al porteador hotelero y arrendatario en el artículo 1660, numerales 4, 5 y 7 del Código Civil. Como bien señala Rodríguez-Arias, en estos supuestos "el derecho de retención está consagrado como un verdadero derecho real, porque se da el *jus persigendi*".¹⁵

Amén de lo anterior, el artículo 1412 del Código Judicial faculta, además de la retención de los bienes del arrendatario moroso, por parte del arrendador, a la venta judicial de dichos bienes retenidos para el cobro de lo que se le deba a este, por parte de aquel, por razón del arrendamiento, todo lo cual configura las características de un derecho real.

Ahora bien, no por ello estamos de acuerdo con la idea que el derecho de retención configura un derecho real, fuera de los casos arriba enunciados. En consecuencia, el derecho de retención no configura un derecho real en los demás casos contemplados en el Código Civil ni, mucho menos, en aquellos casos en los cuales el derecho de retención resulta aplicable por analogía, según exponremos en el punto siguiente.

Concluimos este punto, pues, sosteniendo que, para nosotros, el derecho de retención constituye un

13 BORDA, ob.cit., p.334.

14 VELÁSQUEZ GÓMEZ, ob.cit., p.p.975-977.

15 RODRÍGUEZ-ARIAS, ob.cit., p.277.



Diseñado por Freepik.

derecho autónomo, según Bonnacase o, al decir de Velásquez Gómez, un derecho mixto o un derecho real imperfecto.

VI. Aplicación analógica a otros casos: su posibilidad jurídica

¿Permite nuestro ordenamiento la aplicación por analogía, de las reglas del derecho de retención establecidas en el Código Civil para casos específicos, a otros casos semejantes?

Sobre el particular, tenemos que respecto del supuesto previsto en el artículo 1476 del Código Civil, a propósito del depósito necesario, esto es, de los efectos introducidos por los viajeros en las fondas o mesones, resulta indudable la aplicabilidad del de-

recho de retención en favor de los fondistas o mesoneros, respecto de tales efectos, por razón de lo que dichos viajeros le adeuden. Ello, por razón de lo dispuesto en el artículo 1473 respecto del depósito en general. Estimamos, además, que la misma regla resulta aplicable respecto de huéspedes de hoteles y pensiones, en relación con lo que tales huéspedes le adeuden por razón del hospedaje. Además, existe una indudable analogía respecto de lo dispuesto en el artículo 1320 del Código Civil, a propósito del derecho de retención en el contrato de arrendamiento de bienes inmuebles.

Por otra parte, si bien las disposiciones relativas al contrato de transporte previstas en el Código Civil en los artículos 1353 a 1355, no consagran el derecho de retención en favor del porteador, sí lo consa-

gra el artículo 703 del Código de Comercio para el mismo caso.

Ahora bien, debemos tener presente que el contrato de transporte es considerado acto de comercio, cuando dicho contrato tenga por objeto mercaderías, o cuando el porteador se dedique a transportar enseres de la índole que sea. Pero ¿qué sucedería en los casos en que el transportista realizara dicha actividad de manera casual, y lo hiciese respecto de pasajeros o de enseres personales y no de mercaderías? ¿Podría ejercer el derecho de retención en estos casos?

Dadas las escasas reglas contenidas en el Código Civil, a propósito del contrato de transporte, habrá que remitirse de manera supletoria a lo dispuesto en el Código de Comercio, el cual contempla, sin duda, el derecho de retención en estos casos.

De cualquier manera, se percibe a lo largo y ancho de todo el ordenamiento, dentro del derecho privado, la consagración del derecho de retención como una regla o principio general, aplicable a todos los supuestos en los cuales se presenten los requisitos previstos en el punto IV del presente trabajo, salvo lo señalado en el sub punto D.

Al respecto, resulta de particular interés lo dispuesto en el artículo 1438 del Código Civil, según el cual, el comodatario no podrá retener la cosa prestada a pretexto de lo que el comodante le deba. Sin duda alguna, tal precepto se ha establecido por razón del carácter gratuito del comodato, pero ¿por qué razón habría de señalarse expresamente tal disposición, si no es el sentir del legislador que el

derecho de retención se podrá aplicar en los otros supuestos en que converjan los requisitos generales para su ejercicio?

Por las razones expuestas, somos del criterio que el derecho de retención se puede ejercer en los supuestos que contemplen casos semejantes, siempre que el ordenamiento no lo prohíba expresamente, como en el caso del citado artículo 1438.

VII. Extinción del Derecho de Retención

Veremos lo concerniente a la extinción del derecho de retención, atendiendo a dos criterios de clasificación: la de Borda¹⁶ y la de Rodríguez-Arias¹⁷.

A. Clasificación de Borda. Este autor clasifica las formas de extinción del derecho de retención, de la siguiente manera:

1. Medios indirectos:

- a) Por el pago o por cualquier otro medio de extinción de las obligaciones. El pago parcial no extingue el derecho de retención por su carácter indivisible. Señala este autor, también, que el derecho de retención no se extingue por prescripción de la deuda principal, porque mientras se ejercite tal derecho no hay abandono del crédito y, por ende, no hay prescripción.
- b) Por afianzamiento del pago de la obligación con garantía suficiente.

2. Medios directos:

- a) Por la renuncia a la tenencia.
- b) Por la pérdida total de la cosa retenida.
- c) Por haber adquirido el retenedor el dominio de la cosa.

B. Clasificación de Rodríguez-Arias. Por su parte, Lino Rodríguez-Arias Bustamante, clasifica las formas de extinción del derecho de retención, así:

1. Por causas intrínsecas:

- a) Por pérdida de la cosa retenida.
- b) Por pérdida de la posesión.
- c) Por extinción de la obligación de dar, a cargo del retentor.
- d) Por extinción del crédito protegido, por cualquier causa.

2. Por causas extrínsecas:

- a) Por renuncia del titular.
- b) Por derogación del derecho de retener, cuando se haga con efectos retroactivos.

VIII. Conclusiones

El derecho de retención es una facultad que puede ser vista como una vía de hecho, que no constituye propiamente un derecho real, salvo que el acreedor, por virtud de la normativa, esté dotado del jus persiguenti y de la facultad de apropiarse del valor económico de la cosa retenida.

La regla general, es que el acreedor en una relación obligatoria, que detente una cosa de propiedad del deudor en dicha relación, puede retener o negar la restitución de la cosa retenida, por lo que el deudor le deba por razón de la cosa misma, salvo los casos en que la ley niegue de manera expresa este derecho. Es decir, que no es menester que la norma faculte de manera expresa la retención de la cosa.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- 1. BONNECASE, Julien. *Tratado Elemental de Derecho Civil*, Editorial HARLÁ, traducido por Enrique Figueroa Alfonso, Impreso en México, s/f, 1048 p.p.
- 2. BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil-Obligaciones*, 9na. ed., Editorial La Ley, Buenos Aires, 2008, 2 tomos.
- 3. CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, 29na. ed., Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2006, 8 tomos.
- 4. DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patri-*
- 5. *monial*, 2da. ed., Editorial Tecnos, Madrid, 1983, 2 vols.
- 6. GARAY, Narciso. *Derecho Civil (Obligaciones)*, s/ed., Panamá, s/f, 2 tomos.
- 7. RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino. *Derecho de Obligaciones*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, 578 p.p.
- 8. ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Compendio de Derecho Civil*, 22da. ed., Editorial Porrúa, México, 1990, 4 tomos.
- 9. VELÁSQUEZ GOMEZ, Hernán Darío. *Estudio sobre Obligaciones*, Editorial Temis, Bogotá, 2010, 980 p.p.

La escisión de sociedades

en la jurisdicción mercantil panameña

JOSÉ MARÍA LEZCANO NAVARRO*

Abstracto

La escisión es un medio que permite reestructurar las finanzas de un ente societario a través de la partición del activo de la sociedad y su traspaso a uno o más entes societarios, en los cuales los socios de la sociedad escindida tienen participación. El traspaso de activos a través de la escisión se diferencia de otras operaciones ya que los activos objeto de la escisión se traspasan acompañados de sus obligaciones y cargas fiscales, es decir, no es un mecanismo que permita la defraudación de acreedores y evasión fiscal. La escisión permite la capitalización de una nueva sociedad sin nuevos aportes de capital, así como también permite resolver problemas entre socios sin necesidad de disolver la sociedad, y en adición se puede descentralizar la actividad de un ente societario. La escisión se ha desarrollado como herramienta para la reestructuración de negocios en otras jurisdicciones, y ha despertado el interés del legislador panameño, quien la introduce en nuestra jurisdicción mercantil a través de la Ley de 85 de 2012.



* Doctor en derecho (PhD), título obtenido en la universidad británica City University London. Master en Derecho Comercial Internacional con énfasis en Arbitraje, título obtenido en la universidad británica University of Westminster. Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas egresado de la Universidad de Panamá. Especialización en Docencia Superior, título obtenido en la Universidad del Istmo. Abogado en ejercicio y profesor de derecho comercial y derecho marítimo en la facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá. Autor de las obras *Piercing The Corporate Veil In Latin American Jurisprudence*, publicada por el editorial Inglés Routledge. Autor de la obra *Sistema Bancario Panameño*, publicado por el editorial Portobelo, y autor de la obra *Análisis Del Nuevo Derecho Comercial Marítimo*, editado y publicado por la editorial Mizrachi&Pujol, y Co-autor del libro *Routledge Corporate Law Handbook*, publicado por el editorial Inglés Routledge, así como también autor de una serie de artículos académicos.

Palabras claves: Sociedades mercantiles, escisión, fusión, tributario, acreedores.

Abstract

The division of companies can be considered as a business strategy aimed at improving the performance of the company. This is achieved by the division and distribution of the company's assets into new, or already existent, corporate entities. This operation cannot be regarded as a mean to defraud creditors or tax authorities. The assets affected by

this operation will have all the obligations and tax charges they had until the moment the division of the company was suggested. This is a successful business strategy, which has been introduced and developed in many jurisdictions. The Panamanian policy maker has noticed the importance of this mechanism. Therefore, the division of companies has been introduced in the Panamanian framework for companies by the Ley 85, 2012.

Key Words: Corporate entities, division, fusion, tax, creditors.

INTRODUCCIÓN

La Ley 85 de 28 de noviembre de 2012 introdujo dos temas relevantes en nuestra jurisdicción mercantil, estos son la reactivación de sociedades y la escisión de sociedades.¹ Por una parte, el concepto de la reactivación llena un vacío en materia de sociedades, ya que permite reactivar sociedades disueltas sea para continuar con el objeto social o completar tramites que demandan la vigencia del ente societario disuelto. Por otra parte, la escisión no llega a llenar un vacío, por el contrario, llega a innovar. Ciertamente, el fenómeno de la escisión no es nada nuevo. Este es un fenómeno propio de las economías industrializadas, donde los entes societarios son utilizados a gran escala y al mismo tiempo están expuestos a las situaciones propias de los mercados financieros, situaciones que de-

¹ Ver Gaceta oficial 27.172 de 28 de noviembre de 2012.

mandan adaptar el ente societario a las prácticas del mercado. Sin embargo, en el caso de Panamá la escisión puede considerarse una innovación, ya que somos una economía relativamente nueva donde el ente societario era usado para operaciones poco complejas. En la actualidad existen empresas nacionales e internacionales que manejan grandes montos de capital y realizan operaciones que hace 30 años no tenían lugar en nuestra plaza mercantil. La introducción de la escisión llega para ofrecer un mecanismo de planificación empresarial a los usuarios de nuestra plaza comercial. Ahora ¿Qué es la escisión de sociedades? Al hablar de escisión de sociedades se hace referencia al acto de dividir el patrimonio social de manera total o parcial y traspasarlo a una sociedad o grupo de sociedades nuevas o ya existentes, con el objetivo de reestructurar las operaciones de una empresa.² Las personas no

familiarizadas con este concepto lo pueden ver como algo negativo, ya que puede generar la impresión de ser un mecanismo utilizado para defraudar acreedores y evadir obligaciones tributarias. Esa sospecha es entendible, sin embargo, la figura de la escisión está estructurada de una manera que genera obligaciones de carácter solidario entre la sociedad escindida y las beneficiarias, por las obligaciones que acompañan el patrimonio escindido.

