



REVISTA LEX

Colegio Nacional de Abogados

«Un espacio para impulsar la investigación jurídica»

Noviembre-Diciembre 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
- Derecho Marítimo**
-
- 7** La investigación científica marina y la transferencia de tecnología,
según CONVEMAR
Rosa María Aguirre Donadío
- Derecho Internacional**
-
- 22** Breve introducción a los Tratados bilaterales de inversión y Panamá
Guillermo de Jesús Rojas Córdoba
- Derecho Constitucional**
-
- 42** Reemplazo por faltas del presidente en la Constitución de Panamá:
Problemas y propuestas
Luis Antonio Pereira Sánchez
- Derechos Humanos**
-
- 65** Aplicación de los Pactos de Derechos Humanos. Un estudio comparado.
Roy Luna
- Derecho Laboral**
-
- 85** Causas justas de despido y redes sociales
Rafael Antonio Nieto De León

94

Sección en Inglés | English Section

Does China Have A Piercing Corporate Veil?

How Does The Doctrine Of Piercing The Corporate Veil In China Work?

Alexander Mong

Cumplimiento

113

La identificación del cliente y del beneficiario final en la normativa panameña

Alejandra Chacón M.

Derecho Procesal

132

Generalidades sobre el procedimiento administrativo en el Derecho Fiscal panameño

Carlos E. Arosemena G.

148

Presentación de la pericia informática en los juicios orales

Jennifer C. Saavedra N.

162

Problemáticas en la investigación de accidentes de tránsito en la República de Panamá, una mirada desde el razonamiento probatorio

Eduardo Emilio Campbell

Tecnología y Derecho

177

La fehaciencia de la prueba digital y el novum ius

Sandra Delgado Rodríguez

Comisión de Publicaciones

Rosa María Aguirre
Tanya Carlucci Sucre
Rodnie Méndez
Annibel Prieto
Dayana Bernal
Sherina Latorraca
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: *Rev.Lex*

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.

Palabras del Presidente del Colegio Nacional de Abogados de Panamá

A pesar de la pandemia, el Colegio continúa con su gestión y lo hace gracias al aporte de cientos de colegas que han puesto sus capacidades al servicio de la abogacía panameña, y lo han hecho de la forma más desinteresada, fortaleciendo las convicciones gremiales de todos, este ejemplar de la **Revista Lex** es muestra de ello.

Sostener la continuidad de la **Revista Lex** ahora en su formato digital representa una oportunidad de crecimiento intelectual y profesional que le permite al Colegio presentar a la sociedad en su conjunto la importancia de la educación continuada en la vida del abogado y de todo profesional.

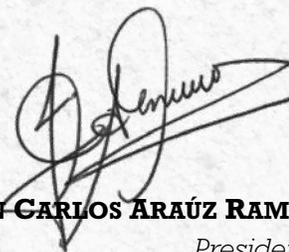
Próximos a concluir el periodo 2019-2021 de la Junta Directiva que me honro en presidir puedo decir con toda convicción que hemos cumplido plenamente las responsabilidades que nos han correspondido asumir y con ello se ha fortalecido a nuestra organización en tiempos difíciles.

Nuevos retos nos esperan a corto plazo en el que requerimos la participación de todos, una nueva Ley de la abogacía, la celebración de una Asamblea Constituyente Paralela de acuerdo al

artículo 314 de la Constitución Nacional. Son temas que requieren a una abogacía participativa que permita orientar y transmitir una visión de cuáles son los temas que preocupan.

El país requiere transformaciones y la abogacía conoce todas las áreas de funcionamiento del Estado, por esa razón la abogacía jugará un rol relevante en los diálogos y espacios de discusión sobre cualquier cambio al funcionamiento de la administración pública.

Quiero aprovechar para reiterar la necesidad de encontrar los temas que nos unen como panameños y hacer los esfuerzos necesarios para materializarlos en compromisos concretos, la división, el egoísmo y las mezquindades no nos dejen avanzar como sociedad y contra esa realidad es la que verdaderamente debemos luchar y poner toda nuestra energía.



DR. JUAN CARLOS ARAÚZ RAMOS

Presidente

Junta Directiva 2019-2021

Nota Editorial

Cuatro características corresponden al juez: Escuchar cortésmente, responder sabiamente, ponderar prudentemente y decidir imparcialmente.

Sócrates

Respetados lectores, con mucho agrado el Colegio Nacional de Abogados presenta esta nueva edición de la **Revista Lex**, un espacio para la investigación jurídica.

En este ejemplar, nuestros autores, todos respetados abogados y expertos en sus áreas de estudio han aportado sus conocimientos e investigaciones confiados que su esfuerzo académico enriquezca tanto a colegas como a estudiantes del Derecho.

El trabajo ha sido codicioso porque se han incluido ensayos sobre diversas ramas del Derecho como Derecho Marítimo, Derecho Internacional, Derecho Constitucional, Derechos Humanos, Derecho Laboral, Derecho Mercantil y Derecho Procesal.

Para esta edición se seleccionó un ensayo sobre la identificación del cliente y beneficiario final, tema de actualidad y de gran importancia en el ejercicio de la abogacía, que se espera pueda conver-

tirse en una guía para el cumplimiento de la Ley 23 de 2015 y otras regulaciones relacionadas con la prevención del blanqueo de capitales y el combate del financiamiento de terrorismo.

Además, nuestros autores en sus ensayos enfatizan la importancia de reconocer los cambios que la innovación tecnológica ha introducido en nuestras interacciones comerciales, laborales y sociales, por ejemplo, y como la Justicia debe utilizarla apropiadamente como una herramienta que coadyuve a resolver los conflictos que son objeto de las causas procesales.

Finalizamos la edición con un artículo sumamente interesante que hace referencia a la Fehaciente Prueba Digital.

Todo se ha preparado con mucho anhelo para ustedes, nuestro público lector.

ZAIDA LLERENA

Directora de la Revista Lex

La investigación científica marina y la transferencia de tecnología, según CONVEMAR

ROSA MARÍA AGUIRRE DONADÍO*



* La Magister **Rosa María Aguirre Donadío** es abogada, escritora y docente universitaria de Derecho Marítimo, Derecho Internacional Público y Derecho Aéreo y Espacial. Trabajó por más de ocho años en la Autoridad Marítima de Panamá. Ha representado a nuestro país en comités, simposios y talleres nacionales e internacionales.

SUMARIO

El presente artículo versa sobre dos de los tantos temas que el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar contiene y regula, a saber: La Investigación Científica Marina y la Transferencia de Tecnología Marina.

Este convenio, también conocido como CONVEMAR, CNUDM, UNCLOS o Convenio de Montego Bay de 1982, constituye, por su amplio contenido y alcance, el marco legal referente para muchas otras convenciones y códigos internacionales, en torno a la temática del mar. Panamá lo incorporó a su normativa interna en el año de 1996 y, por ello, consideramos de interés para todos, la difusión de las principales características y regulaciones de las dos actividades antes mencionadas.

Palabras claves: CONVEMAR, UNCLOS, derecho del mar, investigaciones marinas, tecnología, transferencia de tecnología, recursos marinos, minerales, fondos marinos, explotaciones marinas.

INTRODUCCIÓN

Muchos conocen a CONVEMAR por la limitación de los espacios marítimos actualmente existentes, por ejemplo, el Mar Territorial, la Zona Económica Exclusiva y la Alta Mar; o bien, lo conocen por la lucha por la preservación del medio ambiente marino. Con el presente artículo, basado en

extractos de un libro de mi autoría, con algunos comentarios relacionados, se podrán dar cuenta que CNUDM va más allá de, simplemente, los espacios marítimos y que su influencia global es de las más relevantes para la industria y el negocio marítimo.

LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA MARINA

De acuerdo con el artículo 238 del convenio, todos los estados, cualquiera que sea su situación geográfica, y las organizaciones internacionales competentes (aquellas que han recibido competencias de los estados para actuar por ellos), tienen derecho a realizar investigaciones científicas marinas, sujetos a las normas establecidas. El objetivo de estas investigaciones científicas será, casi siempre, la búsqueda de mejoras para la conservación de las especies y otros recursos del mar, vivos y no vivos; la no contaminación, la equitativa distribución de los recursos, además de la explotación y comercialización de una forma sustentable y ecológicamente amigable.

Las investigaciones podrán ser realizadas tanto en las aguas sujetas a la soberanía y/o jurisdicción de los estados ribereños (hasta las 200 millas náuticas, como principio general), pero también, podrán ser realizadas en la Alta Mar (después de las 200 millas náuticas), que comprende las aguas y fondos marinos que no están sujetos a la soberanía o jurisdicción de ningún estado.

Podríamos agregar, que la investigación científica marina no sólo representa un derecho, sino que se espera que los estados y las organizaciones internacionales competentes lo fomenten y lo faciliten. Pero se debe dejar establecido que este tipo de investigación no podrá constituirse en un fundamento jurídico para ninguna reivindicación o apropiación del medio marino o de sus recursos (art. 241). De lo anterior surge, a manera de ilustración, la restricción para los buques de bandera extranjera, de realizar investigaciones científicas marinas en el Mar Territorial de un estado (salvo que cuente con consentimiento expreso de dicho estado ribereño).

El objetivo de estas investigaciones científicas será, casi siempre, la búsqueda de mejoras para la conservación de las especies y otros recursos del mar, vivos y no vivos.



PRINCIPIOS GENERALES

Los principios generales que regulan a la investigación científica marina, según el art. 240 de CONVEMAR son:

- La investigación científica marina deberá ser realizada exclusivamente con fines pacíficos.
- La investigación científica marina deberá ser realizada con métodos y medios científicos adecuados que sean compatibles con la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.
- La investigación científica no deberá interferir injustificadamente con otros usos legítimos del mar que la convención permita, los cuales deberán ser siempre respetados. (Es decir, que no deberá interferir con los derechos que son propios del estado ribereño, ni tampoco, con los derechos de otros estados, verbigracia: los estados vecinos con derechos de uso, debido a sus particulares condiciones de difícil acceso al mar o de pocos recursos, o los estados con contratos de autorización previos).
- Durante la investigación científica marina se respetarán todos los reglamentos pertinentes dictados de conformidad con CONVEMAR, incluidos los destinados a la protección y preservación del medio marino. (Al hablar del medio marino, quedan incluidos todos los espacios marítimos conocidos, principalmente: el Mar territorial, la Zona Contigua, la Zona Económica Exclusiva, la Plataforma Continental, la Alta Mar y la Zona de los Fondos Marinos).

En el desarrollo de este tipo de investigaciones, los estados y las organizaciones internacionales competentes deberán fomentar la cooperación internacional, para efectos de compartir la información relevante sobre las investigaciones científicas que se estén llevando a cabo; y para evitar que se produzcan consecuencias negativas para el ecosistema marino, respetando siempre la soberanía y la jurisdicción de cada estado con costas.

En lo que respecta al medio ambiente, a lo largo de todo CNUDM, existen disposiciones cuya finalidad es la *Prevención, Reducción y el Control de la contaminación del mar*, ya sea que provenga de los buques, de las actividades realizadas en la Plataforma Continental de los estados ribereños o de La Zona de los Fondos Marinos y Oceánicos de la Alta Mar, por las exploraciones y explotaciones que allí se dan, o por las instalaciones, cables o tuberías que se construyan sobre ella. También, las contaminaciones pueden provenir del aire o de las personas o industrias que vierten desechos, algunos de

ellos tóxicos, en el mar. Inclusive, se habla de la contaminación por la transferencia de organismos perjudiciales que ponen en peligro a la flora y fauna existente en los océanos (Convenio de Agua de Lastre), y en las consecuencias de una pesca indiscriminada que ponga en peligro la preservación de las especies vivas, ya sea por exceso de captura o por la utilización de equipos de pesca inadecuados.

Una de las características distintivas de CONVEMAR, es que, sin necesidad de modificar su texto directamente, se actualiza de forma automática cada vez que la comunidad internacional, a través, generalmente, de la OMI, la FAO o PNUMA, encuentra la solución a algún problema que atañe a la navegación y a los océanos; y consecuentemente, se generan instrucciones y mejores prácticas, algunas de ellas de aplicación voluntaria y otras, obligatorias.

En consecuencia, cada vez que se modifica o se crea un nuevo anexo al SOLAS, al MARPOL, al STCW, al Convenio de Agua de Lastre, al Convenio de Nairobi



Imagen de Kanenori en Pixabay.

Todo el sistema de clasificaciones tiene su origen en la necesidad de ejecutar, actualizar y complementar a nuestra Constitución Mundial del Mar: CONVEMAR.



(para la remoción de restos de naufragios), al Convenio de Hong Kong (para el reciclaje seguro de buques), al Código de Conducta para la Pesca Responsable, al Colreg o Ripa (para la prevención de abordajes), o a algún otro código o convenio importante y pertinente, se puede decir que el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar también ha sido modificado y/o actualizado, de forma que las nuevas disposiciones de los macro convenios internacionales y otros, deberán ser cumplidas por todos los países miembros de CONVEMAR. Lo antes dicho encuentra su fundamento legal en el artículo 311 del mismo convenio, el cual habla taxativamente de la obligación de cumplir con otros convenios internacionales, siempre y cuando éstos no se aparten de las directrices básicas y de las intenciones fundamentales del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

Corresponde a cada una de las administraciones marítimas que permiten el registro de buques, nacionales y extranjeros bajo su

bandera, la tarea de crear normas sustantivas y sancionatorias que permitan la exigencia del cumplimiento, tanto de la normativa interna como de los convenios internacionales que se hayan ratificado.

Todo el sistema de clasificaciones, desde el momento en que se construye el buque en un astillero, las periódicas inspecciones y las certificaciones del buque, así como los demás requisitos de los estados de bandera y de los estados rectores de puerto; y toda la formación y certificación de la gente de mar, y muchos otros más, tienen su origen en la necesidad de ejecutar, actualizar y complementar a nuestra constitución mundial del mar: CONVEMAR.

Dicho de otra forma, la administración marítima de cada país, es decir, el estado de la bandera de cada buque lleva sobre sus hombros la carga de exigir el debido cumplimiento de toda la normativa nacional e internacional con la cual se haya comprometido ese país. Y algunas veces, a pesar de no haberse comprometido, el estado de bandera tiene que cum-

plir si desea que se le permita la entrada, a sus buques, en los diferentes puertos de otros países que sí han ratificado determinados convenios internacionales.

CLASIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA MARINA

Cuando hablamos de Investigación Científica Marina, necesitamos diferenciar entre la investigación que se desarrolla en las aguas patrimoniales de un estado costero (Mar territorial, Zona Contigua, Zona Económica Exclusiva y Plataforma Continental), de aquella investigación realizada en las aguas suprayacentes de la Alta Mar y en la Zona de los Fondos Marinos de la Alta Mar.

LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA MARINA EN LA ZONA ECONÓMICA EXCLUSIVA (ZEE) Y EN LA PLATAFORMA CONTINENTAL (ARTS. 246, 248 Y 249)

Ya mencionamos, al principio, que en el Mar Territorial está prohibida, como norma general, la in-

vestigación científica marina a naves extranjeras. Es un ejercicio de la soberanía del Estado y por esta razón no profundizaremos más en ese punto.

En las aguas suprayacentes de la Zona Económica Exclusiva, los derechos de soberanía y de jurisdicción del estado ribereño le permiten que realice investigaciones científicas marinas en su propia ZEE, pero también le exigen que permita que otros estados y sociedades de investigación extranjera, previa la correspondiente solicitud y autorización, puedan realizar investigaciones científicas marinas en su ZEE, siempre que esta actividad no entrañe riesgos para la seguridad humana o la seguridad de las instalaciones; ni para la protección y conservación del medio ambiente marino.

En el caso de la Plataforma Continental (prolongación natural de la tierra por debajo de las aguas, pasando por el Mar Territorial, la Zona Contigua y la ZEE), los estados ribereños tienen completa soberanía sobre ella, lo que, en principio, significa que sólo los estados ribereños o sus nacionales pueden

acometer programas de investigación científica en su propia Plataforma Continental; no obstante, ese mismo derecho soberano le permite al estado costero que pueda autorizar, si así lo considera conveniente, a otros estados, sociedades internacionales u organizaciones internacionales competentes, para que realicen investigaciones científicas marinas siempre que, al igual que en el caso de la ZEE, den cumplimiento a lo estipulado en el contrato respectivo, a las leyes y reglamentos internos del estado ribereño, y a las normas internacionales vigentes.

Cuando la investigación científica marina, que realiza o autoriza un estado costero, se ubique en el área de la Plataforma Continental que excede o va más allá de las 200 millas náuticas, dicho estado deberá informar a la Secretaría de las Naciones Unidas los límites de la actividad a realizar, para conocimiento de toda la comunidad internacional, pero sin necesidad de dar más detalles al respecto.

La anterior medida tiene su razón de ser en la normativa del Convenio que dice que no se po-

drá negar a un estado o compañía extranjera una solicitud de investigación científica sobre el exceso de una plataforma continental extendida que no vaya a ser utilizada para tales propósitos por el estado ribereño a quien se le reconoció tal derecho (por recomendación positiva de la Comisión de Límites creada por CONVEMAR). Por ello, al comunicar los límites de la investigación que pretende realizar el propio estado costero, en su Plataforma Continental extendida, se produce una “reserva de espacio”, con lo cual se impide que cualquier otro estado, sociedad u organización pueda solicitar dicha área ubicada en el mar abierto (el excedente reconocido más allá de las 200 millas náuticas) para llevar a cabo otras investigaciones.

CONDICIONES QUE PERMITEN NEGAR EL PERMISO SOLICITADO

En todo caso, una característica común a las investigaciones científicas marinas, tanto en las aguas suprayacentes como en la Plataforma Continental, la encontramos en

la posibilidad del estado ribereño de poder negarse a las solicitudes de estados, compañías extranjeras u organizaciones internacionales competentes, en los siguientes supuestos: (Art.246, párrafo 5).

- Cuando la investigación tiene importancia directa para la exploración y explotación de los recursos naturales vivos o no vivos.
- Cuando la investigación entrañe perforaciones en la plataforma continental que utilicen explosivos o planeen la introducción de sustancias perjudiciales en el medio marino.
- Cuando la investigación entrañe la construcción, funcionamiento y utilización de islas artificiales, instalaciones y estructuras.
- Cuando la información presentada (con 6 meses de anticipación) por el estado u organización internacional competente solicitante sea inexacta;
- Cuando el solicitante tenga obligaciones pendientes con el estado ribereño, a causa de un proyecto de investigación anterior.

Al comunicar los límites de la investigación que pretende realizar el propio estado costero, en su Plataforma Continental extendida, se produce una “reserva de espacio”, con lo cual se impide que cualquier otro estado, sociedad u organización pueda solicitar dicha área ubicada en el mar abierto.



La información que debe ser entregada al estado ribereño por el estado, sociedad u organización, al momento de solicitar un permiso para un proyecto de investigación científica, consistirá, básicamente, en la índole y objetivos del proyecto; el método o medios a utilizar; el tipo de buques y demás equipo con el que sea necesario contar; la definición de las áreas geográficas que abarcará el proyecto; la fecha de inicio y de finalización definitiva; el nombre de la institución o país patrocinador; el nombre de su director y de la persona encargada del proyecto; y las medidas o condiciones para que el estado ribereño, que otorga el permiso, pueda participar o pueda estar representado por sus nacionales, que cumplan con las características técnicas requeridas o que apliquen como observadores en entrenamiento.

Si el estado ribereño considera, en base a la información suministrada por el solicitante, que lo más prudente es no conceder el permiso para el proyecto de investigación científica marina, deberá hacérselo saber a quién solicita,

dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la entrega de la información pertinente. Si no se niega la solicitud en el tiempo oportuno, la misma se considerará como aceptada.

OBLIGACIONES DEL ESTADO SOLICITANTE

Si el estado ribereño concede el permiso para el proyecto de investigación científica, el solicitante deberá cumplir con los siguientes compromisos: (Art. 249)

- Garantizar el derecho del estado ribereño a participar en las investigaciones o a ser representado en ellas, si así lo desea, especialmente dentro de los buques u otras embarcaciones que se utilicen para la realización de la investigación o en las instalaciones de investigación científica, cuando sea factible, sin que el país o empresa investigadora tenga que pagar remuneración alguna al personal científico del estado ribereño, y sin que el estado ribereño que otorgó el permiso tenga la obli-

gación de contribuir a sufragar los gastos del proyecto.

- Suministrar al estado ribereño informes preliminares, si son solicitados, y las conclusiones finales de la investigación.
- Suministrar al estado ribereño, si lo solicita, muestras y datos obtenidos del proyecto de investigación; y/o su correspondiente evaluación o interpretación.
- Garantizar la debida difusión de los resultados de la investigación.
- Informar, inmediatamente, al estado ribereño sobre cualquier cambio importante en el programa de investigación.
- Retirar las instalaciones o el equipo de investigación utilizado una vez terminada la investigación.

LA RESPONSABILIDAD FRENTE A LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA MARINA

Los estados, sociedades y las organizaciones internacionales competentes, que realicen investigaciones científicas marinas, serán responsables por las faltas y perjuicios que ocasionen



Imagen de Pixamops en Pixabay.

al no cumplir con lo dispuesto en CONVEMAR y responderán por los que hayan actuado bajo su nombre, consentimiento o supervisión, estando obligados a indemnizar los daños resultantes de las medidas aplicadas en contravención al convenio (Art.263). Especialmente, los que tengan por resultado la contaminación del medio ambiente marino. Al respecto, el art.235 en su párrafo 3, menciona el deber y la conveniencia para los estados ribereños de crear normas internas, criterios y procedimientos para poder exigir las correspondientes indemnizaciones en estos casos.

**DERECHOS DE LOS ESTADOS
VECINOS SIN LITORAL
O EN SITUACIÓN GEOGRÁFICA
DESVENTAJOSA, EN RELACIÓN CON
LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA
MARINA**

El Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar es enfático al establecer que al solicitarse, a un estado ribereño, un permiso para realizar investigaciones científicas marinas, el

estado, sociedad u organización internacional competente que solicita tal permiso, deberá comunicar sobre el proyecto solicitado a los estados vecinos del estado ribereño, que se encuentren sin acceso al mar o en situación geográfica desventajosa.

Una vez concedido el permiso al solicitante, los estados sin litoral o en situación geográfica desventajosa, que sean vecinos, tendrán derecho a recibir, “si lo piden”, las mismas comunicaciones, datos, evaluaciones e interpretaciones a que tiene derecho el estado ribereño que dio el permiso, así como también tendrán derecho, “si lo piden”, a participar de la investigación, de ser factible, por medio de expertos de sus países, debidamente autorizados, y que no hayan sido impugnados por el estado ribereño en cuyas aguas o Plataforma Continental se lleva a cabo la actividad investigativa.

En síntesis, CONVEMAR exige que todos los Estados cooperen para que la investigación científica marina se ejecute de la mejor manera, y para ello el estado ribereño procurará establecer reglas

y procedimientos que faciliten y regulen la actividad, así como la entrada y salida de los puertos e instalaciones (normas aduaneras, fiscales y migratorias) y las normas sancionadoras correspondientes. (Art. 255).

LA SUSPENSIÓN O CESACIÓN DE LAS ACTIVIDADES DE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA MARINA

CONVEMAR establece, claramente, que el Estado ribereño tendrá derecho a exigir la suspensión de cualesquiera actividades de investigación científica marina que se estén realizando en su Zona Económica Exclusiva o en su Plataforma Continental, en los siguientes casos:

- Cuando las actividades de investigación no se realicen de conformidad con la información transmitida o el proyecto presentado. (art.248 del Convenio).
- Cuando el solicitante no cumpla lo dispuesto en el artículo 249, en relación a los derechos del estado ribereño respecto a la

CONVEMAR exige que todos los Estados cooperen para que la investigación científica marina se ejecute de la mejor manera, y para ello el Estado ribereño procurará establecer reglas y procedimientos que faciliten y regulen la actividad.



participación de sus nacionales en el proyecto.

- Cuando acontezcan cambios importantes en el proyecto autorizado (Punto 2 del artículo 253).

En todos los casos anteriores, una vez que el estado ribereño comunique la orden de suspensión de actividades, los estados, sociedades u organizaciones internacionales competentes, deberán acatarla inmediatamente.

El punto 5 del mismo artículo 253, dice que el estado ribereño podrá revocar la orden de suspensión emitida, cuando se demuestre haber cumplido con las condiciones exigidas, es decir, cuando se hayan corregido las causales que dieron origen a la cesación o suspensión.

LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA EN LAS AGUAS SUPRAYACENTES DE LA ALTA MAR Y EN LA ZONA DE LOS FONDOS MARINOS DE LA ALTA MAR (LA ZONA)

En las aguas suprayacentes de la Alta Mar, cada administración

marítima es responsable de supervisar a sus propios buques, y muchas veces se firman acuerdos, bilaterales o multilaterales, que ayudan a organizar mejor la labor. Específicamente, en el tema de la pesca, existen las Organizaciones Regionales de Ordenación Pesquera (OROPs), las cuales se encuentran distribuidas a todo lo largo y ancho del planeta. Pero, en el caso de los fondos marinos de la Alta Mar, la Autoridad de los Fondos Marinos es la llamada a administrar los recursos de La Zona, y sus Reglamentos y Estatutos, dictan las reglas del juego.

En cuanto a la investigación científica marina en la Zona de los Fondos Marinos de la Alta Mar, los artículos 256 y 257 nos dicen que todos los estados, sin importar su situación geográfica o condición de desarrollo, y las organizaciones internacionales competentes, tienen derecho a realizar actividades de investigación científica en la Zona, de conformidad con las disposiciones de la Parte XI del Convenio.

La Autoridad de los Fondos Marinos es la que cobra por los per-

misos y las anualidades, y es la que aprueba, en cada caso, la posibilidad de emplear, como miembros del personal ejecutivo, investigador y técnico, a nacionales de los estados en desarrollo, con o sin litoral, respetando el principio de la distribución geográfica equitativa. Además, de acuerdo con el principio de cooperación internacional, La Autoridad podrá coadyuvar al otorgamiento de asistencia técnica, suministrando capacitación, documentos, equipos y maquinarias; ayuda con los procedimientos pertinentes e inclusive, las ayudas financieras a los estados en desarrollo, o sin litoral o en situación geográfica desventajosa, que lo necesiten y lo soliciten.

SOBRE LAS INSTALACIONES O EQUIPOS DE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA MARINA

Las mismas normas que aplican para los derechos de jurisdicción en la Zona Económica Exclusiva rigen también para la instalaciones, estructuras e islas artificiales que se ubiquen en las aguas supraya-

centes a la Alta Mar o en La Zona de los Fondos Marinos de la Alta Mar, conocida como "La Zona". Como ya hemos mencionado, cuando se trate de La Zona, la llamada a otorgar los permisos y a exigir el cumplimiento será La Autoridad de los Fondos Marinos; también lo será si se trata de instalaciones, estructuras, equipos, tuberías o islas artificiales con fundamentos en el fondo marino no sometido a la jurisdicción de ningún Estado.

Estas normas exigen que los equipos o construcciones no obstaculicen las rutas de navegación internacional establecidas y los obliga a tener signos de identificación que indiquen el país bajo el cual están registrados o la organización internacional a la que pertenecen; así como las señales de advertencia adecuadas, convenidas internacionalmente, para garantizar la seguridad marítima y la seguridad de la navegación aérea, teniendo en cuenta las reglas y estándares internacionalmente reconocidos.

Cualquier controversia sobre la interpretación o aplicación en referencia a este tema producirá

la suspensión de las actividades de investigación científica marina mientras se resuelve dicha controversia. (Salvo el consentimiento expreso del estado ribereño interesado).

LA TRANSMISIÓN DE TECNOLOGÍA MARINA (PARTE XIV DE CONVEMAR)

Los artículos 266 y 267 del convenio contienen el mandato, para los estados y las organizaciones internacionales competentes (organizaciones que actúan por ciertos estados), de cooperar, en la medida de sus posibilidades, para fomentar el desarrollo y la transmisión de la ciencia y la tecnología marinas, en modalidades equitativas y razonables, procurando promover condiciones económicas y jurídicas favorables, que beneficien a todas las partes interesadas. Se deberán respetar, en todo momento, los intereses, deberes y derechos de los poseedores, los proveedores y los receptores de tecnología marina. Esta transferencia de tecnología puede darse en el marco de cual-



Imagen de Masako Uchida en Pixabay.

quier actividad que se realice en cualquiera de los espacios marítimos existentes.