En este artículo se desarrollará, de manera breve, el tema de la escisión en nuestro ámbito mercantil. Primero, se presenta la manera en que la legislación define escisión y sus efectos, y también se presentarán las diferencias básicas entre los conceptos de fusión y escisión, ya que el estudiante o profesional no familiarizado con la materia los puede confundir, los objetivos de la escisión y la definición de las modalidades de escisión. Como segundo punto

se trata el tema del acuerdo de escisión, los efectos de la inscripción del acuerdo en el Registro Público y el derecho que tienen los acreedores para impugnar los acuerdos de escisión que puedan afectar sus intereses. Por último, este artículo desarrolla la manera en que el concepto de escisión convive con la materia tributaria. Este último punto es importante, ya que el objetivo es desarmar cualquier presunción sobre el uso potencial de la escisión como un mecanismo de evasión fiscal.

1. Concepto de escisión, objetivo y tipos

La escisión puede definirse como un mecanismo de formación de grupos empresariales basado en la partición del patrimonio social en uno o más entes societarios nuevos o ya existentes. En nuestra legislación comercial la definición de escisión se puede extraer del artículo 505-A:

“Artículo 505-A: Una sociedad comercial de cualquier clase o naturaleza podrá es-

² Ver Archila, Luis C. *Apuntaciones Generales al Derecho de Sociedades*. Editorial Temis S.A. Bogotá Colombia. 2006. Pág.175.

cindirse mediante la división de todo o parte de su patrimonio y su traspaso a una o más sociedades ya constituidas o a las creaciones de nuevas sociedades denominadas beneficiarias, que cuentan con los mismos socios o accionistas de la sociedad escindida o que tengan a esta como su socio o accionista.

El efecto de la escisión será la segregación y traspaso de activos de la sociedad escindida a la sociedad o sociedades ya constituidas o por constituirse y la emisión de cuotas de participación o acciones por estas, a socios o accionistas de sociedades ya escindidas.”

La primera oración habla de la facultad que la norma le otorga al ente societario de poder realizar la práctica descrita en este párrafo. La descripción del “acto de dividir todo o parte de su patrimonio” puede considerarse como lo más cercano a la definición del concepto de escisión dentro de nuestra legislación mercantil. Al

hablar de escisión hay que tener presente que es muy diferente al concepto de fusión. Ciertamente, la escisión parcial conlleva la participación de socios o de la misma sociedad escindida como accionista de la sociedad beneficiaria. Esta participación puede generar confusión, sin embargo, ambos conceptos de escisión y fusión son distintos, en el siguiente cuadro procedo a establecer diferencias básicas entre ambos conceptos:

FUSIÓN DE SOCIEDADES	ESCISIÓN DE SOCIEDADES
Extinción de las sociedades participantes, menos la absorbente.	En caso de escisión parcial se conservará la sociedad escindida y se distribuirá el patrimonio en sociedades nuevas o preexistentes.
Participación de los socios de la sociedad extinguida en la nueva.	La participación de los socios de la sociedad escindida en las sociedades beneficiarias. Esta participación puede ser menor o equivalente a la que se tenía en la sociedad escindida.
Transmisión o integración patrimonial de las sociedades extintas en una sociedad nueva. Es decir, tanto activos como pasivos seguirán presentes sin necesidad de novación.	La sociedad beneficiada recibe tanto activos como pasivos. La escisión no conlleva la novación de las relaciones jurídicas existentes. La sociedad beneficiaria en una escisión parcial es obligada de manera solidaria.

La separación del patrimonio social y su distribución a una o más sociedades beneficiarias es definitivamente una práctica distinta a la fusión. Ahora, ¿Cuál es la finalidad de la escisión? Al igual que la fusión, la escisión es un mecanismo que le permite a los administradores del ente societario implementar estrategias de negocios o diversificar operaciones de una manera que el objeto de ese ente societario se pueda alcanzar. Ciertamente, decir “estrategias de negocios” hace referencia a un título que abarca de manera general todo el tipo de acciones que se pueden realizar para maximizar el rendimiento de una empresa. Sería poco justo con el lector no hablar sobre el tipo de acciones específicas en las que se justifica la división del patrimonio social, por esa razón se procederá a explicar algunas de las situaciones sobre las cuales se justifica la práctica de la escisión:

• **Desconcentración y especialización empresarial**

La escisión permite la creación de nuevas empresas sin nece-

sidad de nuevas aportaciones de capital. Por ejemplo, si tenemos una sociedad mercantil dedicada a la construcción y se da el caso que la misma posee una gran cantidad de inmuebles aptos para el desarrollo de proyectos de vivienda, el patrimonio se puede escindir y distribuir entre la sociedad constructora y dos sociedades nuevas que fungirán como promotora y corredora de bienes raíces. La ventaja se encuentra en el hecho que la nueva entidad cuenta con una organización social experimentada. Ahora, el usar la escisión con este objetivo tiene que basarse en un plan sobre las obligaciones adquiridas por cada sociedad escindida, ya que el incumplimiento por parte de una de las sociedades puede acarrear obligaciones de carácter solidario que pueden afectar el desempeño futuro.

• **Técnica de solución de conflicto intrasocietario alternativo a la disolución, liquidación y exclusión de socios**

Los conflictos intrasocietarios son un tema complejo ya que no muchas jurisdicciones contemplan soluciones dentro de su normativa, razón por la cual la disolución del ente societario es la solución más común. Ciertamente, correr y disolver una sociedad no es la manera de tratar las constantes diferencias y problemas que surgen entre accionistas o socios, por esa razón otras alternativas se han tomado en cuenta. Por ejemplo, Panamá gradualmente ha creado soluciones a los diferentes fenómenos que se manifiestan durante el uso de entes societarios. Por un lado, los métodos alternos de solución de conflictos (mediación y arbitraje) han ganado vigencia y se ha planteado el uso de estos métodos para tratar los conflictos intrasocieta-

3 Ver, Fabrega, Juan P. *El arbitraje como medio para la solución de controversias que derivan de las relaciones intrasocietarias entre accionistas de sociedades anónimas panameñas; entre estos y la sociedad y/o sus órganos sociales*. Editorial Fábrega, Molino y Mulino. Panamá. 2016.

rios.³ Por otro lado, la introducción de la escisión en nuestro sistema societario crea otra alternativa a la disolución del ente societario, ya que a través de la negociación se puede llegar a la elaboración del acuerdo de escisión, que permitirá no solo sacar provecho a la clientela, créditos fiscales, imagen del ente societario escindido, entre otros beneficios, pero también permitirá la continuidad una operación mercantil que inyecta capital a la economía.

- **Solución al crecimiento exagerado de entes societarios**

La escisión puede utilizarse como una válvula de escape que le permite a una sociedad con crecimiento excepcional o exagerado distribuir sus activos en otros entes societarios. Este objetivo de la escisión puede relacionarse con el objetivo de descentralización empresarial.

- **Medio de ahorro fiscal**

Esta ventaja de la escisión se puede apreciar en el beneficio de traspasar activos sin tener la

carga fiscal que acompaña una enajenación. Este tema se trata en más detalle en el punto 3 de este artículo

Es importante señalar que los objetivos de la escisión y sus efectos dependerán del tipo de escisión, es decir, si es una escisión total o una escisión parcial. Nuestro marco legal para sociedades no establece de manera directa los conceptos de escisión total o parcial, lo más cercano a una descripción es el numeral 1 del artículo 505-C, en el cual se establece que el acuerdo de escisión contendrá “la transferencia total o parcial de activos individualizados o en bloque”. El jurista no iniciado en materia societaria puede pasar por alto la existencia de dos modalidades de escisión, por esa razón en este artículo se proceden a definir:

- **Escisión total:** es aquella que tiene por objeto la extinción del ente societario escindido y la partición del patrimonio en dos o más entes societarios de nueva

creación o preexistentes. Los socios de la sociedad extinta tienen derecho a participar en las sociedades beneficiarias, en proporción a la participación que tenían en la sociedad escindida.

- **Escisión parcial:** la sociedad escindida conserva su existencia y parte de su patrimonio es distribuido en una o varias sociedades nuevas o existentes. Es importante señalar que el patrimonio escindido forma una “unidad económica”, hecho que se puede atribuir a las obligaciones que también adquiere la sociedad beneficiaria. Una interrogante que surge del tema de la escisión parcial ¿acarrea la escisión una reducción del capital social? Personalmente considero que no, ya que tenemos que recordar que el capital se divide en capital autorizado, suscrito y pagado. El hecho que escindamos el capital pagado o existente no conlleva una reducción del capital autorizado, ya que la reducción



Imagen de aymane jidici en Pixabay.

de capital es una decisión que es exclusiva de la asamblea general de accionistas y puede que con el acuerdo de escisión la asamblea decida no reducir el capital autorizado.

Esta distinción entre tipo de escisión es relevante tenerla en cuenta, ya que puede no existir la intención de disolver el ente societario en su totalidad, ahora la estrategia de escisión puede contemplar el tipo de escisión y en base a esta elaborarse el acuerdo

de escisión, el cual es tema que se tratará en el siguiente punto.

2. Acuerdo de escisión, su efecto y protección de los acreedores

El acuerdo de escisión es la base sobre la cual se desarrollará el proceso de escisión, ya que este acuerdo contendrá las reglas de distribución y participación entre las sociedades beneficiarias. Nuestro artículo 505-C establece una lista de seis (6) puntos que ha tratar el acuerdo de esci-

sión, los cuales se comentaran a continuación:

1. **La transferencia total o parcial de activos individualizados o en bloque.**

Como se mencionó anteriormente, no existe una definición textual de la escisión parcial y la escisión total dentro de la regulación de esta materia, lo más cercano es el contenido de este numeral. Sin embargo, a pesar de no existir un desarrollo de los tipos de escisión, este numeral primero crea la base para poder practicar ambos tipos de escisión, ya que faculta al ente societario a disponer de su patrimonio de la manera más adecuada a sus circunstancias.

2. **El régimen de limitación de responsabilidad de la sociedad escindida y de la sociedad o las sociedades beneficiarias.**

El régimen de limitación de responsabilidad no debe confundirse con el “privilegio” de responsabilidad limitada que

algunos entes societarios ofrecen a sus socios. Este numeral hace referencia a las responsabilidades que acompañan el patrimonio que recibe la(s) sociedad(es) beneficiaria(s). Ciertamente, la regulación establece que la responsabilidad solidaria por las obligaciones parte de los bienes objeto de la escisión. Sin embargo, esa responsabilidad estará limitada al porcentaje del patrimonio de la sociedad escindida que recibe la sociedad(es) beneficiaria(s).

3. **La transferencia o no de pasivos de la sociedad escindida.**

Este punto es relevante ya que nuestra regulación de la escisión en el segundo párrafo del artículo 505-A menciona que “El efecto de la escisión será la segregación y traspaso de activos de la sociedad escindida...”, no se hace referencia a traspaso de pasivos. El lector podrá pensar que activos escindidos van acompañado de sus obligaciones, por ende, la sociedad(es) beneficiaria(s) recibe el pasivo. Hay que te-

ner cuidado de no caer en este error, la obligación que acompaña un activo no es necesariamente el pasivo total del ente societario. La escisión se basa en la capitalización de una sociedad sin necesidad de nuevos aportes, lógicamente una nueva aventura comercial no puede iniciar con pasivos salvo que se encuentre contemplado en la estrategia comercial, por esa razón, la transferencia de los pasivos no es tomada como un efecto de la escisión. Por el contrario, se deja como una opción que pueden considerar los administradores del ente societario.

4. **La transferencia de las cuotas de participación o de las acciones a las sociedades beneficiarias.**

Este puede considerarse como un punto que trata la participación de la sociedad escindida como socio de otros entes societarios, y la intención de transferir este activo a una o más sociedades beneficiarias.

5. **La cantidad de cuotas de participación o de acciones que le corresponda a cada socio o accionista de la sociedad escindida, en proporción a su participación social en esta.**

Este punto se relaciona con el segundo párrafo del artículo 505-A, en el cual se hace referencia a los efectos de la escisión, efectos que se extienden a la participación de los socios: “... y la emisión de cuotas de participación o acciones por estas, a socios o accionistas de la sociedad escindida.”

Esto quiere decir que los socios tendrán una participación equivalente a la que tenían en la sociedad escindida. Es importante señalar que los socios no perderán su participación en la(s) sociedad(es) beneficiarias, salvo que manifiesten su intención de no formar parte, tal como lo señala el punto 6, mencionado a continuación.

6. **La aprobación del pacto social de la sociedad o las nuevas sociedades por constituirse. Ningún socio**

o accionista de la sociedad escindida podrá, a menos que así lo consienta, perder su calidad de tal con motivo de la escisión.

Este acuerdo de escisión presenta un tema que solo la Asamblea General de Accionistas puede discutir, ya que es una acción que tiene repercusión en la existencia del ente societario. De ser aprobada la escisión por la Asamblea General de Accionistas el artículo 505-B de nuestro Código de Comercio establece que la decisión ha de constar en un acta certificada por quien haya actuado como secretario de la Asamblea. Esta acta deberá ser protocolizada en escritura pública y registrado en el Registro Público para que la escisión del ente societario sea efectiva ante terceros.

Todo acto que afecta la existencia del ente societario tiene que ser publicitado para que así terceros que tengan alguna relación con el ente societario puedan objetar el acto que pueda perjudicar algún interés que tenga en el ente societario. La esci-

sión no escapa de esta obligación, el mismo artículo 505-B que exige el levantamiento de un acta y su inscripción en el Registro Público, también exige que se publique una certificación expedida por el Registro Público en un diario de circulación nacional por un periodo de tres días. Esta forma de publicidad tradicional es un mecanismo que la normativa establece para que cualquier interesado pueda hacer valer sus derechos.

La inscripción en el Registro Público hace efectiva la escisión, es decir, la sociedad o sociedades beneficiarias podrán ejercer los derechos y también deberán cumplir con las obligaciones que acompañan los bienes que reciben, tal como lo establece el artículo 505-D:

“Artículo 505-D: A partir de la inscripción en el Registro Público, la sociedad o sociedades beneficiarias asumirán las obligaciones que les correspondan de acuerdo con los términos de la escisión y adquirirán los derechos, privilegios y obligaciones inhe-

rentes a la parte patrimonial que les hubiera transferido, desde el momento en que estos fueron originados y adquiridos por la sociedad escindida en los mismos términos y condiciones.”

Se puede apreciar que la escisión no es un medio que permita evadir responsabilidades, ya que la norma establece que el patrimonio que recibe la sociedad beneficiada es acompañado de todas las obligaciones que le son inherentes. Este puede considerarse un mecanismo creado para proteger acreedores y evitar el uso inapropiado de una herramienta ideal para estrategias comerciales. El tema de la protección de acreedores puede considerarse una de las razones para la elaboración del artículo, no obstante, la no inclusión del concepto de acreedor no hace que el interés de este se presuma o se considere tácito. El artículo 505-E, puede considerarse, un complemento del artículo 505-D, ya que establece lo siguiente:

“Artículo 505-E: La sociedad beneficiaria de la escisión será solidariamente responsable frente a los acreedores de la sociedad escindida por el cumplimiento de sus acreencias, si el traspaso de estas perjudica a sus acreedores. Todo acreedor de una sociedad escindida podrá objetar la escisión dentro de los treinta días siguientes al último día de la publicación a que hace referencia el artículo 505-B. La responsabilidad de las sociedades beneficiarias de la escisión se limitará a los activos netos que les hubiera correspondido de acuerdo con los términos de la escisión.”

Se puede apreciar que el artículo establece la “responsabilidad solidaria” como el primer mecanismo de protección que la normativa ofrece a los acreedores, y medio de garantizar la solidez de la plaza mercantil, ya que el acreedor podrá invertir y participar en aventuras comerciales sin temer que el ente deudor escape

de sus obligaciones. En adición a la responsabilidad societaria, la norma da oportunidad al acreedor para que este se oponga a la escisión si esta puede representar un daño potencial a su interés, no obstante, la norma también hace referencia al término que posee el acreedor para ejercer la acción, el cual es de treinta días. Es importante señalar que el artículo 505-E no es exclusivamente en beneficio de los acreedores, de hecho, se establece un tipo de protección a favor del ente beneficiario. La norma, como ya se mencionó, establece la responsabilidad solidaria de la sociedad beneficiaria frente a los acreedores de la sociedad escindida, sin embargo, esta responsabilidad solidaria solamente se limitará al monto que la sociedad beneficiaria recibiese del ente escindido.

3. La escisión de sociedades y el tema fiscal

El tema de la escisión no es ajeno a las autoridades fiscales panameñas. Al traspasar activos de una sociedad escindida a una



Diseñado por snowing / Freepik.

o más sociedades beneficiarias, hay temas fiscales que se convierten en objeto de reflexión. El Capítulo XI-A del título VIII del libro primero de nuestro Código de Comercio solo hace referencia en un artículo al tema fiscal, este es el artículo 505-F, el cual establece lo siguiente:

“Artículo 505-F: El traspaso de activos por razón de la escisión de una sociedad comercial no se considerará como una enajenación para efectos fiscales, siempre

que dicho traspaso sea por igual valor al que tienen los activos en los registros contables de la sociedad escindida.

Las sociedades beneficiarias de tales activos producto de la escisión serán responsables solidarias con la sociedad escindida, tanto por los impuestos, anticipos, retenciones, sanciones e intereses y demás obligaciones tributarias de esta última exigibles al momento de la escisión, como por los que

se originen a su cargo con posterioridad.

La sociedad objeto de la escisión deberá comunicar su intención de escindirse a la Dirección General de Ingresos dentro de los treinta días antes de la fecha en que se pretenda perfeccionar la escisión, indicando en dicha comunicación el nombre de la sociedad o sociedades que serán beneficiarias de la escisión o si, producto de esta, se creará una nueva sociedad como beneficiaria. Una vez realizada la comunicación a la Dirección General de Ingresos, la sociedad iniciará el proceso de escisión.”

El artículo trata tres temas puntuales: el traspaso de activos, la responsabilidad y la notificación a la Dirección General de Ingresos. Estos temas son relevantes ya que la norma busca solventar cualquier confusión o vacío que pueda presentarse en materia fiscal, y al mismo tiempo hace énfasis en el propósito real de la escisión.

3.1. Traspaso de activos:

El artículo 505-F inicia estableciendo que la escisión “**no se considerará una enajenación para efectos fiscales**”, esta primera oración aclara que la escisión no es mecanismo para evadir obligaciones de cualquier tipo. Ciertamente, al leer el concepto de escisión se puede generar la idea errónea que este es un medio de venta, cesión o donación de activos a otro ente societario. Se utiliza la palabra “errónea” ya que la escisión contiene parámetros que separan esta operación de una enajenación común, ejemplo es la presencia de los accionistas de la sociedad escindida en la sociedad o las sociedades beneficiarias, y el hecho que el traspaso de activos va libre de impuestos ya que el crecimiento del patrimonio de la sociedad escindida se encuentra justificado.⁴

Existe otro fenómeno que se elevó a consulta jurídica ante la Dirección General de Ingresos, el cual es la transferencia de créditos fiscales como parte del patrimonio de una sociedad escindida

a una sociedad beneficiaria. En nota 201-01-1368-DGI, fechada 29 de julio de 2017, el Director General de Ingresos hace el siguiente planteamiento:

“En este orden de ideas, con base a los artículos 505-A, 505-D y 505-F ibídem, se dejó claro que el traspaso de activos por razón de la escisión de una sociedad no se considerará como enajenación para efectos fiscales, es decir, en este caso no se genera impuesto por el crédito transferido y es perfectamente aceptable que un crédito fiscal se transfiera por medio de la escisión, toda vez, que dicho crédito fiscal es inherente al patrimonio de la sociedad escindida ...”⁵

Como se puede apreciar el Director General de Ingresos reconoce la escisión y resuelve la

consulta presentada de manera lógica y en armonía con la norma contenida en nuestra legislación mercantil.

3.2. Responsabilidad solidaria en materia tributaria

Las obligaciones que acompañan los bienes y generan responsabilidad Solidaridad no solo se encuentran limitadas a lo privado, también trascienden al ámbito tributario. Esta obligación por los impuestos, anticipos, retenciones, sanciones, intereses y demás obligaciones tributarias, no se limitan a las existentes al momento de la escisión, pero también a las que se originen con posterioridad. Este es otro aspecto de la norma que hace poco factible la escisión para la simulación de compraventa, ya que el comprador de las acciones es probable que tenga que cumplir con multas, impuestos y tasas que acompañan el bien.

4 Mastellari, Marco. La Escisión de la Sociedad como Medio para Enajenar Bienes. Disponible en <https://www.linkedin.com/pulse/la-escision-de-sociedad-como-medio-para-enajenar-mastellari/> [última visita, 17 de julio de 2019].

5 https://dgi.mef.gob.pa/consulta_juridica/html-generado/consultajuridica1618.html# [última visita, 17 de julio de 2019].

3.3. Notificación a la Dirección General de Ingresos

Este es un requisito que se ha de cumplir dentro de los treinta días antes de la fecha en que se pretenda perfeccionar la escisión. El objetivo de la notificación a la Dirección General de Ingresos es evitar cualquier tipo de sanción o medida que pueda tomar la autoridad fiscal sobre los entes que se benefician. Ciertamente, la escisión no se basa en una enajenación y por ende el traspaso no será objeto de impuestos, y las obligaciones tributarias que acompañen el patrimonio objeto de la escisión serán responsabilidad de la sociedad(es) beneficiaria(s). Sin embargo, para poder gozar de los beneficios de este mecanismo de reestructuración empresarial hay que cumplir con un paso lógico, el cual es notificar a la entidad rectora en materia tributaria.

CONCLUSIÓN

La escisión de sociedades es un tema que nuestro marco regulador de sociedades no podía

omitir, ya que en la actualidad Panamá se perfila como un centro de servicios comerciales y como tal tiene que presentar todos los mecanismos de administración y reestructuración empresarial que han de permitir a los clientes de nuestro sector financiero sacar un mayor provecho de los entes societarios panameños.

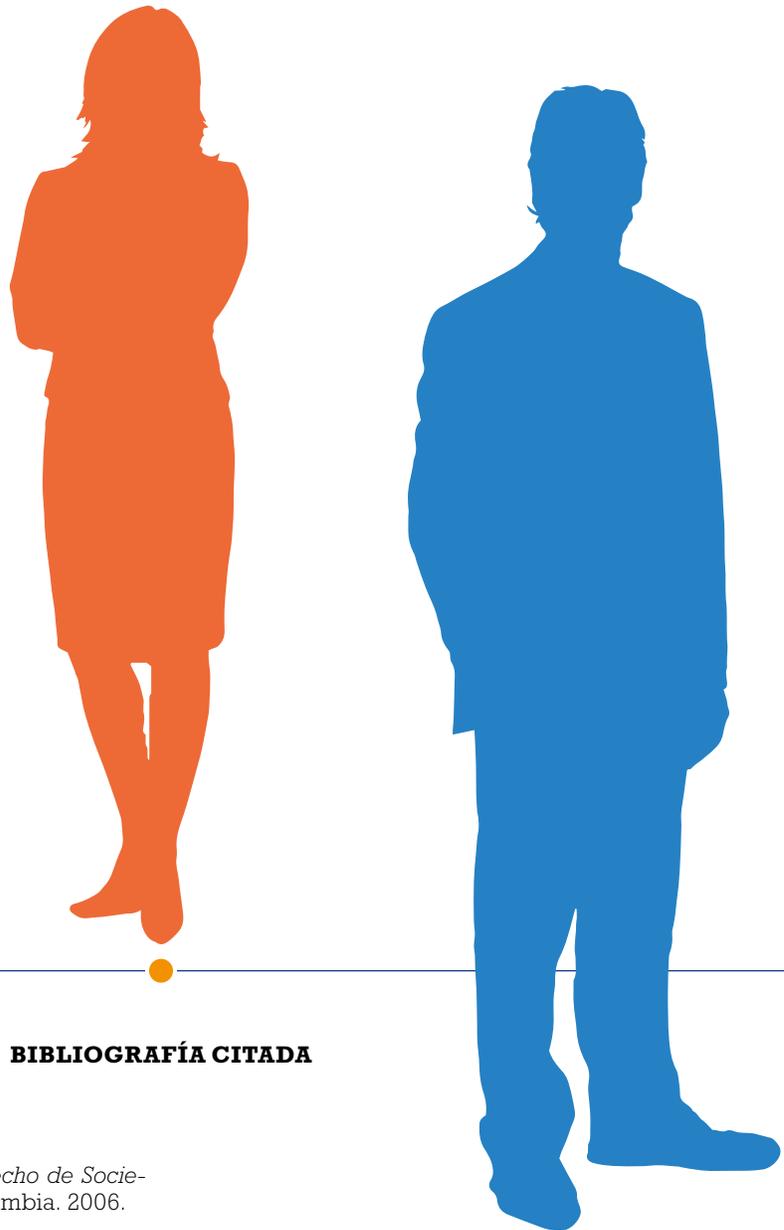
Es muy probable que muchos profesionales del derecho al leer el contenido del Capítulo IX-A del Título VIII del Libro Primero de nuestro Código de Comercio, sobre la escisión de sociedades, puede que no comprendan la magnitud de esta figura. Esto es entendible ya que el texto que regula esta figura tiene un contenido básico, en el cual solo se abarcan cuestiones puntuales, como lo es el concepto y el efecto de la escisión, el contenido del acta de la escisión, la necesidad de Registrar en el Registro Público el acta de escisión, el derecho que tienen los acreedores de impugnar el acta de escisión y la manera en que el concepto de escisión convive de manera armónica con la materia tributaria. Estos temas