LOS OBJETIVOS BÁSICOS DE ESTE DESARROLLO Y TRANSFERENCIA TECNOLÓGICA SON (ART. 268):

- La adquisición, evaluación y difusión de conocimientos de tecnología marina y la facilitación al acceso a datos e informaciones relacionadas.
- El desarrollo de tecnología marina apropiada.
- El desarrollo de la infraestructura tecnológica necesaria.
- El desarrollo de los recursos humanos mediante la capacitación y la enseñanza a los nacionales de los países en desarrollo y especialmente, de los menos adelantados de entre ellos.
- La cooperación internacional en todos los planos, especialmente en los planos regional, subregional y bilateral.

Para lograr los objetivos básicos antes expuestos, será necesario: (Art.269)

- Establecer programas de cooperación técnica para ayudar a los estados que lo necesiten y **lo soliciten**, especialmente aquellos en desarrollo, que no han sabido cómo crear su propia capacidad tecnológica en ciencias marinas y en prospección, exploración y explotación de recursos marinos, ni han desarrollado la infraestructura requerida para tales fines.
- Fomentar condiciones favorables para la celebración de acuerdos diversos y contratos.
- Celebrar conferencias, seminarios y simposios, en especial, sobre transferencia tecnológica.
- Fomentar el intercambio de científicos y expertos.
- Empezar proyectos y fomentar empresas conjuntas y otras formas de cooperación bilateral y multilateral.

Nótese que hemos resaltado la palabra “soliciten” porque la misma es muy recurrente y significa que el país que esté interesado en recibir esta transmisión tecnológica deberá encargarse de hacer valer sus derechos. Lo anterior

puede interpretarse en el sentido de que la transferencia tecnológica no se da de forma espontánea.

TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA EN LA ZONA DE LOS FONDOS MARINOS DE LA ALTA MAR

En lo referente a las actividades en el Zona, hay que tener presente que nos encontramos dentro de la Alta Mar y por ese motivo la condiciones cambian. En este sentido, los acuerdos y la cooperación internacional deberán incluir a la Autoridad de los Fondos Marinos (y también a “La Empresa”), para toda iniciativa de transferencia de tecnología marina.

La transferencia de tecnología se convierte en un requisito obligatorio para todo país, sociedad u organización que solicite un permiso de prospección, exploración o explotación, ante La Autoridad de los Fondos Marinos.

Si el solicitante del permiso de prospección, exploración o explotación en La Zona no es el dueño de la patente de la tecnología que va a utilizar en el proyecto, dicho solicitante deberá garantizar que

el propietario de tal patente estará dispuesto a compartirla o transmitirla, por medio de una licencia u otro medio conveniente, con "La Empresa", a precios equitativos de mercado, en el momento en que esta última lo requiera. De lo contrario, el solicitante no podrá utilizar la mencionada tecnología en el proyecto que pretende realizar. (Art.5 del Anexo III).

"La Empresa", mencionada en el párrafo anterior, es un ente administrativo que actúa paralelamente con La Autoridad de los Fondos Marinos y tiene su sede en Jamaica. Ella goza de los mismos privilegios, inmunidades y exenciones fiscales de La Autoridad. La Empresa, se dedica a la exploración, explotación, transformación, mercadeo y transporte de los minerales obtenidos del fondo de la Alta Mar, con el objetivo de venderlos, a precios de mercado, a todos los países del mundo. (Art.1 del Anexo IV).

Esta nueva entidad, denominada "La Empresa", nació con el Acuerdo de Implementación de 1994, mediante el cual se modificaron, principalmente, los capítulos VII y

XI de CONVEMAR, y se crearon algunos anexos. Estas modificaciones, alteraron la eficacia del principio rector del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, que dice que la Alta Mar, tanto en sus aguas suprayacentes como en sus fondos marinos, es Patrimonio Común de la Humanidad y no le puede pertenecer a ningún estado en particular.

La tecnología a la que se hace referencia consiste en: el equipo especializado que se pretenda usar, los conocimientos técnicos, los manuales, los diseños, las instrucciones de funcionamiento, la capacitación, la asistencia y el asesoramiento técnico necesario.

OBJETIVOS DE LA TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA

Los esfuerzos conjuntos de los estados, las organizaciones internacionales, competentes o no, y La Autoridad, cuando aplique, irán encaminados a la formación de centros nacionales y regionales de investigación científica y tecnológica marinas, cuyas funciones se-

rán, entre otras: (Art. 275 y 277)

- Crear programas de capacitación y enseñanza, en todos los niveles, sobre biología marina, conservación y administración de recursos vivos, oceanografía, hidrografía, ingeniería, exploración geológica de los fondos marinos, minería y tecnología de desalación.
- Estudios de gestión administrativa.
- La protección y preservación del medio marino y la reducción y control de la contaminación.
- Conferencias, seminarios y simposios regionales.
- Publicación de los resultados de las investigaciones realizadas, a precios accesibles.
- Difusión de políticas de transmisión de tecnologías y estudio comparativo de dichas políticas.
- Compilación y sistematización de información; contratos y otros arreglos relativos a patentes.
- Cooperación técnica con otros estados de la región.

La formación en estos temas es relevante para poder, en algún momento, acceder a un puesto en el

Consejo de La Autoridad o en la Junta Directiva de La Empresa. Por tal motivo, es de interés para cada estado miembro del convenio, hacer uso de los derechos que CONVEMAR concede y mantenerse, permanentemente, bien informado.

CONCLUSIÓN

A lo largo de este artículo, que es, en gran parte, un extracto comentado de mi libro titulado, "CONVEMAR: resumen, análisis y otros aportes", hemos podido conocer, en primer lugar, la diferencia entre las aguas que están bajo el control de los estados ribereños y las aguas de la Alta Mar que son patrimonio común de la humanidad. La Zona de los Fondos Marinos (La Zona) es administrada por La Autoridad, cuya Asamblea General está conformada por todos los estados miembros de CONVEMAR, pero, en la práctica, su dirección obedece al Consejo de La Autoridad, ya que éste es quien asesora a la Asamblea.

En segundo lugar, hemos conocido los derechos y deberes que regulan a la investigación científi-

ca marina y a la transferencia de tecnología, tanto en las aguas patrimoniales (hasta las 200 millas náuticas de cada estado ribereño) como en las aguas y fondos del Mar Abierto o Alta Mar.

En tercer lugar, hemos introducido elementos de conocimiento general acerca del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, el cual es el Convenio más importante para el Derecho del Mar, ya que contiene las disposiciones principales y regu-

ladoras de todas las actividades posibles de ser efectuadas en el medio marino.

Finalmente, he procurado complementar y adecuar la información suministrada con la finalidad de que el lector, al terminar de leer este artículo, tenga la sensación de haber incrementado sus conocimientos y, aun así, quede con deseos de investigar más sobre el tema. Espero haber logrado mi objetivo y confío en que hayan disfrutado este trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguirre Donadío, R.M. *CONVEMAR: Resumen, análisis y otros aportes*. Panamá: Impresora Pacífico, S.A., 2019.
- Alcántara, J.M. *Serie Los Convenios Marítimos Internacionales*. Tomo I, II y III. Madrid: Editorial del Instituto Marítimo Español, s.f.
- «Ley 38 de 4 de junio de 1996 por la cual Panamá aprueba la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.» s.f.
- Naciones Unidas. *Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar*. 1982.
- . «Publicaciones diversas de la División de los Asuntos Oceánicos y del Derecho del Mar.» s.f.



* **Guillermo de Jesús Rojas Córdoba**, provincia de Herrera, Panamá 10 de marzo de 1995. El LL.M Rojas curso estudios de licenciatura en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá, obteniendo el título de licenciado en Derecho y Ciencias Políticas en 2017 y formó parte de la Asociación Académica de Derecho Internacional de la misma casa de estudios, adicionalmente y previo a su graduación fue aceptado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Berlín (Humboldt) para cursar la maestría en Resolución de Disputas Internacionales, siendo el primer centroamericano en lograrlo. Graduándose en 2018 con grado de LL.M. Tras su regreso a Panamá obtuvo el diplomado en contrataciones públicas nuevamente por la Universidad de Panamá. En el campo laboral ha trabajado en el Instituto ICMAR, para la conciliación, mediación y arbitraje de la Universidad de Panamá, fue practicante para la defensoría de oficio para la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia (ACODECO) y pasante legal para la embajada de la República de Panamá en Berlín. Actualmente, se desempeña como abogado independiente y asesor en materia contractual internacional y es miembro del Colegio Nacional de Abogados, y miembro de la Comisión de Mediación y Arbitraje para el período 2019-2021 de este cuerpo gremial.

Breve introducción a los Tratados bilaterales de inversión y Panamá

GUILLERMO DE JESÚS ROJAS CÓRDOBA*

SUMARIO

El presente artículo, titulado como **Breve introducción a los tratados bilaterales de inversión llamados TBI**, contiene un estudio sobre los orígenes históricos de los acuerdos internacionales de promoción y protección recíproca de las inversiones y su evolución hasta la modernidad. El artículo en las líneas siguientes pasa a describir cuáles son las garantías o principios que sirven como contenido de los acuerdos y su función como tratados, mientras utiliza la definición y conceptualización de los mismos en base a las fuentes recopiladas para poder explicar la función de estas mismas garantías. Por último, el artículo señala la posición de los países respecto a la modelización de los TBI y la situación actual del Estado panameño respecto a la misma.

Palabras claves: TBI, tratados bilaterales de inversión, CIADI, protección de inversiones internacional, derecho internacional, derecho internacional de inversiones, expropiación, seguridad jurídica, tratamiento nacional, arbitraje, arbitraje de inversiones, FET, APPRIS, MFN, OCDE.

INTRODUCCIÓN

Como tema de tesis de maestría elegí “The Bilateral Investment Treaty between the Republic of Panama and the Federal Republic of Germany”, mis motivaciones para elegir la materia de los tratados bilaterales de inversión, fueron los siguientes: 1. es un tema poco tratado o discutido en Panamá, 2. la inversión extranjera es un pilar importante de la economía de panameña, 3. Alemania se había convertido hasta 2017 en el país de mayor procedencia de inversiones hacia Panamá por nacionalidad, en la Unión Europea, de acuerdo a las estadísticas proveídas por el Instituto Nacional de Estadística y Censo de Panamá (INEC). En ese momento no cruzaba por mi mente que las empresas Odebrecht valiéndose del tratado de inversión bilateral entre España y Colombia, demandarían arbitrariamente a esta última por expropiación ilegal de sus activos, o que Sacyr Valle Hermoso demandaría ante la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional a Panamá, utilizando el tratado bilateral de inversión entre España y Panamá, entrado en vigencia desde el 31 de julio de 1998, por otra parte, del otro lado del atlántico en la Unión Europea se discute el cambio con consolidación de los más de 100 TBI, debido a que a juicio del sistema de justicia europeo solo los tribunales europeos constituidos pueden juzgar como tribunal de esta ley.

Ante tales escenarios, me veo motivado a brindar una explicación breve de lo que constituye un tratado bilateral de inversión para que nuestros lectores, colegas ávidos de conocimiento, así como distintos

profesionales puedan proveerse así de una introducción a una materia, que, aunque poco estudiada tiene un gran valor para la República de Panamá.

Los tratados bilaterales de inversión, los cuales suelen denominarse entre los países signatarios “Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones”¹ llamados TBIS, BITS (por sus siglas en inglés) o APPRIS, constituyen un tipo especial de tratados, dentro de la definición ofrecida en la convención sobre tratados internacionales de Viena, en 1969. Estos se enmarcan como una fuente del Derecho Internacional de Inversiones. Un BIT es un tratado firmado entre dos países soberanos, cuyo propósito es el garantizar que existirán una serie de derechos y obligaciones que los países contratantes deben observar y cumplir con respecto a los inversores nacionales de la otra parte contratante, cuando ellos decidan realizar inversiones o firmar contratos dentro del territorio de una de las partes (Dolzer y Schreuer)².

Pero ¿Cómo surgieron los TBIS? y ¿Cuáles son las garantías, condiciones o derechos que surgen como resultado de la firma de estos tratados?, y lo más importante, ¿Cuál es su estado aplicación o marco actual en Panamá?

SURGIMIENTO

Los TBI tienen dos orígenes o momentos históricos, uno es la época clásica y el otro en la época

1 APPRIS como acrónimo.

2 Xxxxxx...

contemporánea. Los orígenes clásicos de los BITS fueron El tratado de Madrid de 1667, entre el Reino de Castilla y el Reino de Inglaterra, en este tratado se garantizaba el libre comercio entre ambos reinos, el respeto a los derechos de los nacionales de ambos países de comerciar, de no tener sus pertenencias confiscadas y de apelar a la justicia local de la misma forma en que lo harían en sus países (Rojas). El otro origen clásico lo encontramos en el tratado sobre amistad, comercio y navegación firmado entre Los Estados Unidos y el Reino de Francia en 1778.

Este tratado surgió como resultado de la asistencia entre ambos países durante la guerra de independencia americana. Este tratado de 11 artículos consignaba entre muchas cosas, el derecho al intercambio comercial, al tratamiento de nación más favorecida, derecho de los nacionales a poseer tierras dentro de la contra parte y a comerciar dentro de ellas, así como el debido proceso e igualdad ante la ley. Los tratados de amistad, comercio y navegación vieron su auge en el

siglo XIX, debido al desarrollo del mercantilismo y la época previa a la revolución industrial, pero decayeron en el siglo XX debido a los drásticos cambios económicos, tecnológicos y políticos que venían ocurriendo en el mundo, y ante el surgimiento de nuevas teorías económicas se vieron como piezas obsoletas en el nuevo engranaje comercial previo a la globalización.

El origen contemporáneo de los APPRIS lo encontramos en el tratado para promoción y la protección de las inversiones, entre la República de Pakistán y la República de Alemania, en 1959 (Dolzer y Schreuer, *Principles of International Investment Law*), este tratado fue el primero de los APPRIS como los conocemos actualmente, este tratado consagraba derechos y condiciones tales como: la protección de las inversiones y cuales quedaban enmarcadas como tales, el respeto a los derechos del inversionista como un sujeto de derecho especial, la obligación a brindar compensación por daños y mecanismos para la resolución de conflictos

surgidos entre inversionistas o entre los Estados.

Quizás se ignoraba en aquel entonces la importancia que tendría este tratado, pero no se puede negar su impacto en la actualidad, debido a la necesidad de protección de las inversiones en países en desarrollo, el desarrollo del comercio, la movilidad de capitales y el proceso de globalización después de la guerra fría, este tratado permitió la evolución del derecho internacional de las inversiones como una figura abstracta, y de él subsecuentemente han surgido otros tres mil tratados en la materia. También con el surgimiento de los TBI y el desarrollo del comercio globalizado surgieron instituciones privadas que permitían resolver conflictos sobre inversiones internacionales, amparadas por mecanismos alternos de resolución de conflictos que poseen los APPRIS, entre esas instituciones contamos al Centro de Resolución de Conflictos del CNUDCI, al Centro Internacional de Arreglo de las Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) mediante el tratado de Washington

Los APPRIS forman parte del entramado del derecho internacional de inversiones, una rama transversal del Derecho Internacional (público y privado), y son resultado de una evolución compleja entre el neoliberalismo, la globalización y el desarrollo del derecho internacional.