son tratados, pero no desarrollados de manera extensa y al ser novedoso no existe doctrina nacional sobre el mismo.

Este artículo se ha enfocado en explicar cada uno de los temas que abarca nuestra regulación sobre la escisión y definir conceptos como lo es la escisión total y parcial, conceptos no definidos pero contemplados en la redacción de la norma. En adición, este artículo explicó el objeto o *raison d'être* de la escisión ya que el profesional del derecho no familiarizado con el derecho societario y la complejidad de los mercados financieros no puede ver más allá de la simple partición de patrimonio, razón por la cual en este artículo desarrollo de manera práctica la importancia de la escisión como mecanismo de planificación y reestructuración empresarial. Por último, este artículo desarrolló la justificación de traspaso de bienes escindidos y las cargas fiscales de los mismos. El traspaso no es considerado como una enajenación común y como resultado no tendrán cargas fiscales, y más aun, las sociedades beneficiarias

han de responder por los tributos, multas y otros compromisos fiscales que acompañan a los bienes escindidos.

En conclusión, la escisión de sociedades es una innovación en nuestro marco regulatorio de sociedades, ciertamente, falta desarrollo de la norma y un mayor estudio doctrinal del tema. Sin embargo, la inclusión de esta forma de reestructuración empresarial muestra el desarrollo de nuestro sector de servicios financieros.



Diseñado por Freepik.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

Libros

Archila, Luis C. *Apuntaciones Generales al Derecho de Sociedades*. Editorial Temis S.A. Bogotá Colombia. 2006.

Fábrega, Juan P. *Tratado sobre la Ley de Sociedades*, comentada por artículos. Sistemas Jurídicos. Panamá. 2008.

Fábrega, Juan P. *El arbitraje como medio para la solución de controversias que derivan de las relaciones intrasocietarias entre accionistas de sociedades anónimas panameñas; entre estos y la sociedad y/o sus órganos sociales*. Editorial Fábrega, Molino y Mulino. Panamá. 2016.

Gil, Rita. "La Simplificación de la Fusión y de la Escisión de Sociedades". En: *Simplificar el Derecho de sociedades*. Editado por Marcial Pons. Barcelona, 2010.

Artículos

Mastellari, Marco. La Escisión de la Sociedad como Medio para Enajenar Bienes. Disponible en <https://www.linkedin.com/pulse/la-escision-de-sociedad-como-medio-para-enajenar-mastellari/> [última visita, 17 de julio de 2019].

Leyes

Ley 85 de 28 de noviembre de 2012. Gaceta oficial 27.172 de 28 de noviembre de 2012.

Generalidades en torno a la **Asociación accidental** *en la normativa panameña*

MAGISTER MIGUEL E. DELGADO PINEDA*

Resumen

El presente artículo abordó la regulación normativa de la Asociación Accidental en la República de Panamá. En un primer momento se realizó un estudio sobre la doctrina relativa a la asociación accidental, especialmente su conceptualización y sus características. En el estudio conceptualizador se recurre a la revisión de doctrina nacional y extranjera, además de la revisión de normas extranjeras como Derecho comparado. Posteriormente, se realizó una revisión de la normativa reguladora de la figura dentro de la República de Panamá, haciendo énfasis en los principales puntos de la regulación. Las normas se analizaron siguiendo el método exegético.

Además, el artículo incluye una descripción analítica de las principales características de la asociación accidental en el ordenamiento jurídico panameño. Como último punto el artículo trata un análisis jurisprudencial sobre la figura, a fin de abordar como la misma ha sido entendida por nuestra máxima corporación de justicia.

PALABRAS CLAVE: Sociedad mercantil, contrato comercial, Derecho comercial, sociedades de participación, sociedad accidental.



* Egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá, Maestría en Derecho Privado y Especialización en Derecho Comercial, Universidad de Panamá, Doctorando en Ciencias Jurídicas, Universidad de La Habana, República de Cuba. Profesor de Derecho Comercial, Derecho Civil y Propiedad Intelectual en la Universidad de Panamá.

INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente artículo es el estudio de la normativa aplicable en el ordenamiento jurídico panameño a la asociación accidental. La asociación accidental es un tipo de sociedad o asociación comercial que se caracteriza por su carácter no permanente y por ser utilizado para el cumplimiento de uno o varios fines en específico.

Las sociedades comerciales son creadas por dos o más personas naturales o jurídicas, con el objetivo de dar nacimiento a una nueva persona jurídica, con personalidad propia y realizar a través de ella, actividad comercial. El artículo 249 del Código de Comercio, estipula que *“Dos o más personas naturales o jurídicas podrán formar una sociedad de cualquier tipo o una o más de ellas podrán ser accionistas, directores, dignatarios, administradores, apoderados o liquidadores de la misma”* (Código de Comercio, 1917), seguidamente el artículo 251 del mismo cuerpo normativo indica que *“La sociedad mercantil constituida*

con arreglo a las disposiciones de este Código, tendrá personalidad jurídica propia y distinta de la de los socios para todos sus actos y contratos.” (Código de Comercio, 1917). Las disposiciones citadas de nuestra principal norma comercial, dejan a simple vista algunas de las principales características de las sociedades comerciales, como lo son el nacimiento de una nueva persona jurídica y su carácter tendiente a la continuidad en el tiempo. La asociación accidental, como se verá en este artículo presenta diferencias importantes con respecto a estas características.

MATERIALES Y MÉTODOS

Esta investigación es de tipo carácter jurídico-dogmática. La principal técnica a utilizar será semántica del método exegético, para intentar extraer el significado literal de la norma jurídica. La investigación utilizará el método documental y como tal “depende fundamentalmente de la información recogida o consultada en documentos o cualquier material impreso susceptible de ser pro-

cesado, analizado e interpretado” (Álvarez Undurraga, 2002). Utilizaremos este método para analizar el alcance en la normativa panameña que regula las asociaciones accidentales. La norma que será analizada de manera principal es el Código de Comercio, en sus artículos donde se regula la figura de la asociación accidental. También utilizaremos el método hermenéutico para un análisis de tipo jurídico-doctrinal, documental, de la norma contra la doctrina jurídica y el derecho comparado de algunos países de la región. Por último, realizaremos un breve estudio casuístico de jurisprudencia panameña sobre la materia.

1. CONCEPTO

Para adentrarnos en el concepto de la asociación accidental debemos iniciar con una definición gramatical de su propia denominación. De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, asociación se define como: “Acción y efecto de asociar o asociarse” (RAE, 2019), por su parte la palabra accidental, tiene

varias definiciones entre las que resaltamos: *"Dicho de un cargo: Que se desempeña con carácter provisional"* (RAE, 2019). Esta definición resalta una importante característica de las asociaciones accidentales, que es su carácter "provisional" es decir no duradero en el tiempo. Otra definición, dada por el propio Diccionario de la RAE indica "Dicho de una sociedad: Que se establece sin formalidad jurídica". Esta definición nos parece sumamente interesante pues el Diccionario de la RAE, presenta definiciones del uso común de las palabras, sin embargo, esta última definición entra al aspecto jurídico de la misma, incluso nos entra a presentar una característica de la misma como lo es la no necesidad de formalidad jurídica para su formación.

Como se mencionó en la introducción de este artículo, nuestro Código de Comercio, regula las asociaciones accidentales como un tipo de sociedad comercial. Siendo así, para una adecuada conceptualización de las asociaciones accidentales, resulta importante la definición de sociedad

comercial. El maestro Cabanellas, define la sociedad comercial como una *"asociación de personas y bienes o industria, para obtener lucro en una actividad comercial"* (CABANELLAS, 1993). En referencia al concepto de sociedad comercial, el autor español Francisco Alonso, indica que *"la sociedad es una relación jurídica de fuente contractual y de carácter sinalagmático"* (ALONSO ESPINOSA, 2011, p.3).

El jurista panameño CAMARGO VERGARA (p.51), llama la atención que la mayoría de definiciones identifican a la sociedad mercantil con el acto mediante el cual nacen o se constituyen las mismas: el contrato de sociedad, a partir del cual se realizará el ejercicio de la actividad comercial. Coincidimos con este planteamiento del Doctor Camargo. Parece existir en la doctrina y en los cuerpos legales la tendencia a definir a la sociedad mercantil, bajo dos grandes aristas. El acto jurídico que le da nacimiento: el contrato de sociedad mercantil, y por la descripción de sus características más importantes. Por ejemplo, el Código de Comercio, en lugar de

entrar a una definición conceptual de la misma, nos menciona en los primeros artículos del Capítulo I "Disposiciones generales" del Título VIII "De las Sociedades Comerciales". Así vemos que en el artículo 249 que *"Dos o más personas naturales o jurídicas podrán formar una sociedad de cualquier tipo"*, en su artículo 250 que las sociedades comerciales *"se regirán conforme a las estipulaciones lícitas del respectivo contrato y a las disposiciones del presente Código"* y en su artículo 251 *"La sociedad mercantil constituida con arreglo a las disposiciones de este Código, tendrá personalidad jurídica propia y distinta de la de los socios para todos sus actos y contratos"*. Esta particularidad sobre la importancia de las características de las sociedades al momento de definir las, resultara importante más adelante en este ensayo.

Con respecto a la asociación accidental, la misma es definida por CABANELLAS como *"el contrato por el cual, sin establecer compañía formal, se interesan algunos comerciantes en las operaciones de otros, contribuyendo para ellas*

con la parte de capital que con-
vengan, y haciéndose partícipes
de sus resultados prósperos o
adversos, bajo la proporción que
determinen” (p.297). La autora
uruguaya Nuri Rodríguez, indica
que “las sociedades accidentales
o en participación, son contratos
plurilaterales cuyo objeto es la rea-
lización de negocios determinados
y transitorios, a cumplirse a nom-
bre de uno o más gestores, que no
crean una persona jurídica nueva.”
(RODRÍGUEZ, 2007. P.124).

Pasando brevemente a Dere-
cho comparado de la región, pode-
mos observar que el Código de
Comercio del Estado Plurinacio-
nal de Bolivia en su artículo 365,
define la asociación accidental
como aquel “contrato asociativo
de dos o más personas o empresas
(ya sean personas jurídicas o natu-
rales) que toman interés en uno o
más empréstitos determinados y
transitorios, a cumplirse mediante
aportaciones comunes, mediante
la gestión de uno o más o todos sus
miembros, ello según se convenga
en el contrato.” (Código de Co-
mercio del Estado Plurinacional
de Bolivia).