1965, la Corte de Londres para el Arbitraje Internacional, entre otras.

Ahora que observamos brevemente los tratados sobre los cuales se originaron los TBI, es hora de ver cuáles son las garantías o derechos que están consagrados dentro de estos tratados, de esta manera entenderemos el por qué su proliferación.

Como leímos en líneas anteriores, los APPRIS son tratados internacionales entre dos países, esto por fuerza requiere que los países no solo los ratifiquen como ley nacional, sino que también observen su correcto y fiel cumplimiento. Los APPRIS forman parte del entramado del Derecho Internacional de inversiones, una rama transversal del Derecho Internacional (público y privado), y son resultado de una evolución compleja entre el neoliberalismo, la globalización y el desarrollo del derecho internacional. Dentro de ellos se enmarcan una serie de principios del derecho internacional de inversiones, estos principios o “derechos” son llamados por los estudiosos “garantías”, una palabra elaborada para ocultar el

verdadero propósito de estos tratados: la protección de la inversión extranjera como un interés político económico de un país dentro de otro, y del capital invertido en el exterior por sus nacionales.

Los principios resguardados dentro del derecho internacional de inversiones y que se encuentran enmarcados en todos los TBI a modo de cláusulas o artículos son:

TRATAMIENTO NACIONAL

El principio o derecho de **tratamiento nacional**, consiste en la obligación de las partes contratantes a conferir a un inversionista nacional de la otra contraparte, un tratamiento similar o que condicionalmente sea similar al que le dieran a un inversor nacional, en cuanto a una inversión correspondiente dentro del territorio o sus jurisdicciones, según lo que defina el tratado como inversión tal. Dicho de manera más coherente, el estado receptor debe entonces crear una ficción jurídica en donde asuma que el inversor es cuasi-nacional suyo. Este principio se utiliza como base para la aplica-

ción de medidas de igualdad que eviten, salvo ciertas limitantes establecidas en la ley nacional, distorsiones generadas por el apoyo a nacionales de un país, lo cual permitan así que las inversiones puedan entrar a un mercado en un cierto plano de igualdad.

Este tratamiento puede incluir las mismas facilidades del Estado para ingresar a un mercado, obtener una licencia, recibir beneficios fiscales, facilidad de adquisición de financiamiento público o privado, beneficios de importación, etc. Uno de los elementos característicos del estándar de tratamiento nacional es su relatividad. Ya que este invita siempre a una comparación en el tratamiento que se genera a un inversor extranjero y a un nacional (UNCTAD).

Este derecho, que es también recogido por la OCDE en sus guías para las empresas transnacionales de 1976 (UNCTAD), invita al debate en cuanto a su extensión o alcance y las limitantes que se le pueden aplicar. ¿Surge la duda desde qué momento debe aplicarse el principio de tratamiento nacional, si solo debe ser desde que

se empieza a invertir o cuándo se ha realizado una inversión de manera fija y secuencial? En cuanto a las limitantes del tratamiento nacional, estas son una concepción propia del país, ya que existe en el derecho internacional el principio de orden público y protección nacional, el cual puede bajo ciertas condiciones limitar el derecho de tratamiento nacional en aras del interés o bien común, esto en Panamá lo vemos en cuanto a las limitantes que establece la constitución en materia de seguridad y salud pública cuando así se estime conveniente una medida.

CLÁUSULA DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA

Llamada "MFN" por sus siglas en inglés, este derecho, establecido como una de las cláusulas inalienables de un TBI, es un principio avalado tanto por la Comisión Internacional del Derecho como los países de la OCDE, una herramienta igualmente reconocida por la Organización Mundial del Comercio en su búsqueda de proveer igualdad a los países en

el comercio y acceso a los mercados. Una cláusula MFN establece en "lato sensu" que un país receptor de una inversión no podrá dar un tratamiento más favorable a otro país de manera uniforme y exclusiva, sin garantizar el mismo trato a un inversor de un país cubierto bajo la cláusula MFN, bajo aquellas mismas condiciones.

Es conveniente explicar varios aspectos de este tipo de derecho. Primero como cláusula es encontrada en varios tratados, como tratados de exportación, tratados de libre comercio, tratado de promoción comercial, y los APPRIS. Segundo, cuando se habla de tratamiento más favorable, se refiere a: prerrogativas, beneficios, descuentos, cuotas de mercado, límites de exportación o importación y exenciones fiscales, las cuales pueden crear distorsiones o beneficios, que causen injustamente daño a un inversor (Rodríguez y Joubin-Bret) en detrimento de otro u otros. El tercero y subsecuente con el punto anterior, ante la posibilidad de alguna de las condiciones citadas anteriormente, entra en juego el beneficio principal de



Imagen de Cerd Altmann en Pixabay.

las MFN, el poder extraer copiar y aplicar aquellas condiciones que están garantizadas en otros tratados a un cierto grupo de inversionistas, para que un tercero ajeno originalmente a esas condiciones, o que no es parte de aquel tratado pueda beneficiarse, con el supuesto de que así está igualando las condiciones del inversionista a la nación más favorecida.

Esta cláusula es motivo de amplio interés, pues es utilizada en diversos tipos de tratados comerciales, y usualmente es recurrida cuando un inversionista reclama

a un país por cierto beneficio ya que considera vulnerado el principio de igualdad, esto se hace por medio de dos caminos. El primero, acudiendo a la autoridad máxima en la materia relativa a la inversión, ejemplo: ministerio de comercio, autoridad de ingresos, autoridad de minas e hidrocarburos etc. La segunda forma es a través de un ente o tribunal internacionales de comercio o arbitraje.

Un modelo de cláusula arbitral, a modo de ejemplo podemos encontrarlo en el tratado bilateral de inversión entre Panamá y El Reino

de Luxemburgo firmado en 2010. El artículo en cuestión es del tenor siguiente:

Artículo 4

**TRATAMIENTO NACIONAL
Y DE NACIÓN
MÁS FAVORECIDA**

En toda materia relacionada con el trato a los inversionistas, los inversionistas de cada parte contratante gozarán del trato nacional y del trato a nación más favorecida, en el territorio de la parte contratante.

Respecto a la operación, administración, mantenimiento, uso, disfrute y venta u otra disposición de las inversiones, cada parte contratante concederá, en su territorio, a las inversiones un trato no menos favorable que aquel concedido a sus propios inversionistas o a los inversionistas de cualquier otro Estado, si este último es más favorable... (Ley 73 de 28 de octubre de 2010)

Del texto citado en líneas anteriores vemos la conformación del principio de nación más favorecida, y las modalidades a las cuales pueden reconocerse. El trato a nación más favorecida depende de los siguientes factores a considerar: el tratado que lo cubre, el tipo de inversión, el derecho o situación más favorable concreto, y el daño o desnivel generado a un inversionista.

PRINCIPIO DEL TRATAMIENTO JUSTO Y EQUITATIVO

Llamada en inglés cláusula FET ("Fair and Equatable Treatment").

El derecho al trato justo y equitativo, constituyen un elemento particular de los TBI, debido a que sus fuentes prosperan de manera paralela a los lineamientos de jurisprudencia arbitral internacional y al derecho internacional consuetudinario. Esto es debido a que se constituye como un estándar de cumplimiento al país receptor de la inversión. En este caso, se entiende que bajo este estándar el país proveerá de un trato no discriminatorio ni perjudicial que de manera intencional y subsecuente afecte al inversionista extranjero, su inversión, sus intereses o proyectos desarrollados, socavando así los derechos y garantías a los cuales él tiene derecho de acuerdo con el tratado vigente.

Esta cláusula tiene un debate y estudio amplio, actual, en el plano internacional, debido a la pregunta: ¿Cómo puede definirse lo que es un trato "justo y equitativo"?

Tal cuestión debe asimilarse con cuidado, con base a las situaciones particulares del país. Puesto que existe un consenso en ciertas garantías que deben considerarse para que un país

otorgue un trato justo y equitativo, pero no en cuanto a una definición universal. Por ello, como mencionamos en líneas anteriores, tiene fuentes de naturaleza arbitral y consuetudinarias.

El Dr. Stephan Schill apunta que es imposible dar una interpretación tradicional por método de silogismo, ya que el trato justo y equitativo, va más allá de una conducta de buena fe del Estado (receptor), pero como estándar internacional es independiente del ordenamiento legal nacional, y su base en realidad está sustentada en el comportamiento real del Estado, ya que los tribunales arbitrales, al no tener una definición única en el derecho internacional consuetudinario deben basarse en sus observaciones, los hechos y jurisprudencia arbitral. (Schill)

No obstante, existen al menos cinco criterios los cuales un país no debe violar en aras de mantener un trato justo y equitativo de acuerdo con la secuencia que existe entre el derecho internacional consuetudinario y la jurisprudencia arbitral, estos criterios son:

- “La Buena fe.
- Seguridad completa y protección
- La no coerción, no acoso o persecución.
- No discriminación ni arbitrariedad
- Transparencia en las decisiones y estabilidad
- Protección a la expectativa legítima del inversionista”.
(Islam)

Por razones de tiempo y extensión, no pasaremos a explicar, cada uno de los puntos, pero invito al lector a leer sobre los mismos. Como estándar mínimo podemos decir que estos criterios deben ser seguidos por el Estado receptor de una inversión bajo un tratado TBI, así como también sus autoridades internas a nivel nacional o regional, no obstante, el cómo se viola uno de estos criterios es una cuestión que debe ser analizada sobre la base de cada caso y no de manera general, cuando así sea demandado ante un tribunal internacional o interno. Tras esto

podemos afirmar que la carencia de una legislación panameña sobre los TBI en Panamá demuestra que cuan poco preparados estamos en la materia, siendo nuestro único punto a favor el ser el país más estable para las inversiones.

PROTECCIÓN COMPLETA Y SEGURIDAD

Al hablar del estándar de protección y seguridad, debemos primero entender que como tal este tiene su fuente en el derecho internacional consuetudinario, no obstante, su estandarización y consolidación ocurre a través de fallos de tribunales internacionales de arbitraje, relativos a la inversión. Bajo esa premisa, el principio se origina en la obligación que tienen los estados de brindar o garantizar la protección de los nacionales y los extranjeros dentro de su territorio, así como de sus posesiones, derechos y bienes. En cuanto a la jurisprudencia esta ha sido consistente desde el fallo del CIADI, en el caso *Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) v. Sri Lanka* (1990), este caso se basó

Al hablar del estándar de protección y seguridad, debemos primero entender que como tal este tiene su fuente en el derecho internacional consuetudinario.



en el conflicto armado cuando una facción insurgente en Sri Lanka se enfrenta a efectivos militares del gobierno, y queda en el medio una empresa pesquera y procesadora de mariscos. Al ser indeterminado en el choque de fuerzas cuál facción fue responsable del daño a la empresa y sus bienes, el tribunal termina determinando que independiente de qué grupo (gubernamental o no), es responsabilidad del estado el garantizar la protección general de los inversores y sus bienes (Malik). Desde aquel entonces es común encontrar casos relativos al principio de protección que deben otorgar los Estados a los inversores.

La forma en que los Estados deben de brindar esta protección completa o seguridad, o al menos hasta dónde es la extensión o cuál es el máximo que se puede considerar responsable de brindarlo, depende en gran medida de la situación en concreto y las medidas provisionales que el Estado puede tomar razonablemente para garantizar la seguridad del inversor y sus bienes (Schreuer). Es decir, la respuesta está ligada a los recursos

del Estado y la previsibilidad razonable de los hechos. Llámese conflictos sociales, violencia popular (CIADI)³ o conflicto armado, es deber del Estado el tomar medidas razonables, efectivas y preventivas para minimizar o eliminar el daño.

Este estándar está tomando un nuevo auge recientemente, debido a que pareciera haber un florecimiento en los movimientos sociales internacionales, ejemplos los encontramos en: la primavera árabe de 2010-2012, nuevos conflictos de medio oriente y la invasión rusa de la región de Crimea en Ucrania. Dando como resultado la revaluación del estándar general de este derecho y sus limitantes al verse los países en conflictos sociales o revoluciones, o invasiones, limitados y superados en su capacidad de respuesta o medidas de contingencia razonables. Por ello es que todavía está en constante desarrollo.

³ Saluka v. Czech Republic. El tribunal arbitral sustenta en caso de protestas sociales violentas, el Estado debe cumplir con el estándar de protección completa y seguridad, más certeramente ser garante de la integridad física de la inversión y su espacio.

EXPROPIACIÓN Y COMPENSACIÓN COMPLETA

La no expropiación, como principio dentro de los TBI, así como del derecho internacional de inversiones, tiene su origen en los actos de poder con jurisdicción que los Estados toman. Aunque muchos piensan que su origen tiene que ver con los movimientos socialistas o comunistas del siglo XX, tal pensamiento es cuando menos falto de estudio. Las expropiaciones tienen un origen realmente antiquísimo, en los tiempos antiguos esta consistía en los actos por los cuales los gobernantes tomaban control de ciertos bienes, derecho o posesiones de las personas por sus intereses particulares o generales. En tiempos de la edad media y la ilustración esto evolucionó a la toma de poder de bienes o territorio, cuando el Estado lo requiriera para el bien común, en caso de guerra se tomaban posesiones tales como armas, barcos, tierras, hogares y demás patrimonio considerado útil para el fin. En la edad moderna y contemporánea, con el surgi-

miento de la seguridad social, los derechos sociales y económicos y constituciones, surge entonces el concepto de expropiación por el bien común, es decir, la toma de posesiones de parte del Estado de los bienes, servicios o recursos, con el fin ulterior de socializarlos para que sirvan a la colectividad de la mejor manera.

Es imperativo el definir apropiadamente la expropiación y explicar su diferencia de la nacionalización, puesto que se tiende a confundir ambas figuras como iguales. El acto de expropiación consiste en una medida particular mediante la cual el Estado por medio de un acto administrativo, retira el derecho de propiedad de un individuo por medio del cual pierde este los derechos de propiedad, uso, goce y disfrute del bien o patrimonio expropiado, de tal suerte que ahora el Estado determinará la forma en la cual se aprovechará el o los bienes adquiridos. Se separa o diferencia irremediabilmente de la nacionalización como bien apunta (Katsarov) que mientras la expropiación recae sobre los bienes o derechos

específicos de un individuo o grupo, la nacionalización es un acto que recae sobre una generalidad de bienes, recursos o sectores a una amplia escala, indeterminadamente del derecho de propiedad única de ellos. Tal es la suerte, que es común leer o escuchar en las noticias internacionales que se habla de actos gubernamentales históricos en donde se nacionalizaron los recursos o sectores, pero se expropiaban las empresas a los individuos o grupos.

Desde la perspectiva del derecho internacional de inversiones y de los tratados bilaterales de inversión, la expropiación tiene una clasificación general y una estándar. La clasificación se basa en el binomio de expropiación directa o expropiación indirecta. Se considera la expropiación directa cuando es mediante un acto formal administrativo legal por medio del cual se toma control del recurso, bien o sector expropiado. Mientras que la expropiación indirecta, es la subsecuente ejecución de actos administrativos y legales, sobre los cuales se priva o limita al tenedor o inversor de

sus bienes o derechos, sin que este pueda hacer uso de ellos o se le limite, pero no se expropia de manera formal (Fortier y Drymer). Respecto al estándar internacional sobre la responsabilidad de expropiar, este se origina del caso de las expropiaciones de petróleo mexicanas y la regla de Hull. En este caso el gobierno mexicano de Lozano Cárdenas, como preventiva a un conflicto social llevó a la nacionalización del sector petrolero mexicano y a la expropiación de los bienes de la "Eagle Petroleum Company", empresa con capital americano y de la empresa Royal Dutch. El gobierno americano decidió enviar al senador y abogado Cordell Hull, el cual entabló conversaciones con el gobierno mexicano e intercambió cartas donde establecía que la posición oficial del gobierno americano, era que si bien no se podía impedir la expropiación o nacionalización cuando un gobierno lo estime conveniente, estos deben cuando menos garantizar una "pronta, efectiva y adecuada compensación sobre el valor de lo expropiado como de-

recho de los inversores.” (White-man-Hackworth)

Es desde este momento cuando surge el estándar internacional de cómo debe darse una compensación, conocido históricamente como la “regla de Hull”. Si analizamos el tratado bilateral de inversiones entre la República de Panamá y el Reino de Qatar encontraremos que en su articulado se establece un estándar similar:

Artículo 5

EXPROPIACIÓN Y COMPENSACIÓN

1. Ninguna de las Partes podrá expropiar o nacionalizar una inversión, ya sea directa o indirectamente, mediante medidas equivalentes a una expropiación o nacionalización, excepto:

- Para fines públicos;
- En forma no discriminatoria;
- Mediante el pago de una oportuna, adecuada, y efectiva compensación;
- De acuerdo al debido proceso legal. (Ley 55 de 29 de septiembre de 2010)

Del tratado anterior podemos observar que la regla de Hull sigue vigente, y que garantiza un mínimo de requisitos y condiciones para que se lleve a cabo de manera legítima y adecuada una expropiación de una inversión internacional. En concordancia con lo anterior se puede inferir que las expropiaciones deben ser legales bajo los principios nacionales e internacionales, y no solo una medida política, y que estas deben producirse en atención a los factores relativos al bien expropiado.

Nuevamente por motivos de extensión, no pasaremos a explicar detalladamente el procedimiento de expropiación y todas las circunstancias que deben tomarse en cuenta para poder producir una oportuna, adecuada y efectiva compensación, no obstante, es importante señalar, que Panamá posee una legislación enfocada principalmente a la expropiación de bienes muebles e inmuebles, pero no sobre derechos, productos o servicios. Panamá suele optar por la vía de compra o readquisición de bienes o

derechos, como mecanismo para cubrir esta falencia legal, como la que se lleva a cabo en 2020 para la adquisición de las acciones de AES Panamá sobre la concesión hidroeléctrica de Bayano través de la ACP.

CLÁUSULA COMPROMISORIA O “UMBRELLA CLAUSE”

Como una extensión a los principios y garantías que los Estados deben brindar a los inversores, y al principio legal universal de la buena fe contractual, surgió la garantía conocida como cláusula paraguas o “Umbrella Clause”, como principio del derecho internacional de inversiones, la cláusula paraguas se basa en la obligación que tienen los Estados de honrar y cumplir los acuerdos, contratos y compromisos que el Estado ha firmado con un nacional o la sociedad con capital de la parte recíproca de un TBI título individual, dicho de otra forma todo compromiso que no esté intrínsecamente concebido o desarrollado en un TBI, queda protegido por el tratado de suerte tal que negar-

Se usa el término paraguas como analogía al impermeabilizar las obligaciones a las cuales el Estado se adhiere con los particulares.



lo o eliminarlo resultaría en una violación contractual y del tratado.

Esta cláusula es especialmente útil para evitar que los cambios de gobiernos o vaivenes políticos a los cuales un país está expuesto puedan terminar en una violación contractual o incumplimiento doloso del contrato entre el inversionista y el Estado. Por ello se usa el término *paraguas* como analogía al impermeabilizar las obligaciones a las cuales el Estado se adhiere con los particulares. Este principio tiene su origen en la propuesta de convención abs sobre “La protección mutua de los derechos de propiedad privada en los países extranjero” y, subsecuentemente, apareció en otros tratados como el tratado bilateral de inversiones entre Alemania y Pakistán de 1959 (Yannaca-Small), y, subsecuentemente, es encontrado en la mayoría de los tratados bilaterales de inversión en el mundo. Por otra parte los casos ante tribunales de arbitraje internacional tuvieron un despunte en cuanto al número de ellos llevados bajo esta cláusula después de caso SGS v Filipinas, en donde

una empresa de seguridad suiza elevó la demanda a un tribunal de arbitraje del CIADI, el tribunal encontró que si bien el contrato establecía que los procesos debían llevarse ante las cortes filipinas, el TBI entre Suiza y Filipinas disponía de la opción de optar por esta jurisdicción de inversiones cuando sucedieran actos violatorios al contrato, y se encontraba cubierto por el tratado aunque el contrato en sí no hiciera alusión al tratado (Sinclair).

Desde entonces, subsecuentemente, podemos encontrar fallos que citan la cláusula paraguas como una forma de garantizar protección a los inversionistas bajo los TBI utilizando este derecho. Es importante señalar que las obligaciones contractuales no implican limitantes a las protecciones u obligaciones del Estado en cuanto al orden público y bien común, ya que estos son deberes del Estado y los gobiernos, y no pueden ser objeto de procesos arbitrales, salvo cuando estos se usen como excusa para evadir las obligaciones contractuales.

MÉTODOS ALTERNOS Y ARBITRAJE

Los métodos alternos de resolución de conflictos a nivel internacional han sido ampliamente estudiados y desarrollados desde el siglo pasado, y tuvieron una explosión en las épocas posterior al fin de la guerra fría, a la consolidación de las economías globalizadas y al consenso de Washington. En el derecho internacional de inversiones y por antonomasia en los TBI, es común la inclusión de los métodos alternos de resolución de conflictos como herramientas para solventar conflictos entre Estados e inversores internacionales con respecto a la inversión y movimiento de capitales. El uso de los métodos alternos como mecanismo de resolución para conflictos internacionales de inversión ha tenido muchas voces de aliento, así como detractores. Algunos lo ven como una forma de evitar la jurisdicción interna de los países, las leyes nacionales y el orden público anteponiendo el interés económico y comercial por encima del bienestar común, mientras

que otros lo aplauden como una forma de resolver controversias en un ambiente neutral que evite favorecer a los países de un sistema jurídico o actos abusivos estatales contra los no nacionales. Adicionalmente, el sistema se ha vuelto sumamente costoso para Estados y particulares, ya que ambas partes deben incurrir en la contratación de firmas legales de alta envergadura y elevados costes para poder acudir a las instancias internacionales, por casos que suelen costar millones de dólares, generando pérdidas a las empresas o erosionando los fondos públicos de algunos países pobres o con reservas insuficientes (UNCTAD).

En los tratados bilaterales de inversión se suele incluir estos mecanismos en las últimas partes de los tratados, primero como búsqueda de una salida del conflicto mediante un método no combatiivo; negociación, conciliación y mediación y de no lograrse, una solución en un periodo prudencial se pasa al segundo método alternativo que suele denominarse arbitraje de inversión. En la mayoría de los contratos de Estado es

común encontrar métodos de mediación, negociación o conciliación, cuando surja una discrepancia entre el inversor y el Estado, no obstante, no es el caso para los tratados bilaterales ya que ellos cubren esto en la medida de dar un tiempo “prudencial” o breve para resolver las discrepancias.

Ahora bien, respecto a que método usar, no existe un consenso general en el derecho internacional de inversiones ya que cada caso presenta sus particularidades y hechos, algunos por su naturaleza implican servicios de producción, obras civiles y otros aprovisionamientos al Estado (UNCTAD). Por tanto, no se puede hablar de un método único o forma para resolver. Por ello los tribunales arbitrales de diversas instituciones aplican el criterio de tiempo por encima del método de resolución antes de poder aceptar jurisdicción, esto entonces se vuelve un asunto de periodo óptimo de acercamiento o estándar de cumplimiento, salvo claro una disposición contractual que obligue a un método alternativo específico. La forma y el periodo temporal

deben demostrarse ante los tribunales arbitrales en fase de evaluación de jurisdicción, pudieron así las partes debatir si un tribunal tiene la jurisdicción como si se aplicara un criterio de oportunidad. El estándar para demostrar que se cumplió con una fase previa antes del arbitraje es el acercamiento o comunicación que tiene la empresa invitando a negociar, o el acuerdo y reuniones efectuadas para tal fin. En los tratados bilaterales de inversión suelen inscribirse periodos de 6 meses para negociar o utilizar otro método que permita la resolución de conflictos.

El caso arbitral de *AMT vs. Zaire*, con base al TBI de Estados Unidos y Zaire, estimaba que la empresa buscó acercamientos con el gobierno por varios meses para solucionar su desacuerdo, al no lograrlo cumplió con intentar buscar una solución, otro ejemplo es el caso *Azurix vs. Argentina*, en donde la empresa trató de negociar en una mesa de trabajo por 6 meses un acuerdo del conflicto, pero al ser infructuoso, elevaron la causa a un tribunal arbitral. Este determinó que al haber pasado el periodo de

seis meses cumplió lo estipulado en el TBI entre Estados Unidos y Argentina, por tanto, era legítimo el iniciar el proceso arbitral (Schreur).

El siguiente paso después de agotado el periodo de tiempo estipulado para la resolución amistosa, o bien el método alternativo utilizado es el procedimiento arbitral, este tiene la particularidad de denominarse arbitraje de inversiones en tanto el elemento principal en disputa son las afectaciones, daños y perjuicios a una inversión y al inversionista, siempre que estos logren clasificarse dentro de la terminología presente en un TBI. Los procedimientos arbitrales de inversión pueden realizarse por un procedimiento "Ad-Hoc" o a través de una institución particular. Los arbitrajes ad-hoc son procesos donde las reglas pueden acordarse mediante las partes o seguir procedimientos de otras instituciones. Un estándar común en muchos TBI era la utilización de las reglas de arbitraje del CNUDMI⁴. También

Los arbitrajes ad-hoc son procesos donde las reglas pueden acordarse mediante las partes o seguir procedimientos de otras instituciones.



⁴ Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

el disponer de que fuera el presidente de la Corte Internacional de Justicia, el que nombrara un árbitro o presidente de tribunal arbitral, la otra opción disponible en los TBI era elevar la disputa al tribunal arbitral del CIADI en Washington, esta opción es la más utilizada por los inversionistas internacionales como una opción viable a su aspiración de resolver el conflicto internacional.

Con posterioridad a la crisis de deuda y bonos de Argentina de 1999-2001, se vio un aumento en la cantidad de casos de arbitraje internacional de inversiones, que se ha mantenido constante en los últimos veinte años, al mismo tiempo ocurrió un cambio sustancial en la formación de leyes modelos de los países para la aplicación de TBI, Canadá, Alemania, China, Qatar, México y Estados Unidos desarrollaron o alteraron sus propias leyes modelo de TBI, en donde incluían la facilidad de procedimientos arbitrales o solución de conflictos, más institucionales. Entre las instituciones que tomaron el liderazgo o casos en materia arbitral internacional po-

demostramos destacar; La Corte de Arbitraje de la Haya, La Cámara de Comercio Internacional (París), El Centro de Solución de conflictos de la Cámara de Comercio de Estocolmo, aunque la institución por excelencia en manejo de arbitraje de inversiones sigue siendo en la actualidad el CIADI, debido al tratado sobre la solución de los conflictos de inversión de 1965⁵.

Este sistema de resolución de conflictos enfrenta ciertas críticas de autores, economistas y ONG's internacionales debido a que se cuestiona la legitimidad e imparcialidad, de una institución privada donde se pueda ir a llevar causas de carácter transnacional, al mismo tiempo se habla de las consecuencias que han resultado de la aplicación del arbitraje de inversión como un ejercicio del derecho de manera privada y ejercido exclusivamente por inversores privados, raramente por estructuras estatales o públicas.

Entre las consecuencias recogidas como resultado del arbitra-

je de inversiones, podemos mencionar:

- Transforma la forma de resolver las disputas de inversión, de un proceso diádico basado en negociación, en donde los poderes de las partes y los Estados son cruciales a un proceso de triada unilateral.
- El arbitraje inversor-estado, disocia el problema del inversor de entrar en conflicto con los intereses de su propio estado.
- El control del Estado concerniente a remitir sus conflictos de inversión, se reduce a un único mero acto de consentimiento a través de un tratado de inversión, permitiendo así que los tribunales de arbitraje de inversión puedan teóricamente ejercer su jurisdicción sobre un infinito número de casos de futuras disputas en la materia.
- La mayoría de los tratados de inversión obligan ahora a disponer de un mecanismo de utilizar los remedios locales. Pero los tratados de inversión permiten que se sobrepase la jurisdicción nacional, al poder remitir

5 Ratificado por más de 150 países.



Foto de Fondo creada por snowing-www.freepik.es

la jurisdicción de un conflicto a un ente internacional, eliminando así la posibilidad de que la justicia local pueda remediar internamente los actos ilegales, y haciendo que el derecho internacional privado entre a reglamentar directamente sobre los conflictos de inversión.