En la normativa argentina, el
Código de Comercio plantea en
su artículo 395 que la asociación
accidental es la: “reunión acciden-
tal de dos o mas personas (que
aportan capital) para una o más
operaciones de comercio deter-
minadas y transitorias, trabajando
uno, algunos o todos en su nom-
bre individual solamente, sin firma
social y sin fijación de domicilio.”
(Código de Comercio de la Repú-
blica Argentina).

En cuanto a la normativa pa-
nameña, el artículo 489, da un
bosquejo de definición:

“Artículo 489. Los comercian-
tes, individuos o sociedades
podrán interesarse en una o
muchas operaciones mercanti-
les instantáneas o sucesivas que
deberá ejecutar uno de ellos en
su propio nombre y bajo su cré-
dito personal, a cargo de rendir
cuenta y dividir con sus asocia-
dos las ganancias o pérdidas en
la proporción convenida.

Las personas ajenas al comer-
cio podrán también interesarse
en los negocios de un comer-
cante en la forma indicada;

pero no podrán intervenir en la
gestión del negocio.” (Código
de Comercio, 1917).

El artículo citado, sin dar una
definición totalmente clara de la
figura, sí nos indica algunas de
sus características, las cuales ter-
minan siendo fundamentales para
distinguir y especificar el con-
cepto de asociación accidental.
Nos encontramos frente a una fi-
gura en la cual sus propias carac-
terísticas resultan indispensables
al momento de definir la misma.
En el caso de la asociación acci-
dental, esta es una que pueden
realizar “comerciantes, individuos
o sociedades”, pero que serán
ejecutadas por cuenta de una de
ellas en su propio nombre y bajo
su crédito personal, teniendo sin
embargo que “rendir cuenta y di-
vidir con sus asociados las gana-
ncias o pérdidas en la proporción
convenida”. Vemos como, este
artículo que en principio no pre-
senta una definición formal sobre
asociación accidental, da una se-
rie de elementos que contribuyen
a la construcción teórica necesaria
sobre el concepto de asocia-



Imagen de Werner Heiber en Pixabay.

ción accidental. Si a esto le sumamos lo indicado en el artículo 252 del Código de Comercio, cuando indica que *“las sociedades accidentales o cuentas en participación carecen de personalidad jurídica propia y no estarán sujetas a ninguna solemnidad”*, tendríamos los elementos necesarios para la construcción de una definición de asociación accidental en el marco regulatoria panameño. Podemos entonces indicar que la sociedad accidental de acuerdo al ordenamiento jurídico panameño, sería **aquella sociedad comer-**

cial constituida por personas naturales o jurídicas dedicadas al comercio, que carece de personalidad jurídica propia y cuya constitución no está sujeta a ninguna solemnidad especial, que tiene por objeto la realización de actos de comercio y al carecer de personalidad jurídica propia deben realizar sus negocios a nombre propio de una de ellas, teniendo la obligación posterior de rendir cuenta y dividir con los demás asociados las ganancias o pérdidas en la proporción acordada.

2. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LA ASOCIACIÓN ACCIDENTAL

En base al análisis de la normativa panameña, hemos podido extraer las que a nuestro juicio son las principales características de la asociación accidental, en el marco de la normativa panameña.

2.1. La asociación en participación carece de razón comercial y de personalidad jurídica

Esta es a nuestro juicio la prin-

principal característica de la asociación accidental. Es además una característica que lleva implícita otras características de la asociación. También es ampliamente reconocida en la doctrina como uno de los principales elementos distintivos de la asociación accidental. La asociación accidental, como su nombre lo indica parte de una accidentalidad, es decir una asociación de carácter temporal. Claro que toda sociedad puede ser restringida en el tiempo, o finalizar su existencia luego de un periodo determinado de tiempo. Sin embargo, en el caso de la asociación accidental, la misma se caracteriza, por su carácter temporal. Esta temporalidad viene de la mano de la ausencia de personalidad jurídica. Recordemos que una vez reconocida la personalidad jurídica, la misma tiende a la continuidad en el tiempo, siempre que no se pierda la misma por alguna de las causales especificadas para la misma.

El artículo 490, claramente indica que “la asociación en participación carece de razón comercial y de personalidad jurídica”. Incluso desde la sección general

de sociedades del Código de Comercio, ya el artículo 252, indica que “las sociedades accidentales o cuentas en participación carecen de personalidad jurídica propia”.

Con respecto a la razón comercial, consideramos que la ausencia de razón comercial es una consecuencia de la ausencia de personalidad jurídica, pues en el ordenamiento jurídico panameño la razón comercial solo se les otorga a personas naturales o jurídicas.

2.2. La asociación en participación carece de un domicilio fijo

El artículo 490, indica que la asociación accidental no tendrá domicilio fijo. Esta característica es propia de su ausencia de personalidad. El domicilio constituye un atributo de la persona y la ausencia de personalidad para la asociación accidental la exime de la obligatoriedad de poseer un domicilio. Sin embargo, es importante notar que en el desarrollo de su actividad comercial la asociación accidental utilizará el domicilio de alguno de sus participantes.

2.3. La Asociación Accidental no está sujeto a formalidades especiales para su conformación

La propia ausencia de personalidad jurídica de la asociación accidental, resulta ser un indicativo de la ausencia de formalismos que tendrá su composición. El Código de Comercio establece claramente la ausencia total de formalismos específicos para la constitución de la asociación accidental. En su lugar expresa que la misma habrá de ceñirse a los medios ordinarios de pruebas. Esto quiere decir los medios ordinarios para demostrar el adecuado perfeccionamiento del Contrato de Sociedad Accidental, que es el negocio jurídico que le da vida a la asociación accidental.

2.4. El Contrato o Convenio que crea la Asociación Accidental definirá las reglas de la Asociación Accidental

El artículo 490 del Código de Comercio, indica que el “convenio determinará el objeto, interés y demás condiciones de la

participación, pero en el silencio del mismo se aplicarán las disposiciones para las sociedades mercantiles, en lo que se refiere a los aportes, tiempo y modo de la entrega y efectos de ésta." Este artículo deja claridad con respecto a la importancia mayúscula que tendrá en el desarrollo de la asociación accidental. Vemos como, será el convenio el que indique las pautas y reglas que imperaran entre los socios dentro de la sociedad accidental.

3. MARCO REGULATORIO DE LA ASOCIACIÓN ACCIDENTAL EN PANAMÁ

La regulación de la figura de la asociación accidental, en el ordenamiento jurídico nacional se encuentra en el Código de Comercio, en la Sección II "Asociaciones Accidentales o Cuentas en Participación" del Capítulo VIII "De Otras Especies de Sociedades" del Título VIII "De las Sociedades Comerciales". Esta sección va del artículo 489 al artículo 500. En estos artículos se encuentra la principal fuente regulatoria de

las asociaciones accidentales. Como hemos visto en la sección sobre el concepto de la asociación accidental, muchas de estas regulaciones se transforman en características propias de la asociación accidental, por esta razón en el apartado relativo a las características, se mencionó lo relativo a muchas de las regulaciones específicas existentes en el Código de Comercio. Sin embargo, mencionaremos algunas de las que consideramos principales reglas o normas sobre las asociaciones accidentales en Panamá:

- Las asociaciones accidentales carecen de personalidad jurídica propia y por ende deberán actuar a nombre de alguno de sus miembros.
- Las asociaciones accidentales, carecen de domicilio propio fijo.
- Las asociaciones accidentales, no poseen domicilio fijo.
- Las asociaciones accidentales, se rigen además de por lo dispuesto en el Código de Comercio, por lo que

las mismas estipulen en su convenio constitutivo.

- Las asociaciones accidentales, no están sujetas a formalidades especiales de ningún tipo.
- La gestión del negocio puede ser confiada a uno solo de los asociados, con entera exclusión de los demás. En tal caso, el gestor en sus relaciones con terceros, será considerado como único responsable de las resultas de la operación.
- Al terminar el año comercial se liquidarán las ganancias y pérdidas y se satisfarán al participante las primas que le correspondan.
- Las ganancias y pérdidas se distribuirán de acuerdo con el convenio; y a falta de estipulación, se harán conforme a las normas ordinarias del Derecho Comercial.
- La asociación terminará por la realización del negocio o negocios propuestos, pero si el contrato no hubiere determinado la fecha de su expiración, podrá llevarse

ésta a efecto en cualquier tiempo, previo aviso con seis meses de anticipación. También terminará la asociación por la quiebra del socio o socios gestores.

—Una vez terminado el objeto de la asociación, el participante gestor rendirá cuentas comprobadas a sus consocios y procederá a la liquidación y reparto de la masa común de bienes.

4. LA ASOCIACIÓN ACCIDENTAL EN LA JURISPRUDENCIA PANAMEÑA

Nuestra máxima corporación de justicia ha indicado importantes declaraciones sobre las asociaciones accidentales. La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, emitió concepto indicando sobre la no personería jurídica, de las sociedades accidentales y por ende la no necesidad de inscripción ante el Registro Público, en fallo de esta superioridad, se expresó de la siguiente manera:

“El artículo 252 de dicho cuer-

po de normas establece que “las sociedades accidentales o cuentas en participación carecen de personalidad jurídica y no estarán sujetas a ninguna solemnidad”, por lo que su existencia puede acreditarse por los medios comunes de prueba, siendo innecesario el inscribir el documento de constitución de las mismas en el Registro Público.

De lo anteriormente expuesto se colige que dichas sociedades accidentales carecen de personalidad jurídica, toda vez que el objeto de las mismas no es el de crear una persona jurídica nueva sino el de formar una asociación de empresas unidas con la finalidad de realizar un proyecto específico.” (Sentencia de la Sala Contencioso Administrativa de la Corte Suprema de Justicia [SSCACS] de 4 de junio de 1997).

En los dos párrafos transcritos la Sala Contencioso Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, coincide en pleno con la doctrina imperante a nivel nacional e

internacional sobre la personalidad jurídica de las asociaciones accidentales, sobre los ritualismos necesarios para su conformación y sobre la finalidad de la misma. Además, agrega un interesante concepto sobre la no necesidad de inscripción en el Registro Público. Este punto sobre la inscripción en el Registro Público es interesante, pues en las sociedades mercantiles, el mecanismo tradicional de prueba de existencia de la misma es la certificación de existencia en el Registro Público. En este caso, sin embargo, toda vez que la asociación accidental no adquiere personalidad jurídica, no requiere ser inscrita en el Registro Público. Es importante recalcar que la obligatoriedad de la inscripción ante el Registro Público, constituye una solemnidad especial requerida en ciertos actos jurídicos. En este caso la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia deja claramente establecido la no obligatoriedad de inscripción ante el Registro Público. En su lugar las simples solemnidades exigidas para un contrato mercantil de sociedad serán las

exigidas para la prueba de la constitución y perfeccionamiento de la asociación accidental.

CONCLUSIONES

El presente artículo ha dejado las siguientes conclusiones:

1. La Asociación accidental está regulada en nuestro Código de Comercio, como una sociedad mercantil. Sin embargo, mantiene importantes diferencias con el resto de las sociedades mercantiles.
2. Como sociedad mercantil la asociación accidental se caracteriza por su carácter temporal y sobre todo por la ausencia de personalidad jurídica de la misma. La asociación accidental es una agrupación de personas naturales o jurídicas, quienes se juntan con un objetivo en particular, de realizar un acto de comercio determinado durante un tiempo determinado.
3. Además de su falta de personalidad jurídica la asociación accidental se caracteriza por

no necesitar de formalismos o ritualidades especiales, ni requerir la inscripción en el Registro Público o el acceder a un aviso de operación para realizar actos de comercio.

4. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia es concordante con lo expresado por la doctrina y la normativa panameña.
5. Un análisis de Derecho com-

parado, permite observar que en otros países del área como Argentina y Bolivia, la regulación de la asociación accidental coincide con la que se da en la República de Panamá.

6. Podemos afirmar que tanto el criterio normativo, como el jurisprudencial del Derecho panameño, coincide con la doctrina predominante sobre las asociaciones accidentales.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALONSO ESPINOSA, F. (2011). *Introducción a la Teoría General del Derecho Español de Sociedades*. Murcia: Editorial Universidad de Murcia.
- Alvarez Undurraga, G. (2002). *Metodología de la Investigación Jurídica*. Santiago de Chile: Universidad Central de Chile.
- Código de Comercio de la República Argentina, C. d. (s.f.).
- Código de Comercio Bolivia (s.f.). *Código de Comercio*, Estado Plurinacional de Bolivia.
- CABANELLAS, G. (1993). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Editorial Helias, S.R.L.
- CAMARGO VERGARA, L. (2008). *Compendio de Derecho Mercantil No. 2*. Panamá: ARTICSA Panamá.
- Panamá, Asamblea Nacional (1917). *Código de Comercio*.
- RAE. (23 de abril de 2019). Real Academia Española de la Lengua. Obtenido de Sitio Web de la Real Academia de la Lengua Española: <https://dle.rae.es/?id=-BxP6lay>
- RODRÍGUEZ, N. (2007). *Manual de Derecho Comercial Uruguayo*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- Sentencia de la Sala Contencioso Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá. [SSCACSJ] de 4 de junio de 1997
- VILLEGAS LARA, R. A. (2006). *Derecho mercantil guatemalteco*. Guatemala: Editorial Universitaria, Universidad de San Carlos.

Modernización, ciberseguridad, administración y justicia

“Cambios para nuevos tiempos”

ERASMO ELÍAS MUÑOZ MARÍN*

RESUMEN

Los Estados, ante el desarrollo de las situaciones que se dan en el cambio e introducción de nuevas tecnologías, tienen como ente fundamental a la persona y, por ende, nace la obligación de procurarle derechos y garantías, e inherente a esto se encuentra el Derecho a la Intimidad y, por consecuencia, el deber de los Gobiernos en salvaguardarla adecuando y disponiendo de los recursos para tal fin.

Se hace cada día más difícil para los Gobiernos, poder garantizar a los ciudadanos la privacidad o la intimidad de su información, ya que con el desarrollo de las nuevas tecnologías, el internet, las redes sociales, las nubes de información, y la digitalización de la información, toda esta *“Big Data”*, el concepto de protección se hace efímero y cambia del aspecto de protección territorial, del concepto clásico de fronteras aéreas, terrestres y marítimas a un espacio regido por reglas no convencionales.



* Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá, posterior a ello obtuve el Máster en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales por la Universidad Complutense de Madrid y finalmente realicé el Máster en Seguridad y Defensa de la Universidad de Nebrija.

SUMMARY

The States before the development of the situations that occur in the change and introduction of new technologies have as their fundamental entity the person and therefore the obligation to guarantee rights and guarantees to them is born, and inherent in this is the Law Intimacy and therefore the duty of governments to safeguard it by adapting and having the resources for this purpose.

It becomes increasingly difficult for governments to provide citizens with the privacy or intimacy of their information, since with the development of new technologies, the internet, social networks, information clouds, and the digitization of information, information, all this "Big Data" the concept of protection becomes ephemeral and changes from the aspect of territorial protection, from the classic concept of air, land and sea borders to a space governed by unconventional rules.

PROBLEMA

Los delincuentes, terroristas y ladrones de información han desarrollado nuevas formas de llevar a cabo sus acciones ilícitas, por lo que los límites para los Gobiernos cada día son mayores, por la incapacidad de poder identificar amenazas de manera rápida, así como identificar a los actores y judicializarlos, dado que en muchas ocasiones, todas estas situaciones, se producen desde jurisdicciones distintas, lo cual hace casi imposible poder procesar a los atacantes o infractores.

Los Gobiernos en su gran mayoría han establecido legislaciones y protocolos de seguridad con el objetivo de proteger la información que manejan, así defenderla de ataques y robos, además que mantienen en su mayoría búsqueda de estructuras vulnerables sobre todo en infraestructuras críticas.

Pero ante la obligación de proteger la información, que fluye en las nubes y redes que están en el

internet, los Gobiernos en ocasiones encuentran un choque entre el deber de proteger y el respeto a las libertades ciudadanas y derechos individuales de cada individuo.

Del mismo modo ¿Cómo hacer para que la protección no se confunda como una excusa o razón, para negar el acceso a la información a los ciudadanos?

El mayor problema se constituye, en la limitada capacidad que en virtud del derecho a la privacidad tienen los Estados, para proteger la información, lo que provoca la colisión de la obligación versus el derecho, la colectividad versus la individualidad y, la regularización en contradicción con la liberación del ciberespacio.

SUPUESTO GENERAL

Hay que tener en cuenta que no todos los Gobiernos están dentro de las mismas condiciones,

esto es constatable en el informe anual de ciberseguridad del *National Cyber Security Index (NCSI)*¹, desarrollado por el Gobierno de Estonia.

Existen diferencias evidentes donde los gobiernos tienen el control total de la información que entra y sale al ciberespacio, proveniente de base de datos, archivos e información suministrada u obtenida en virtud del rol administrativo, controlando inclusive el acceso de sus ciudadanos a cierto tipo de información, además de mantener sofisticados protocolos y equipos en monitoreo permanente y, contar con unidades dentro del sector de la seguridad o el ejército especializadas en detección, prevención, reacción y acción, en materia de ciberespacio, con capacidad de accionar desde delitos ordinarios, ciberterrorismo y guerra cibernética, dentro de estos está China, Rusia, Estados Unidos, Japón, Corea y otros que tienen un desarrollo importante en la materia, ahora bien, algunos de los Estados que hemos mencionado tienen como característica ser regímenes totalitarios, dictaduras o países que en virtud de sus características de defensa, la seguridad colectiva prima sobre el derecho individual; en ocasiones utilizando este argumento también para clasificar la información y dar a conocer solo lo que a criterio de los gobernantes debe conocerse.

En el caso de Panamá, nos encontramos en la posición 14 en la región, además de ocupar la posición 97 a nivel mundial², a nivel de Latinoamérica

mantenemos un desarrollo sostenible y hemos llevado a cabo cambios legislativos que han permitido mejores resultados.

A su vez, existen otros Gobiernos donde se ha propiciado legislaciones y tecnificado a unidades de seguridad especializada que garantiza el resguardo de la seguridad informática de la información estatal y, supervisa las operaciones privadas, estableciendo controles mínimos que deben cumplir las empresas que manejan datos de los particulares, lo que a su vez ha incentivado la creación de empresas privadas, que brindan plataforma de análisis de seguridad y protección de datos para optimizar sus competencias en los mercados.

OBJETIVOS

Efectuar un estudio general de las contradicciones que tienen los Gobiernos, con respecto al deber de proteger, en confrontación al ciudadano, frente al derecho al acceso de la información. Es un conflicto del derecho a la intimidad versus la obligación de la protección de los bienes.

En el caso de la legislación panameña, lo concerniente a las leyes de acceso a la información y protocolos de seguridad de datos, archivos cibernéticos, en comparación a algunos países de alto nivel de desarrollo tecnológico y protección de información, así como analizar casos específicos que demuestran la vulneración de los sistemas y las afectaciones que producen en los Estados.

1 Puede ser verificable en: ncsi.ega.ee

2 <https://ncsi.ega.ee/country/pa/>



Diseñado por Freepik.

DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

El presente trabajo tiene su marco de estudio en la legislación panameña en materia de acceso a la información, con la limitante de no poder profundizar en legislaciones internacionales, en concreto lo concerniente a protocolos de seguridad cibernética, de países de alto nivel de desarrollo tecnológico y protección de información, así como analizar casos específicos que demuestran la vulneración de los sistemas y las afectaciones que producen en los Estados.

JUSTIFICACIÓN

El presente análisis, se efectúa en virtud de los cambios profundos que está sufriendo la sociedad mundial, que responden a diversos motivos, entre estos la situación actual provocada por el COVID19, donde se impone el distanciamiento social, como mecanismo de evitar la propagación del virus, pero al mismo tiempo obliga a los diferentes Gobiernos, a acelerar el proceso de implementación de recursos tecnológicos para hacer efectivo el trabajo telemático, o tele trabajo y que los efectos económicos puedan ser atenuados.

Entendiendo también que existe una deuda con respecto al gremio de los abogados, toda vez que nuestra justicia mantiene una morosidad tecnológica de décadas, por lo cual se hace necesario que se efectúe cambios al sistema judicial, que permitan la práctica profesional por medios cibernéticos, con-

tando con las debidas herramientas y protección de datos para que el sistema pueda producir los efectos deseados.

Los mercados están evolucionando de manera drástica y rápida al mundo electrónico, por lo que se impone la necesidad que este tipo de temas sean desarrollados y que así como otras ramas del saber se han avocado y en otros países como Paraguay en Latinoamérica, o España y Estonia en Europa, funcionen de debida manera, nuestro país dé el salto cualitativo y cuantitativo en el desarrollo de un Gobierno electrónico, donde no solo el Órgano Ejecutivo sino el Órgano Judicial puedan funcionar ofreciendo plataformas seguras y amigables para la tramitación de todos los ciudadanos.

Así se hace imperativo para los Estados desarrollados tecnológicamente, cooperar con los menos desarrollados, para fortalecer sus plataformas de protección de datos y, evitar así daños colaterales a su interés económico o político.

LIMITACIONES

Son casi obvias las limitaciones, cuando entramos a un análisis de un tema que mientras estamos escribiendo se sigue desarrollando y sobre el cual, cada día se puede seguir explicando e investigando ya que es una acción viva, que de la mano con el momento y, que los hechos están desbordando las legislaciones, en virtud de las nuevas necesidades que nacen por minuto dado que así como este fenómeno de la Globalización que lleva 600 años de

desarrollo y que se encuentra en su máxima plenitud, ha sido efectivo de manera logística, en la transferencia de ideas y de personas, así como de enfermedades, de pronto se ve frenado en seco por la situación que hoy nos confronta al unísono a nivel global. El tema en cuestión es sumamente vasto y sus aristas tan diversas como las posibles soluciones, la conflictividad natural que propicia el debate entre el derecho a la intimidad y el derecho a la información, entre la obligación de proteger que tiene el Gobierno y el derecho a la reserva que tienen los ciudadanos y, los diferentes tipos de Gobiernos que a su vez propicia un abanico de acciones legislativas y fácticas distintas plantea un reto importante, es por ello que nos limitaremos al marco regulatorio europeo, apuntando en específico situaciones concretas de países como China, Rusia y Estados Unidos, en contexto con Panamá.

DESARROLLO

En Panamá, nuestra Constitución Política de 1972, reformada por los Actos Reformativos de 1978, por el Acto Constitucional de 1983 y por los Actos Legislativos N°1 de 1993 y N°2 de 1994 y por El Acto Legislativo de 2004; establece en su Título III, Capítulo 1° "Garantías Fundamentales" en sus artículos 42, 43 y 44, el derecho a la información. Dicha excerta constitucional establece lo siguiente:

"Artículo 42. Toda persona tiene derecho a acceder a la información personal contenida

en base a datos o registros públicos y privados, y a requerir su certificación 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.

Artículo 43. *Toda Persona tiene derecho a solicitar información de acceso público o de interés colectivo que repose en base de datos o registros a cargo de servidores públicos o de personas privadas que presten servicios públicos siempre que ese acceso no haya sido limitado por disposiciones escrita y por mandato de la Ley, así como para exigir su tratamiento leal y rectificación.*

Artículo 44. *Toda Persona podrá promover acción de hábeas data con miras a garantizar el derecho de acceso a su información personal recabada en bancos de datos o registros oficiales o particulares, cuando estos últimos traten de empresas que prestan un servicio al público o se dediquen a suministrar información.*

Esta acción se podrá interponer de igual forma para hacer valer el derecho de acceso a la información pública o de acceso libre, de conformidad con lo establecido en esta Constitución.

Mediante la Acción de Habeas Data se podrá solicitar que se corrija, actualice, rectifique, suprima o se mantenga en confiden-

cialidad la información o datos que tengan carácter personal. ...”