- Finalmente, los laudos como resultado de un arbitraje de inversiones permiten al inversor el ser indemnizado por los daños financieros ocasionados, resultantes por la violación del Estado recipiente del tratado de las inversiones, esto obliga a los Estados a internalizar los costos por haber violado el TBI correspondiente (S. Schill).

Estos son los principios, obligaciones o garantías que se encuentran dentro de los TBI sin perjuicio de las variaciones o formas que pueda agregar cada país a su propio modelo de tratado, de acuerdo con sus intereses nacionales, principios de ley y principios económicos.

Lo cierto es que usualmente cuando se firma un BIT existe un

país de procedencia de las inversiones y un país receptor de las inversiones, este último suele ser el país que se encuentra en mayor desventaja toda vez que su objetivo al comprometerse a cumplir las garantías del tratado pueden representar riesgos económicos para el Estado. Los tratados de inversión bilateral proliferaron en los primeros años de la década de los 90 y se consolidaron en la primera década del siglo XXI, debido a que se mostraron como una herramienta eficaz para garantizar la seguridad jurídica de las inversiones en un mundo cuyo objetivo era la liberalización económica, el libre movimiento del capitales financieros y en donde una gran cantidad de países aspiraba a ser receptor de los capitales transnacionales con la esperanza de mejorar su economía.

En realidad, esto terminó siendo una verdad a medias. Los tratados de inversión bilateral no son los causantes de un aumento generalizado de la inversión extranjera directa en los países que buscan ser receptores de capital extranjero. Un tratado de inver-

sión bilateral salvo que venga acompañado de otras fórmulas a saber; leyes, condiciones o mecanismos de inversión que permitan convencer a los inversionistas extranjeros de que un país "x" es el lugar más rentable para su inversión, no es más que un mecanismo de seguridad que ofrecen los países a los grandes capitales para proteger jurídica y financieramente su inversión.

LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN EN LA REPÚBLICA DE PANAMÁ

De acuerdo con el sistema de información económica de la Organización de Estados Americanos, Panamá cuenta en este momento con al menos 23 BITS en vigencia, con países como; Estados Unidos, Italia, Francia, Colombia y España. Recientemente la Sacyr, que formaba parte de Grupos Unidos por el Canal o GUPC y que se ha visto enfrascada en una guerra de procesos y demandas arbitrales contra el Canal y contra el Estado, decidió bajo su propio riesgo el recurrir al artículo XII del tratado de

inversión bilateral entre el Reino de España y Panamá, el cual otorga el derecho de iniciar procedimientos arbitrales, bien ante el CNUDMI o ante el CIADI en Washington D.C, desencantándose por la primera opción, bajo el argumento de que Panamá no había respetado el tratado de inversión bilateral, ni sus obligaciones concernientes, ni tampoco respetado las inversiones efectuadas por la empresa en territorio nacional.

Dejando de lado cualquier evaluación sobre la legitimidad o validez de la demanda efectuada por la empresa Sacyr, lo cierto es que la misma es el resultado de una política nacional laxa en materia de tratados bilaterales de inversión. Panamá es una economía de servicios, que recibe más de cinco mil millones al año en inversión extranjera directa, y con un producto interno bruto de casi setenta mil millones, no obstante, no tiene un sector industrial fuerte, una gran tasa de ahorro, ni grandes empresas nacionales invirtiendo en el exterior de manera constante y fuerte. Pero debido a la naturaleza de su economía y al ser la nación

líder en inversiones extranjeras en Centroamérica, parece un oxímoron que Panamá no cuente con su propia ley modelo de BIT.

Una ley modelo de BIT, es un tratado de inversión bilateral que un país diseña de tal forma que al negociar el tratado de inversión bilateral con otro país lo hará tomando como base su propia normativa diseñada para proteger sus propios intereses, su seguridad jurídica y financiera, así como también los intereses de sus nacionales en el exterior. Alemania, China, Estados Unidos, Sudáfrica, Chile y Canadá, aunque economías distantes a Panamá poseen propias leyes de modelos de TBI, diseñadas para proteger sus propios intereses. Nuestro país que se encuentra negociando con China, Rusia y Japón distintos acuerdos o tratados comerciales y que proyecta recibir grandes inversiones del exterior en el próximo quinquenio como un pilar de la economía y su crecimiento pone en riesgo su seguridad jurídica y económica al facilitar mecanismos de protección a las inversiones extranjeras, sin contar

Alemania, China, Estados Unidos, Sudáfrica, Chile y Canadá, aunque economías distantes a Panamá poseen propias leyes de modelos de TBI, diseñadas para proteger sus propios intereses.



con una ley modelo, que contenga reglas claras sobre el juego de las inversiones internacionales, límites como los que impuso Canadá a las cláusulas paraguas, se encuentra a merced de las imposiciones que procedan de otro país cuando pase a negociar un TBI o un tratado de libre comercio, por tanto es imperativo que con la mayor premura posible los órganos ejecutivo y legislativo trabajen en armónica colaboración para elaborar un proyecto ley que pueda permitirnos estar preparados para negociar un TBI que proteja nuestros intereses, que permita uniformar los principios legales en la materia, que imponga limitantes claras y que sea cónsono con la realidad económica y jurídica de Panamá. De lo contrario nos seguiremos viendo a merced de costosos procedimientos internacionales y la constante incertidumbre en la materia.

La problemática principal para nuestro país es que al tener tantos tratados bilaterales basados en reglas y épocas diferentes, hace difícil que Panamá pueda tener un único camino o estrategia en

la materia, ya que los principios de los países para temas de inversión no operan bajo los mismos criterios o seguridad, aunado a esta carencia, la falta de una oficina de profesionales expertos en la materia que estén legalmente autorizados para atender las demandas o conflictos de inversión ante tribunales, se constituye como una debilidad jurídica del país, que resulta engorrosa en aspecto de costos y no permiten tener un criterio de independencia en nuestra defensa internacional ya que se tiene que tercerizar este servicio a profesionales en el exterior. Faltando así a la Constitución, a la ley y al deber moral de las autoridades con el pueblo panameño.

BIBLIOGRAFÍA

Ley 73 de 28 de octubre de 2010. http://www.sice.oas.org/Investment/BITSbyCountry/BITS/PAN_BLUE_s.pdf. s.f.

AMT vs. Zaire. s.f.

Azurix vs. Argentina. s.f.

CIADI. «Saluka v. Czech Republic.» 2006. <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0740.pdf>.

Dolzer, R. y C. Schreuer. *Principles of International Investment Law*. Londres: OUP Exford, 2012.

—. *Principles of International, Investment Law*. New York: Oxford University Press, 2008.

Fortier, Y. y S. Drymer. «Indirect Expropriation in the Law of International Investment: I Know when I see it or caveat investor.» *ICSID Review: Foreign Investment Journal*, 2004. 293-328.

Islam, R. «Fair and Equitable Treatment (FET) Standard in Arbitral Practice: Sustainable Development Context.» *Bangladesh Journal of Law*, 2016. 25-27.

Katsarov, Konstantin. *La teoría de la nacionalización (el Estado y la propiedad)*. Bulgaria: Universidad de Sofía. Traducido por el Instituto de Derecho Comparado, Unam, México, 1960.

Ley 55 de 29 de septiembre de 2010. «Artículo 5». —. http://www.sice.oas.org/Investment/BITS/PAN_QAT_s.pdf.

Malik, M. *The Full Protection and Security Standard Comes of Age: Yet Another Challenge For States in Investment Treaty Arbitration*. The International Institute for Sustainable Development, 2011.

Rodríguez y Joubin-Bret. *Most-Favourednation Treatment*. Ginebra: UNCTAD, 2010.

Rojas, G. *The Bilateral Investment Treaty between the Republic of Panama and the Federal Republic of Germany*. Berlín: Humboldt Universität zu Berlin, 2018.

Schill, S. *The Multilateralization of International Investment Law*. Londres: Cambridge University Press, 2009.

Schill, Stephan. «System- Building in Investment Treaty Arbitration and Lawmaking.» *German Law Journal* Vol. 12. No. 5 (2011): 1083- 1110.

Schreuer, C. «Full Protection and Security, Journal of International Dispute Settlement». 2010. 1-17.

Schreuer, Christoph. «Travelling the Bit Route of waiting periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road». *The Journal of World Investment and Trade* Vol. 5. No. 2 (2004).

Sinclair, Anthony C. «The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection». *Arbitration International*. Cuarta edición. Vol. Vol. 20. Oxford, 2004. 411-434. <<https://doi.org/10.1093/arbitration/20.4.411>>.

UNCTAD. *Investor-State Disputes Arising From Investment Treaties: A Review*. Nueva York: United Nations, 2005.

—. «National Treatment UNCTAD/ITE/IIT/11 (Vol.IV).» 1999. <https://unctad.org/en/Docs/psiteiitd11v4.en.pdf>.

Whiteman-Hackworth. «Digest on International Law.» 1940. 657.

Yannaca- Small, K. «OECD Working Paper on International Investment.» 1 de octubre de 2006. *Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements*. Ed. OECD Publishing. <<http://dx.doi.org/10.1787/415453814578>>.



Foto de Negocios creado por yanalya-www.freepik.es

Reemplazo por faltas del Presidente en la Constitución de Panamá: Problemas y propuestas

LUIS ANTONIO PEREIRA SÁNCHEZ*



* Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Latina de Panamá, Licenciado en Economía y Especialización en Estadística por la Facultad de Economía de la Universidad de Panamá. Profesor Asistente de la Facultad de Economía de la Universidad de Panamá. Ha publicado artículos y monografías de Derecho Público en el Centro de Investigación Jurídica de la Universidad de Panamá, en la *Revista Iustitia et Pulchritudo* de la USMA y la *Revista Lex* (disponibles en: <https://independent.academia.edu/LuisPereira57>).

SUMARIO

El artículo hace un examen de la regulación de las faltas temporales y absolutas del Presidente de la República en la Constitución de Panamá y el reemplazo que ejerce el Vicepresidente en estos casos. Se verifica la existencia de vacíos e inconvenientes en la regulación actual, así como en la naturaleza jurídica del Vicepresidente. Teniendo estos elementos en cuenta, se concluye considerando casos de derecho comparado para sugerir algunas propuestas de aspectos relevantes a tratar en una futura reforma o proceso constituyente, que garanticen la estabilidad y continuidad en el traspaso del ejercicio de la Presidencia.

Palabras claves: Falta absoluta, vacancia, Vicepresidente, Órgano Ejecutivo, Constitución.

INTRODUCCIÓN

El reemplazo del Presidente ha sido un tema de recurrente polémica en América Latina, lo que se ha reflejado en numerosos cambios constitucionales respecto de la elección de un Vicepresidente u otras alternativas para cubrir las faltas temporales y absolutas del titular del Ejecutivo. En el presente siglo, la región ha experimentado numerosos casos de accidentadas sucesiones presidenciales (Marsteintredet)¹.

Incluso, el tema ha suscitado algún interés ante la situación de pandemia experimentada a nivel mundial durante el año 2020 y

donde varios jefes de gobierno se han contagiado de coronavirus, dejando en vilo el ejercicio del cargo y, por tanto, las decisiones del país en un momento tan delicado².

Sin embargo, se observa que el tema de la sucesión presidencial y, sobre todo, el papel del Vicepresidente ha recibido un tratamiento escaso desde la investigación académica (Bidegain). Al menos parcialmente, este vacío parecer obedecer a un prejuicio existente que parece entender que el sólo hecho de discutir el tema supone una descortesía política o una sospecha de enfermedad o incapacidad para gobernar del Pre-

sidente de turno (Melgar Adalid 347-348, 368) (Antinori Bolaños).

Por el contrario, lo lógico es que siendo el Presidente de la República el titular del Órgano Ejecutivo, máxima autoridad administrativa, las reglas de suplencia del cargo se planteen con claridad, de forma tal que garanticen la estabilidad del gobierno y el cumplimiento del mandato democrático, lo cual es especialmente cierto en caso de falta absoluta, al requerirse su reemplazo. La falta absoluta está contemplada en la Constitución de Panamá en el artículo 189. Sin embargo, tomando en cuenta experiencias recientes y del derecho comparado se observa que la regulación de este caso sufre de ciertas carencias que resultan problemáticas llegado el momento de su aplicación³.

En un extremo, la Constitución de Panamá no especifica qué supuestos o circunstancias se tienen que dar para que se considere una falta como absoluta, en contraposición a una temporal. Tampoco se precisa si existen diferencias en cuanto a las competencias que tiene la persona que lo reem-

1 Solo por mencionar algunas, comenzando en Argentina con la renuncia del Presidente De la Rúa a finales de 2001 en medio de una profunda crisis económica, sucedido por dos Presidentes antes de una nueva elección; en Venezuela con la muerte de Hugo Chávez en 2013, al poco tiempo de la elección presidencial y el inicio del nuevo mandato y, más recientemente, en Perú, con la renuncia del Presidente Kuczynski en 2018 tras un segundo intento de declaración de vacancia por parte del Congreso de ese país, siendo sucedido por tres Presidentes hasta el año 2020, uno de ellos, su Vicepresidente Vizcarra, cuyo cargo fue declarado vacante por el Congreso tras el segundo intento. Además, la segunda Vicepresidenta Aráoz presentó su renuncia.

2 Abramson y Elliot (3 de octubre de 2020), "With Donald Trump Hospitalized With COVID-19, Mike Pence Steps Into the Spotlight". *Time*. Arciniegas y Garzón (17 de diciembre de 2020), "El presidente francés Emmanuel Macron contrajo el coronavirus". *France24*.

3 En este sentido, la situación constitucional de Panamá guarda algún paralelo con la Constitución de Estados Unidos la cual, pese a que contenía desde su promulgación una norma al respecto (artículo II, sección 1a, Cláusula 6ª), ha sufrido tres enmiendas distintas (XIIa en 1804, XXa en 1933 y XXVa en 1967) para aclarar su contenido, dictándose mismo número de leyes al respecto (1792, 1886 y 1947), pese a lo cual sigue manteniendo algunas lagunas sin resolver (Ríos Santos) (Melgar Adalid 383).

plaza en uno u otro caso, siendo el Vicepresidente el primer llamado a tal propósito. Además, la Constitución no precisa que autoridad está encargada de declarar dicha falta para producir el efecto de reemplazo correspondiente. Incluso, parte de estos problemas parecen obedecer a la falta de definición de la naturaleza jurídica del Vicepresidente en la Constitución de Panamá.

Dada la importancia de estas normas, lo conveniente sería que las mismas se desarrollen con el mayor grado de detalle posible, especialmente en el caso de Panamá, donde no existe ninguna norma especial de inferior jerarquía que complementa este contenido, a fin de evitar cualquier tipo de incertidumbre.

DEFINICIÓN DEL CONCEPTO DE FALTA Y SUS CLASES

Para efectos del presente trabajo, se entiende el concepto de falta como la ausencia física del funcionario en el ejercicio de su cargo⁴, por lo que se distingue del concepto de incapacidad —donde el

problema no es la presencia física del funcionario, sino de la ausencia de aptitud para desempeñar el cargo⁵ (por razones de enfermedad, por ejemplo)—, así como de la suspensión en el ejercicio del cargo, la destitución o condena en el contexto de una exigencia de responsabilidad (política o jurídica). Aun cuando es costumbre tratar estos conceptos en forma conjunta en atención a la identidad de las consecuencias de estos hechos, por motivos de unidad y extensión, el objeto de este análisis se limitará al primero de ellos.

Es de llamar la atención que la Constitución en Panamá no contempla la incapacidad en sí como motivo de pérdida del cargo, como sí ocurre en otros países como Estados Unidos, Colombia (art. 194) y Perú (art. 113, numeral 2).

Dicho esto, se puede decir que en Panamá la falta temporal se

asocia con una ausencia voluntaria del funcionario. Así se desprende del artículo 187 y 188 de la Constitución, que son los que anteceden al tratamiento de la falta absoluta. El primero relacionado a la solicitud de licencia del cargo y el segundo, la salida del territorio nacional, sin solicitud de licencia⁶.

Sobre el caso de la licencia, es de llamar la atención que la norma constitucional no indica los motivos de la licencia, a diferencia de la regulación general en materia administrativa, donde esta sólo es posible ante un número de supuestos taxativamente fijados en la Ley (arts. 86 a 90 del Texto Único de 2018). De otra parte, también resalta el hecho de que en ninguno de los dos casos la norma constitucional fija un período máximo de duración de la falta temporal, situación anómala

4 En sentido concurrente, la definición de *ausencia justificada* contenida en el numeral 9 del artículo 2 del Texto Único de 2018 de la *Ley de Carrera Administrativa*.

5 De hecho, esta diferencia queda claro en el caso de la peculiar "incapacidad moral" en la Constitución peruana aplicada a Kuczynski y Vizcarra, porque obviamente los funcionarios estaban físicamente disponibles, lo que se disputaba era la ausencia de aptitud para seguir ocupando el cargo.

6 La caracterización de licencia como falta temporal es todavía más clara en el artículo 813 del Código Administrativo que señala: "*Toda licencia da lugar a una falta temporal que se llena con el respectivo suplente...*".

que no sólo pone en cuestión su propia naturaleza, sino que dificulta plantear con claridad una demarcación de la falta absoluta⁷.

Aunque en ambos casos, la constitución señala que el Presidente de la República será reemplazado por el Vicepresidente o, en su defecto, un Ministro de Estado con el título de “Encargado de la Presidencia de la República”, es importante recalcar que esto ocurre en todos los casos de falta temporal, salvo en el caso que el Presidente se ausente hasta un máximo de 10 días, donde no requiere autorización para tal salida, ni es reemplazado por otro funcionario. Es decir, la falta tem-

poral no es causa indefectible de reemplazo del Presidente⁸.

Esta situación es la que lleva a la cuestión del segundo punto (examinado más adelante), sobre cuál es el alcance de las funciones del “Encargado de la Presidencia de la República” en contraposición al caso de falta absoluta.

Respecto de las faltas absolutas, la constitución brinda menos indicios de los casos concretos (Gamboa Montejano y Valdés Robledo 28)⁹. Una de las pocas menciones respecto de supuestos bajo este concepto en la Constitución de Panamá es la renuncia en el numeral 2 del artículo 161. En este caso, la Asamblea es la com-

La constitución señala que el Presidente de la República será reemplazado por el Vicepresidente o, en su defecto, un Ministro de Estado con el título de “Encargado de la Presidencia de la República”.



7 En este sentido, es de llamar la atención que el artículo 807 del Código Administrativo fija un máximo de seis meses a las licencias para el Presidente y Vicepresidente de la República. Sin embargo, al tratarse de una norma preconstitucional, la posición mayoritaria sería de una derogación tácita de este precepto dado que la Constitución nada señala al respecto. Aunque la jurisprudencia constitucional ha reconocido la aplicación supletoria del Código Administrativo a la regulación del régimen de los funcionarios de elección popular establecidos en la Constitución, como la sentencia de 10 de mayo de 2017 que se comenta más adelante, esta fue la línea de razonamiento del Pleno de la Corte para declarar inconstitucional algunos artículos del Código Civil que contenían normas sobre nacionalidad y extranjería que eran divergentes con la regulación de la constitución vigente, en la sentencia de 29 de marzo de 2007 con ponencia del Magistrado José Troyano.

8 En este sentido, pese a que la regla general establecida en el artículo 813 del Código Administrativo es que: “toda licencia da lugar a una falta temporal que se llena con el respectivo suplente...” y además, el artículo siguiente 814 reafirma que “el empleado a quien se concede una licencia no puede separarse de su puesto hasta que no se posesione el que deba reemplazarlo”, este mismo artículo indica en su parte final: “Exceptúase el caso en que no sea preciso llenar la falta.”, reconociendo la conclusión antes señalada.

9 De hecho, las autoras, en un análisis de derecho comparado, plantean que la Constitución de Panamá no señala los casos de faltas definitivas o absolutas.

petente respecto de admitir o rechazar la misma. También se trata de una falta voluntaria por parte del Presidente, manifestada de forma expresa (igual que ocurre en la normativa de carrera administrativa, artículo 127, numeral 1) a la Asamblea. En este caso, dado que la Constitución plantea que la Asamblea puede aprobar o rechazar la renuncia, pero sin indicar los motivos para ello, supone que se trata de una decisión discrecional de este órgano del Estado, que funciona a la manera de un control político, en oposición al carácter irrevocable con que opera la renuncia en la normativa administrativa general (art. 128 del Texto Único de 2018 de la Ley de Carrera Administrativa y el artículo 815 del Código Administrativo).

Nuevamente, se acude a normas de jerarquía inferior para delimitar el concepto. Otro caso que entraría dentro de la falta absoluta sería el abandono del cargo (puesto o empleo), previsto en el numeral 1, art. 2 del Texto Único 2018 de la Ley de Carrera Administrativa y que, además, es tipificado como delito con pena de

prisión en el Código Penal, artículo 358 del Texto Único de 2010. En este caso, presta especial utilidad al análisis la segunda de estas normas.

A diferencia de la norma administrativa que se limita a una definición general, el Código Penal precisa que el abandono ocurre “siempre que el servidor deje su puesto por más de cinco días hábiles sin causa justa o sin que haya sido reemplazado en debida forma”. Aunque esto pudiera ayudar a aclarar la aplicación del concepto de falta absoluta por abandono del cargo, de una mera falta temporal, lo cierto es que la confrontación de la norma con la Constitución supone que la misma no es aplicable al caso del Presidente de la República, que según se ha visto puede ausentarse hasta 10 días del territorio nacional, sin necesidad de autorización o licencia y sin que, además, sea reemplazado por el Vicepresidente. Esto es, aunque la situación entraría dentro del supuesto de abandono del cargo del Código Penal (que es un delito contra la administración pública, uno de los

casos contemplados en la Constitución como constitutivos de responsabilidad del Presidente de la República en el artículo 191), esta regulación constitucional supone un privilegio especial del cargo de Presidente, por lo que tal criterio no puede ser tenido en cuenta.

Así, entendemos que el abandono del cargo como falta absoluta sería aplicable al Presidente de la República en Panamá, pero sería necesario una mayor precisión al respecto. A manera de ejemplo, se podría considerar tal falta si el Presidente se ausenta del territorio nacional sin la autorización correspondiente, semejante a lo que sucede en la Constitución de Colombia (art. 196) o Perú (art. 113, numeral 4) —o bien, omitir sus funciones sin solicitar licencia—, si no retorna a sus funciones al término de la licencia otorgada, en concordancia con el artículo 808 del Código Administrativo o si no regresa al territorio nacional en el plazo fijado por la Constitución o la autorización correspondiente, supuesto también incluido en el artículo ya citado de la Constitución peruana. Consideramos que



estos casos ya pudieran ser considerados bajo las normas constitucionales panameñas, aunque sería bueno que así se indicará expresamente y, sobre todo, que se estableciera un plazo, como lo hace el Código Penal, cuando la ausencia ocurre sin justificación o motivo para considerar un abandono del cargo.

Además, vale la pena considerar el artículo 823 del Código Administrativo¹⁰. Es importante notar que el artículo se entiende aplicable al caso del Presidente de la República. Además, se observa que junto a la renuncia admitida y la destitución (que en el caso del Presidente sería vía juicio ante la Asamblea, de acuerdo con los artículos 160 y 191 de la Constitución), se añade la declaratoria de vacante.

¹⁰ Son faltas absolutas las que provienen de renunciaciones o excusas admitidas; de destitución o de declaratoria de vacante.

Por regla general, las faltas absolutas en empleados de elección popular se llenan por los suplentes y en los demás, por nueva elección; pero mientras esto se verifica, entrarán a funcionar los suplentes. La falta absoluta del Presidente de la República se llena por los individuos que de acuerdo con la Constitución puedan ejercer el Poder Ejecutivo.

Aunque en realidad, esto pareciera equivaler al abandono del cargo antes mencionado, no es del todo correcto, puesto que mientras se ha visto que esta conducta es considerada un delito doloso en el Código Penal y, por tanto, una conducta voluntaria, también existe la posibilidad, no vista hasta ahora, que la falta del Presidente sea por un motivo involuntario o ajeno a su poder. Esto, en esencia, tendría su paralelo con la declaración de ausencia previsto en el Código Civil que ocurre “*cuando una persona hubiere desaparecido de su domicilio sin saberse su paradero y sin dejar apoderado que administre...*” (art. 47) o bien cuando “*caduque el poder conferido*” a la “*persona encargada de la administración...*” (art. 50).

En este sentido, se observa que el Código Civil fija una serie de requisitos para proceder con esta declaratoria como un plazo de tiempo (art. 50), las personas que pueden hacer dicha solicitud (art. 51) y las personas encargadas de administrar los bienes del ausente (art. 53).

Y ligado a esto también el Código Civil contempla la declaratoria de presunción de muerte del ausente, por lo que, como corolario, también la muerte del Presidente sería otra causa de falta absoluta y que la Constitución no menciona, por su aparente obviedad.

Si se sigue este esquema, si bien la Constitución actualmente señala el orden de sucesión presidencial en caso de declaratoria de vacante o, más ampliamente,

de falta absoluta, no precisa las personas con la capacidad para hacer o solicitar tal declaratoria como sucede en la normativa civil o en el Código Administrativo¹¹, el procedimiento para ello, ni el tiempo necesario para considerar una ausencia involuntaria como una falta absoluta y no temporal¹².

Pensamos que estos son aspectos fundamentales que deben ser atendidos por una nueva reforma constitucional cuando esta oportunidad llegue, especificando estas causas y detallando las condiciones que sustentarían una declaratoria de falta o vacancia absoluta.

COMPETENCIAS DEL VICEPRESIDENTE ANTE LA FALTA DEL PRESIDENTE: ¿REEMPLAZO O ENCARGADO?

Más allá de que esta aclaración de los supuestos aplicables en cada caso que deberá hacerse, preferiblemente, en el propio texto constitucional, lo cierto es que en la actualidad la Constitución mantiene un sistema de reemplazo con distintos matices depen-

11 En este sentido, el artículo 808 señala: “*La declaración de vacante se hace por el que deba proveer el puesto*”. El problema en el caso del Presidente estriba, precisamente, por ser este la máxima autoridad administrativa. Por otra parte, debe comentarse que este artículo trata en forma equivalente el supuesto de abandono del cargo en forma con la declaratoria de vacante. Sin embargo, como ya se ha comentado la legislación dictada con posterioridad en materia administrativa y penal, se aparta de este criterio, otorgando al abandono del cargo características distintivas o, al menos, como una categoría especial dentro de la declaratoria de vacante.

12 En este sentido, el último párrafo del artículo 85 de la Constitución de México reconoce expresamente la posibilidad de que una falta temporal se convierta en absoluta, aunque sin especificar los criterios o el tiempo necesario para tal consideración. Semejante observación se podría plantear en el caso de la incapacidad, para distinguir entre aquella que provoca una falta temporal en contraposición a la absoluta.

La esencia de la figura del Vicepresidente es reemplazar al Presidente en sus faltas temporales y absolutas.



diendo del caso de falta temporal o falta absoluta y del que poca reflexión se ha realizado en Panamá.

Tanto el artículo 177, como el numeral 1 del artículo 185 de la Constitución señala que la esencia de la figura del Vicepresidente es reemplazar al Presidente en sus faltas temporales y absolutas. Ya se ha dicho que los casos de faltas temporales indicados en la Constitución son por licencia (artículo 187) o por ausencia del territorio nacional por más de diez días (artículo 188). En ambos supuestos la norma específica que el reemplazo es a título de “Encargado de la Presidencia de la República”, noción peculiar en el contexto del derecho constitucional de la región (Gamboa Montejano y Valdés Robledo), sin indicar que involucra. Además, se acepta la posibilidad expresa que en caso de que no sea posible al Vicepresidente llenar su función natural de reemplazo, el cargo sería ejercido por un Ministro de Estado bajo el mismo título.

Ahora bien, el artículo 189 al tratar la falta absoluta, introduce un matiz interesante. En estos ca-

sos no se señala que el Vicepresidente reemplace al Presidente a título de “Encargado”, sino que se indica que asume el cargo de Presidente. Más aún, sólo cuando no sea posible al Vicepresidente asumir el cargo, el mismo recae sobre un Ministro de Estado y aquí sí se señala que lo hace a título de “Ministro Encargado de la Presidencia”, incluso si queda en el cargo por el resto del período presidencial, pues la constitución sólo señala que debe convocar a elecciones en un período de cuatro meses, si la falta absoluta de ambos titulares se produce antes de los dos años de expirar el período presidencial.

Este tratamiento diferencial en la posición del Vicepresidente en caso de falta temporal como “Encargado” y en caso de falta absoluta donde asume el cargo de Presidente parece indicar una diferencia en cuanto a las atribuciones con que cuenta en una y otra situación. Es evidente, que ante la falta absoluta del Presidente, el Vicepresidente al asumir el cargo, lo hace con todas las funciones correspondiente al cargo de

Presidente. Sin embargo, no tiene sentido hacer esta distinción, si resulta que el título de “Encargado” tiene las mismas atribuciones que el Presidente.