Debemos tener en claro que antes de esta reforma constitucional que establece estos derechos, no se encontraban consagrados explícitamente en la Constitución de la República de Panamá. Es entonces que mediante la Gaceta Oficial 24, 476 del 23 de enero de 2002, se dio vida a la Ley N° 6 del 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”, y se desarrolla la figura del Habeas Data.

Al respecto del mismo modo es importante establecer que lo que si estaba protegido y salvaguardado era el derecho privado o, el derecho de los particulares a que no se accediera a su información sino en virtud de autoridad judicial, de tal modo que el artículo 29 de la Carta Magna panameña establece que:

“La Correspondencia y demás documentos privados son inviolables y no pueden ser examinados no retenidos, sino por mandato de autoridad competente y para fines específicos, de acuerdo con las formalidades legales. En todo caso, se guardará absoluta reserva sobre los asuntos ajenos al objeto del examen

3 GONZÁLEZ MONTENEGRO, Rigoberto. *El Habeas Data*; IEPI Instituto de Estudios Políticos Internacionales de Panamá; Editorial Chen, Panamá 1999; pág. 27.

o de la retención.

El registro de cartas y demás documentos o papeles se practicará siempre en presencia del interesado o de una persona de su familia o, en su defecto de dos vecinos honorables del mismo lugar.

Todas las comunicaciones privadas son inviolables y no podrán ser interceptadas o grabadas, sino por mandato de autoridad judicial.

El incumplimiento de esta disposición impedirá la utilización de sus resultados como pruebas sin perjuicio de las responsabilidades penales en que incurran los autores”.

El Profesor y hoy procurador de la administración (2015-2025) Dr. Rigoberto González Montenegro a modo de antecedente en 1998, en su obra *El Habeas Data*³, nos decía que “El Habeas Data en nuestro país —el que como se verá no está reconocido o regulado—...” esto es importante señalarlo dado que en Panamá es una figura de tiempo muy reciente como se observó al citar la ley, con apenas 15 años de vigencia, lo que presupone una serie de malas prácticas, que se vinieron desarrollando por muchas décadas y que hoy día en pleno 2017 sufrimos resabios de ellas.

Lo que significa que, en Panamá, había existido una tradición constitucional con respecto a la protec-

ción del derecho a la intimidad pero no existía una práctica o desarrollo en materia del derecho ciudadano de acceso a la información personal y pública, en este último sentido los regentes de las instituciones del Estado o los gobernantes en la mayoría de las ocasiones no daban ningún tipo de información dado que no estaban obligados.

ACCESO A LA INFORMACIÓN EN EL DERECHO PANAMEÑO

La Ley 6 del 22 de enero de 2002⁴ establece una serie de normas que son las que regentarán el acceso a la información de forma general, teniendo en cuenta si se trata de información personal o pública.

El numeral 10 del artículo primero de la pre citada norma establece o consagra el principio de Acceso público, que se desarrolla en el Artículo 2 que reza de la siguiente manera:

“Toda persona tiene derecho a solicitar, sin necesidad de sustentar justificación o motivación alguna, la información de acceso público en poder o en conocimiento de las instituciones indicadas en la presente ley.

Las empresas privadas que suministren servicios públicos con carácter de exclusividad están obligadas a proporcionar la información que les sea solicitada por los usuarios del servicio.”

3 GONZÁLEZ MONTENEGRO, Rigoberto. *El Habeas Data*; IEPI Instituto de Estudios Políticos Internacionales de Panamá; Editorial Chen, Panamá 1999; pág. 27.

4 Gaceta Oficial, N°24,476 del 23 de enero de 2002.

De la norma citada se consagra y establece, el derecho que mantiene las personas naturales o jurídicas a solicitar y recibir información por parte de las autoridades, lo que al mismo tiempo establece una obligación a las autoridades del Estado, a suministrar en tiempo prudente y oportuno dicha información, este derecho se consagra en virtud de la Ley 38 de 2000 que en su artículo 82, ordena a los servidores públicos a dar contestación a las consultas y quejas en un término no mayor de 30 días⁵.

El Capítulo II en sus artículos 2, 3 y 4 de la Ley 6 establece y consagra la Libertad y Acceso a la información, lo cual sitúa un progresivo avance en los derechos de los ciudadanos en tener acceso a información pública.

Dicho esto, el Artículo 3 nos dice:

“Toda persona tiene derecho a obtener su información personal contenida en archivos, registros o expedientes que mantengan las instituciones del Estado, y a corregir o eliminar información que sea incorrecta, irrelevante, incompleta o desfasada, a través de los mecanismos pertinentes”.

⁵ **Artículo 82.** Toda consulta formulada ante autoridad competente, que cumpla con los requisitos establecidos en esta Ley, deberá ser absuelta por la autoridad respectiva dentro de los treinta días hábiles siguientes a su presentación, mediante nota, oficio o resolución, en la que se expondrán los fundamentos del dictamen u opinión respectiva. La Autoridad deberá hacer de conocimiento del consultante el acto mediante el cual absuelve la consulta, bien mediante entrega personal del respectivo documento, o bien mediante el envío por correo, fax, telegrama u otro medio idóneo. Ley 38 del 31 de Julio de 2000 “Que Regula el Procedimiento Administrativo”.

De la norma transcrita se colige que los ciudadanos y residentes en el Estado Panameño, tienen derechos que les permiten acceder a la administración pública, la cual tiene la obligación en primer lugar, de darle información sobre el solicitante y del mismo modo si esta no se enmarca dentro del contexto de la norma que la misma pueda ser corregida, o eliminada en procura de que los derechos individuales, su historial o récord personal no se vea afectado por la mala utilización de la información del sujeto, objeto de la normativa señalada.

En esa misma línea de idea y en el tracto sucesivo de la legislación el Artículo 4 es mucho más abarcador y establece otra serie de derechos como la gratuidad, dado que no puede mediar costo para solicitar la información, citamos:

Artículo 4. El acceso a la información será gratuito en tanto no se requiera la reproducción de esta. Los costos de reproducción de la información estarán a cargo del solicitante. En todo caso, las tarifas cobradas por la institución deberán incluir únicamente los costos de reproducción.

La información será suministrada en copia simple, o en su reproducción digital, sonora, fotográfica, cinematográfica o video gráfica, según se peticione y sea técnicamente factible.

Para los efectos de prestar el servicio de acceso por medio de Internet, las instituciones deberán prever una oficina de consulta

que tenga los medios electrónicos indispensables para ofrecer un servicio de acceso de calidad. Esto se podrá lograr también por medio de kioscos de información que hayan previsto las distintas instituciones.

Parágrafo. En caso de que la información solicitada sea requerida de manera certificada, el peticionario deberá cumplir, para los efectos de las formalidades y de los costos, con las disposiciones legales que rigen la materia.

Frente a lo señalado en párrafo anterior, cabe citar el Artículo 875 del Código Judicial donde el Diputado estima las situaciones en las cuales el juzgador se enfrentará a otro tipo de prueba no convencional.

“Art 875: Para acreditar hechos o circunstancias que tengan relación con el proceso que se ventile, *pueden las partes presentar fotografías, copias fotostáticas, cintas cinematográficas y cualesquiera otras reproducciones fotográficas o por cualquier otro medio técnico o científico.* Estas pruebas serán apreciadas por el juez. Como medio de prueba deben admitirse también los registros dactiloscópicos, fonográficos y demás elementos que produzcan convicción en el ánimo del juez. *La parte que presente estos medios de prueba deberá suministrar al tribunal los aparatos o elementos necesarios para que pueda apreciarse el valor de los registros y reproducirse los sonidos o imágenes. Estas*

pruebas pueden también ser decretadas de oficio por el juez, aisladamente o con ocasión de una inspección o de otra diligencia cualquiera. Los escritos y notas taquigráficas pueden presentarse por vía de prueba, siempre que se acompañen su transcripción, especificando el sistema taquigráfico empleado”. (Lo subrayado es nuestro).

En el otrora sistema Penal Inquisitivo, es deber del representante del Poder Punitivo (El Ministerio Público) por medio de sus fiscales, llevar a cabo la investigación de los delitos, y dentro de los deberes y obligaciones que la ley de procedimiento penal vigente ordena. Tal cual lo señala el Art 2044 **“El funcionario de instrucción realizara todas las investigaciones que conduzcan al esclarecimiento de la verdad sobre el hecho punible y la personalidad del autor...”** (Lo subrayado es nuestro).

Es pertinente citar al jurista panameño Dr. Jorge Fábrega Ponce cuando nos dice que:

“En conclusión, hay una perfecta asimilación del documento electrónico con el documento común y su aceptación en el proceso, como prueba, no debe generar discusión.

Es pertinente ahora, hacer cita de una sentencia del Tribunal Superior español del 28 de abril de 1997, el cual tiene otras similares y con igual sentido. Dice así:

“Documento es en sentido estricto, y ha de entenderse por tal, el escrito, en sentido

*tradicional, o aquella otra cosa que, sin serlo, pueda asimilarse al mismo **por ejemplo**, un disquete, un documento de ordenador, **un vídeo**, una película, etc., con criterio moderno de interacción de las nuevas realidades tecnológicas, en el sentido en que la palabra documento figura en algunos diccionarios como cualquier cosa que sirva para ilustrar o comprobar algo, **siempre que el llamado documento tenga un soporte material**, que sin duda exige el art. 849.2 LECrim.; fórmula jurisprudencial que en la actualidad tiene adecuada correspondencia en la norma contenida en el art 26 CP 1995 (cfr. TS SS 3/06/94 y 11/10/94 y 19/10/96)."*

Aunque esta sentencia se refiere a un proceso penal, teniendo como punto de partida la reforma al Código Penal de aquel país (que contiene 7 artículos sobre actos delictuales por nueva tecnologías) no deja de ser ilustrativa, más cuando sirvió de base en la reforma de la Ley 1 del 2000, e Enjuiciamiento Civil, ... (Teoría general de la prueba; 2006, Pág. 735 y 736)". (Lo subrayado es nuestro).

Oportunamente, el maestro Fábrega Ponce, explica por medio de este fallo de derecho próximo, como debe ser evaluada y tratada la prueba tecnológica, como ya hemos manifestado, no estamos atacando la prueba *per se*, ya que fue aportada de debida manera, pero la misma se constituye en el documento principal para determinar si existe o no



Diseñado por Freepik.

legitimidad procesal para actuar por parte del actor.

El deber y la obligación de cumplir con la inspección y transcripción del documento digital aportado para luego proceder a evaluar la admisión o no de la querrela, tal cual se señala en *Auto Vario N° 208-08 del Juzgado Undécimo de Circuito de lo Penal del Primer Circuito Judicial de Panamá, de 23 de mayo de 2008*, en aquel momento el antes citado fallo le señaló a este mismo despacho (Fiscalía Séptima de Circuito) lo siguiente:

*“En atención a los hechos y consideraciones expuestas de conformidad con lo dispuesto en la Ley 31 de 28 de mayo de 1998, “de Protección a las Víctimas del delito”, en su artículo 2, numeral 2, que permite a las víctimas “intervenir sin mayores formalidades como querellantes en el proceso...”, en el artículo 2000 del Código Judicial, en concordancia con el 180 del Código Penal, que señalan que en los delitos que exigen querrela bastará que la víctima solicite que se investigue y se imponga la respectiva sanción, en el caso de delitos Contra el Honor, acompañada dicha solicitud de la prueba sumaria de su relato y las normas referentes a la idoneidad de los medios probatorios (fs. 832 y siguientes), **consideramos que hay lugar a la controversia planteada, por lo que se dejará sin efecto la resolución de 17 de marzo de 2008, emitida por la Fiscalía Séptima del Circuito de Panamá, dentro del sumario iniciado por presunto delito***

Contra el Honor en perjuicio de Arthur Marhol, ordenar que se realice la Diligencia de Inspección Ocular y Transcripción de los discos compactos aportados como prueba y se pronuncie sobre la admisibilidad de la querrela...” (Lo subrayado es nuestro).

Para los fines que nos ocupa, estos casos y doctrinas señaladas son de relevancia, dado que el derecho a la información no es absoluto y hemos querido ilustrar en materia judicial, como para que la información sea válida o procesalmente útil debe ser indexada o presentada ante las diferentes esferas judiciales.

Del mismo modo, Panamá en materia de información registral, mantiene un Registro Público abierto, de acceso libre a todos.

Desde la creación del Registro Público mediante Ley N°13 del 27 de enero de 1913, se estableció que el registro de propiedad y mercantil no sería información de acceso restringido, para tal fin los libros del Registro han estado abiertos para que todo aquel que esté interesado en conocer las condiciones de una corporación, fundación o propiedad pueda sin mediar autorización solicitar al ente registral dicha información.

Dentro de los fines de la publicidad el Dr. Juan Van Eps nos señala que:

A. Publicidad y Seguridad

La institución registral dota de publicidad a los derechos y a los actos jurídicos. Esta fi-

alidad se cumple de dos maneras. Por una parte, el **Registro Público puede ser consultado por cualquier persona**, y por otra parte, la cognoscibilidad de los derechos y de los actos jurídicos permite que los mismos puedan ser opuestos a terceros únicamente desde la fecha de su presentación en el Registro Público.

Desde el punto de vista de la seguridad jurídica, e íntimamente vinculada con los fines de publicidad, la existencia de una historia de la propiedad, proporcionada por el Registro Público, asegura los derechos y los actos jurídicos.

El Legislador, a través de la institución registra, otorga protección a los derechos y a los actos jurídicos, asegurando así el patrimonio de las personas, para que el mismo no se vea afectado por modificaciones anti-jurídicas.⁶

Lo anteriormente señalado, recoge de manera clara, el espíritu de la institución registral y los fines de que mantenga sus libros al acceso público, para propiciar la seguridad jurídica de los actores dentro del sistema, y del mismo modo que la publicidad

afecte a terceros que no podrán alegar bajo ningún concepto el desconocimiento dado que la información es libre, abierta y pública.

Con el devenir del tiempo y las nuevas tecnologías, el Registro Público panameño ha efectuado los cambios en favor de dichas innovaciones, permitiendo a través del Sistema de Inscripción Registral, dotar a todo el público, de plataformas que permiten observar todas las operaciones que se efectúan con respecto a propiedades y personas jurídicas, obviamente el Estado panameño, ha invertido en seguridad informática, para que los datos que se encuentran en los servicios electrónicos, sean legítimos y no vulnerados por piratas cibernéticos o delincuentes que busquen la manera de apropiarse de esta información.

Cabe señalar, que mediante Ley 51 del 22 de julio de 2008⁷, se establece lo siguiente “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.

El Estado Panameño, en esa búsqueda de perfeccionamiento de su comercio ha ido creando leyes, que permiten que por medios electrónicos los usuarios de sus sistemas puedan efectuar actos jurídicos oponibles a terceros por medios electrónicos, lo que otorga un alto estándar en seguridad jurídica de los actos que son registrados en debida forma

6 Cita de Cita. VAN EPS, Juan Oscar; *Registro Público de Panamá*; Centro de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá; Cuarta Edición 2013; pág.23. SALVAT, Raymundo. *Tratado de Derecho Civil Argentino*. Tomo II. Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez. Buenos Aires, 1932. Págs. 843 a 925.

7 Gaceta Oficial N°26090, Jueves 24 de julio de 2008.

en el Registro Público, permitiendo a su vez el establecimiento de la no repudiación de los actos dando mayor seguridad jurídica.

CYBERSEGURIDAD, UN NUEVO DERECHO PARA UNA NUEVA ERA

La virtualización de los sistemas a la luz de las nuevas necesidades del mercado se hace cada día más necesaria, para tal fin la Firma Electrónica Calificada, juega un rol fundamental en la plena identificación de las partes y bajo el principio del no repudio⁸, otorga mayor seguridad jurídica a los actos legales, y de comercio que se realicen.

La experiencia de países como Paraguay que mediante la Ley 4017/2010, crea el Expediente Electrónico y, se puso en funcionamiento como plan piloto en 19 juzgados civiles y 13 penales.

Esta Legislación fue complementada por la Ley 4610 del 9 de mayo de 20120 y puesta en marcha por el Acuerdo 1107 del 2016.⁹

Lo que posibilita esta ley en Paraguay, es que los abogados puedan presentar escritos, y archivos de manera telemática, interposición de recursos, notificaciones y comunicaciones con los tribunales.

Del mismo modo España, mediante Ley 18 /2011 del 5 de Julio de 2011 "Regula el uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Admi-

nistración de Justicia". Publicado mediante BOE 160 del 6 de julio de 2011.¹⁰ Básicamente se constituye la sede judicial electrónica, amalgamada con la firma electrónica calificada, y se digitaliza los procesos, permitiendo con esto mayor agilidad y transparencia.

En el caso de Panamá, contamos con el Sistema Automatizado de Gestión Judicial SAGJ, creado mediante Ley 75 del 18 de diciembre de 2015¹¹, publicado mediante Gaceta Oficial 27931-B, del 18 de diciembre de 2015, que se ha puesto en práctica de forma limitada ya que aún existe gran congestión judicial y los procesos siguen manejando de manera manual.

Haciendo un paralelismo con el Registro Público de Panamá, Institución que entre 2015 al 2019 logró establecer 100% de sus trámites de forma digital, estableciendo una plataforma SEIR, donde tanto el usuario como el funcionario maneja todo por medio virtual, logrando establecer la presentación telemática, por medio de la firma electrónica calificada, lo cual a los fines judiciales podría lograrse que se desarrollara la plataforma, para que los juristas de este país pudiéramos previa obtención de la firma electrónica, de la cual ya hemos hablado, poder presentar electrónicamente nuestras demandas y escanear o aportar las pruebas en archivos electrónicos, que se compaginen con el reparto electrónico, permitiendo trazabilidad absoluta, acabando de una vez y

8 No repudio, se establece como un principio de la Firma Electrónica dentro del cual el firmante u ostentador de la firma no puede negarla.

9 pj.gov.py

10 <https://www.boe.es/eli/es/l/2011/07/05/18/con>

11 https://www.organojudicial.gob.pa/uploads/wp_repo/uploads/2014/06/Ley-75-de-2015.pdf

para siempre con él (no se encuentra el expediente) eliminando la suspicacia de retraso o dilatación voluntaria por parte del operador de justicia, logrando que nuestro proceso sea más amigable con el ambiente, reduciendo la cantidad de personas en tribunales por ende mitigando el tiempo de atención ya que el usuario visualizará su trámite, en línea. Hacemos el paralelo en virtud de que el Registro es una institución que recibe cientos de miles de escrituras por años y que el sistema ha podido diligenciar de manera efectiva y con altos estándares de seguridad electrónica.¹²

SEGURIDAD ELECTRÓNICA

Para poder llegar a todos estos cambios se impone la necesidad de que existan ecosistemas seguros, donde las pasarelas de pago, y las autopistas de comunicación puedan estar blindadas de ataques y acciones de ciberterroristas que logren colapsos como ocurrió en Estonia¹³, y propició la creación posterior del Manual de Tallin¹⁴ que ofrece el marco regulatorio de acción ante situaciones de ataques cibernéticos, ciberterrorismo y otras acciones del ciberespacio.

A nivel americano, nace por medio de la Organización de Estados Americanos, “La Estrategia In-

teramericana Integral de Seguridad Cibernética”¹⁵ documento que se hace público el 8 de junio de 2004, del cual Panamá es parte.

En el caso de Panamá, por medio de la Autoridad de Innovación Gubernamental AIG por sus siglas, se crea el CSIRT, Equipo Nacional de Respuesta a Incidentes de Seguridad de la Información del Estado Panameño¹⁶, el 17 de mayo de 2013 mediante Gaceta Oficial 27289-A del 17 de mayo de 2013, con la finalidad de dar protección cibernética y protección a las infraestructuras críticas.

Del mismo modo, mediante Ley 81 de 26 de marzo de 2019 el Estado Panameño mediante Gaceta Oficial 28743-A, establece la Ley de Protección de Datos en la República de Panamá¹⁷, misma que sirve de marco regulatorio para poder desarrollar todo el esquema del gobierno electrónico.

Además, que debe servir como base normativa para regular aquellas empresas que por su naturaleza comercial, mantienen datos de nacionales y residentes dentro de la República de Panamá para que los mismos establezcan los debidos protocolos y proceso de seguridad y así evitar venta, robo o hackeo de información personal de ciudadanos que en virtud de la relación comercial, médica o profesional tengan que brindar a estas instituciones o comercios, evitando así el uso de esa data para fines no autorizados o comerciales e ilegales.

12 https://www.tvn-2.com/nacionales/Digitalizacion-Registro-Publico-garantizar-seguridad_0_5316218340.html

13 https://elpais.com/diario/2007/05/18/internacional/1179439204_850215.html

14 <https://ccdcoe.org/research/tallinn-manual/>

15 http://www.oas.org/en/citel/infocitel/julio-04/ult-ciberseguridad_e.asp

16 <https://cert.pa>

17 https://www.gacetaoficial.gob.pa/pdfTemp/28743_A/Gaceta-No_28743a_20190329.pdf

En Panamá, a nuestra consideración existen las regulaciones y capacidades instaladas para desarrollar un gobierno electrónico eficaz dado que en comparación a Estonia, país que al año de 1990 encontraba una situación insuperable por la grave crisis provocada por la caída del bloque Soviético, hoy día el 99% de los trámites públicos se dan de manera electrónica, facilitando con esto la gestión pública y provocando mayor satisfacción del usuario, de igual manera existe una base de dato o nube estatal que interconecta a las diversas instituciones con la información del ciudadano por lo que le permite a este poder interactuar de manera directa con información real en tiempo oportuno y así cubrir de mejor manera las necesidades y solicitudes con la eficiencia y seguridad requerida 1789 trámites se pueden realizar de manera permanente las 24 horas del día haciendo mucho más eficiente la relación entre ciudadanos y Gobierno. Del mismo modo los ciudadanos en su mayoría cuentan con firma digital lo que a estimaciones publicadas por el diario el país de España en 2018 hace referencia a un 87 % de la población entre los 16 y 74 años¹⁸ hacen uno de las plataformas digitales, sirviendo esto como una referencia de lo que podría convertirse nuestro país, para ascender en los ranking internacionales de competitividad, hacer que seamos una economía más óptima, eficiente y sobre todo coadyuva a mejorar las situaciones de

corrupción dado que se rompe el contacto con el funcionario, se logra trazabilidad al 100% del trámite y mayor eficiencia de los mismos en menor tiempo.

CONCLUSIÓN

Las Nuevas Tecnologías, nos dan la posibilidad de poder lograr mejores resultados en nuestra Economía, masificando trámites, provocando mayor rendimiento de tiempo, reduciendo la huella de contaminación, ya que muchos trámites se podrían realizar desde la comodidad del hogar o sin moverse de la oficina, logrando espacios o ecosistemas de interacción entre ciudadanos y el Estado que posibiliten una dinámica de flujo permanente y seguro. Máxime cuando el Estado cuenta con las legislaciones para establecer estos procesos.

Los Riesgos son intrínsecos, y todo dependerá de la inversión en optimizar las plataformas, en unificar las bases de datos, exigir auditoría de vulnerabilidades en áreas críticas, y en formar al personal suficiente que sirva para dar el soporte necesario, aparte de mantener los sistemas de redundancia, cumpliendo con los protocolos, colocándolos fuera del país o en jaulas que permitan que el Gobierno pueda seguir funcionando sin problemas ante la posibilidad de un ataque o inclusive una catástrofe que provoque la destrucción física de las bases de datos.

18 https://elpais.com/elpais/2018/04/05/eps/1522927807_984041.html



COLEGIO NACIONAL DE ABOGADOS DE PANAMÁ

Calle República de Bolivia y calle 38 Este
Apartado Postal (P.O. Box) 0814-03373
Panamá, República de Panamá

Teléfonos:

(507) 225-6371 | 225-7466 | 227-8841 • Fax: (507) 225-0113

Correo electrónico:

admin@panamacna.com | asistente4@panamacna.com | asistente1@panamacna.com
www.panamacna.com



COLEGIO NACIONAL
DE ABOGADOS