En realidad, esta distinción, sumado a la inusitada figura del “Encargado” en la Constitución panameña parecen denunciar una falta de consistencia en la naturaleza del Vicepresidente. De hecho, el único otro caso en la Constitución donde aparece la figura de un funcionario encargado es respecto del Procurador General de la Nación y el Procurador de la Administración (art. 224), lo cual no ha estado exento de polémica¹³.

En el resto de los casos, la Constitución atiende el tema de las faltas mediante la figura de la suplencia, tanto en cargos de elección popular (como Diputados, artículo 147 o Representantes de Corregimiento, artículo 228), como aquellos por nombramiento (como los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, ar-

tículo 203 o los del Tribunal Electoral, artículo 142, la Contraloría General de la República, artículo 279 o la Administración del Canal, numeral 1, artículo 319). Sin embargo, existen diferencias entre la naturaleza de estos suplentes, puesto que en algunos casos tienen funciones sustantivas propias, en tanto en otros casos únicamente tiene como propósito el reemplazo del titular en sus faltas.

Dentro de los suplentes que tienen funciones propias aparecen los Magistrados suplentes que forma parte de la Carrera Judicial (art. 203) o el Subcontralor en virtud de disposición legal (art. 57 de la Ley 32 de 1984). También existe la posibilidad, como en el caso del Subadministrador del Canal de Panamá, de recibir funciones vía delegación (art. 22 de la Ley 19 de 1997). En tanto, entre los suplentes que carecen de funciones están los de los Magistrados del Tribunal Electoral, así como los de cargos de elección

popular (Diputados o Representantes de Corregimiento), cuyo único propósito sería reemplazar al principal en sus faltas.

Esta situación ha sido reconocida expresamente en sentencia de 10 de mayo de 2017 del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del Magistrado Cecilio Cedalise Riquelme, donde se declaró inconstitucional la facultad de la Directiva de la Asamblea Nacional de fijar dietas y emolumentos de los Suplentes de Diputados, contenida en el tercer párrafo del artículo 224 del Texto Único de 2010 de la Ley 49 de 1984, Reglamento Orgánico de Régimen Interno de la Asamblea Nacional, donde se señaló: *“debe quedar claro que mientras el Suplente no ocupe la curul como Diputado, no desempeña funciones públicas y no puede mantener beligerancia en las sesiones, ni mucho menos en otras actividades legislativas”*.

Un detalle importante, que no fue mencionado por la sentencia, en esta misma línea es que los Suplentes no entran a reemplazar de forma automática en caso de falta del Diputado, sino que es nece-

13 Esencialmente, porque la Constitución aun se refiere al nombramiento de suplentes del Procurador General de la Nación y de la Administración en el numeral 2 del artículo 200. A la fecha, no existe suplente para ninguno de estos cargos.

sario que éste habilite al suplente para ocupar el cargo, como lo recoge el numeral 2 del artículo 23 del mismo Reglamento. Este requerimiento permite un control del Diputado sobre las actuaciones de su suplente y, en efecto, ya se han registrado casos donde no se habilita al suplente por diferencias entre ambos elegidos¹⁴, además de la posibilidad de revocatoria de mandato partidaria que también se contempla para los miembros del Órgano Legislativo, como mecanismo de disciplina partidaria (art. 151) (Eberhardt).

Lo dicho es congruente con el carácter personal que se predica del suplente de Diputado en el artículo 147 de la Constitución, lo que supone el Diputado debe tener confianza en el suplente cuando ejerza el cargo como reemplazo, por lo que no sería posible una



Asamblea Nacional de Panamá. Foto de Ayaita. CC0 1.0 Universal.

beligerancia del Suplente con la posición del Diputado, siguiendo la terminología de la sentencia antes mencionado. Tal es así, que el propio Reglamento Orgánico de Régimen Interno de la Asamblea señala entre las funciones del Presidente mediar en la solución de

conflictos que surjan entre el Diputado y su suplente (art. 16, numeral 16 del Texto Único de 2010)¹⁵.

Esta noción es ampliamente conocida tanto en la jurisprudencia administrativa, como en la legislación de carrera administrativa como personal de confianza¹⁶. Precisamente, siguiendo con el tema de la suplencia, en sentencia de 31 de julio de 1995 de la Sala Tercera con ponencia del Magistrado Juan Tejada, donde se negó una demanda para declarar nulo por ilegal un decreto de traslado del cargo de Subdirector Provin-

14 Gabriel Méndez no habilitará a su suplente Américo (22 de julio de 2010). *La Estrella de Panamá*.

15 En realidad, el Texto Único se refiere a conflictos con "sus suplentes, o entre estos". En este sentido, la norma no actualizó el cambio constitucional de 2004, donde se eliminó el segundo suplente de Diputado, tema que también es mencionado expresamente en la sentencia discutida de 2017.

16 El concepto de confianza también tiene amplia recepción en el derecho constitucional en el contexto de las relaciones del Órgano Ejecutivo y el Legislativo en países como Perú, Italia o España (Rastrollo Ripollés).

cial de Educación señalando que el demandante:

*...no tiene estabilidad en el cargo de Subdirector Provincial, como bien lo señaló el Ministro de Educación en su momento, de que esos cargos son de libre nombramiento y remoción, por tratarse de puestos de confianza y de colaboración para con la autoridad máxima de esa institución gubernamental*¹⁷.

Semejante caracterización se mantiene en la definición de servidores de libre nombramiento y remoción que hace el Texto Único de 2018 de la Ley de Carrera Administrativa, cuyo artículo 2, numeral 49 señala que son:

...personal... inmediatamente adscrito a los servidores públi-

cos que no forman parte de ninguna carrera y... que su nombramiento esté fundado en la confianza de sus superiores y a que la pérdida de dicha confianza acarrea la remoción del puesto que ocupan.

Teniendo esto presente, si se examina con detenimiento las tres funciones listadas en el artículo 185 de la Constitución, más allá del reemplazo del Presidente, se puede afirmar que el Vicepresidente es una figura protocolar, sin funciones sustantivas de dirección política o decisión administrativa (Ministerio de Economía y Finanzas 1148) o de otra índole¹⁸.

Así, el propio numeral 2 señala que, aunque tiene derecho a voz, no tiene voto en las sesiones del Consejo de Gabinete. Y las otras dos funciones, no son a título pro-

pio, sino por decisión del propio Presidente, consistente en asesorarlo en las materias que este determine (numeral 3) y asistir y representarlo en actos y misiones especiales que este le encomiende (numeral 4).

Sobre la función de asesoramiento, nuevamente la misma es perteneciente a una función de confianza. Así lo ha reconocido, la jurisprudencia administrativa en sentencia de 27 de octubre de 1995, con ponencia del Magistrado Edgardo Molino Mola¹⁹. Y este criterio, también ha sido adoptado en la legislación vigente de carrera administrativa en la definición de los funcionarios de libre nombramiento y remoción: *"Aquellos que trabajan como personal de secretaría, asesoría, asistencia o de servicio inmediatamente adscrito a los servidores públicos..."* (art. 2, numeral 49). Es decir, se trata de una función de la que el Presidente pudiera prescindir en cualquier momento, o bien omitir enteramente. Esto último, es especialmente cierto ante el incremento reciente en el número de Secretarías adscritas al Ministerio

17 Además, como lo indica la jurisprudencia de esta Sala, por ejemplo, la sentencia de 27 de octubre de 1995 con ponencia del Magistrado Molino Mola, esta distinción del personal de confianza encuentra su fundamento en la propia Constitución (art. 307).

18 Como sucede en casos como Estados Unidos (artículo I, sección 3a, Cláusula 4ª de la Constitución) o Argentina (art. 57 de la Constitución), donde el Vicepresidente es el Presidente del Senado y tienen derecho a voto en caso de empate.

19 Citando a su vez otra sentencia de 16 de abril de 1993: *"Histórica y tradicionalmente los asesores legales son puestos de confianza y, por tanto, excluidos del régimen de estabilidad. Dicho cargo es esencialmente de libre nombramiento y remoción del funcionario que requiere el asesoramiento técnico"*.

de la Presidencia²⁰, así como el número de asesores presidenciales al punto que en 2018 (Decreto Ejecutivo 362) se ha creado formalmente dentro de la estructura de dicho Ministerio una Oficina de Asesores del Presidente de la República, algunos de los cuales ostentan el tratamiento de Ministros Consejeros (Decreto Ejecutivo 106 de 2014 y 113 de 2019)²¹.

Y semejante reserva puede plantearse respecto de la función de representación de actos nacionales e internacionales y misiones especiales, teniendo en cuenta la existencia y extensión del servicio exterior y del cuerpo diplomático en la actualidad, cuya función explícita según la Ley 28 de 1999 es “representar al Estado en el exte-

rior” (art. 13), lo cual típicamente incluye “asistir a determinadas ceremonias públicas del Estado Receptor” así como “contactar directamente a las autoridades locales o recibir comunicaciones de éstas” (Jara Roncati 152-153); sin perjuicio de las tecnologías de la información y comunicación disponibles²², realidad muy distinta de la época histórica en que se planteó la introducción de vicepresidentes en el constitucionalismo. E, incluso, ya se han verificado casos donde los Ministros Consejeros han realizado estas funciones de representación a nivel internacional²³. Y, nuevamente, no es un hecho menor que la Constitución también contempla en el artículo 307 como excepción a la pertenencia

No es un hecho menor que la Constitución también contempla en el artículo 307 como excepción a la pertenencia de carreras públicas a los Jefes de Misiones Diplomáticas, lo cual se explica por el hecho de ser “representantes directos del Órgano Ejecutivo”.



20 Entre las que se pueden contar la Secretaría Social (Decreto Ejecutivo 237 de 2009), Secretaría de Seguridad (Decreto Ejecutivo 238 de 2009), Secretaría de Asuntos Públicos y Gubernamentales (Decreto Ejecutivo 623 de 2009), Secretaría de Coordinación de Asuntos Comunitarios (Decreto Ejecutivo de 2010), Secretaría Nacional de Energía (Ley 43 de 2011), Secretaría de Asuntos Jurídicos (Decreto Ejecutivo 454 de 2014), Secretaría Nacional de Descentralización (Ley 66 de 2015), que pasa a ser la Autoridad Nacional de Descentralización, como entidad autónoma, para el año 2021 (Decreto Ejecutivo 587 de 2020) y la Secretaría de Seguimiento a la Ejecución y Cumplimiento (Decreto Ejecutivo 279 De 2019).

21 Y que pueden llegar a tener tanta influencia como un Ministro de Estado en propiedad (Arana Araya). De hecho, aparte de la Oficina de Asesores, se ha creado un Despacho del Ministro Consejero de Asuntos Agropecuarios mediante el Decreto 415 de 2019.

22 Especialmente ante los acontecimientos de la pandemia de COVID-19.

23 Ministerio de Relaciones Exteriores (3 de octubre de 2019). Misión Oficial del Ministro Consejero de Facilitación de la Inversión Privada. Ministerio de Relaciones Exteriores (3 de octubre de 2019). Misión Oficial del Ministro Consejero de Facilitación de la Inversión Privada.

de carreras públicas a los Jefes de Misiones Diplomáticas, lo cual se explica por el hecho de ser “*representantes directos del Órgano Ejecutivo*” como lo señala el artículo 27 de la misma Ley 29 de 1999²⁴.

Peor aún, a diferencia de algunos casos mencionados en el propio ordenamiento jurídico panameño, la Constitución no contempla la posibilidad del Presidente de delegar alguna de las funciones previstas en ella misma para tal cargo al Vicepresidente.

En consecuencia, y en línea con la jurisprudencia constitucional del caso de los suplentes de Diputado, parece válido admitir que el Vicepresidente, no desempeña funciones públicas y, por tanto, carece de cargo público. Esto en contraposición a la propia Constitución que, en varias ocasiones, hace referencia al cargo de Vicepresidente. Sin embargo, esto sí da explicación al hecho siempre

notorio de que la Constitución no incluye al Vicepresidente como parte del Órgano Ejecutivo, sino solamente al Presidente de la República y los Ministros de Estado (art. 175). Y es que no puede pertenecer a dicho órgano quien, como se ha visto, no tiene un cargo en propiedad.

Esta conclusión ya ha sido aceptada en la doctrina y la jurisprudencia de Colombia (Fernández Botero) (Olano García 187)²⁵, país cuya constitución regula la figura del Vicepresidente en forma semejante a la que actualmente existe en Panamá, sin señalarle funciones explícitas (art. 202).

Lo dicho hasta aquí parece apoyar el argumento de la diferencia entre la situación del Vicepresidente cuando reemplaza el Presidente en sus faltas temporales, a título de Encargado como lo indica el artículo 187 y 188, y cuando lo hace en sus faltas absolutas,

asumiendo el cargo, siguiendo la expresión textual usada en el artículo 189 de la Constitución. No se comparte la idea de que en ambos casos el Vicepresidente adquiere todas las responsabilidades y derechos del Presidente, parafraseando la jurisprudencia constitucional²⁶, especialmente si se tiene en cuenta la posibilidad de conflictos entre el Presidente y el Vicepresidente en atención a un ejercicio irrestricto de las facultades presidenciales de este último cuando queda en calidad de Encargado.

Esta tesis también parece emerger de la propia historia constitucional panameña. Y es que el concepto de Encargado tiene su origen en el artículo 79 de la Constitución de 1904, bajo cuyo imperio no existía un Vicepresidente, sino que el Presidente era reemplazado en sus faltas por unos Designados elegidos por la Asamblea (art. 67, numeral 4). El párrafo final del artículo 79 agregaba, siguiendo textualmente el artículo 126 de la Constitución de 1886 de Colombia, que permanece en el artículo 195 de la Constitución de 1991:

24 Este carácter de libre nombramiento y remoción es refrendado en el artículo 12 del Decreto Ejecutivo 368 de 2018, que dicta el Reglamento Interno del Ministerio de Relaciones Exteriores y desarrolla el título del servicio exterior panameño de la Ley.

25 Al efecto, el autor cita sentencia del Consejo de Estado de 14 de julio de 1998.

26 Así, lo hace la citada sentencia de 10 de mayo de 2017, al referirse al papel de los suplentes de Diputados, citando a su vez, la sentencia de 22 de marzo de 1991, con ponencia del Dr. César Quintero.



“El Encargado del Poder Ejecutivo tendrá la misma preeminencia y ejercerá las mismas atribuciones que el Presidente de la República, cuyas veces desempeña”. Nótese que este artículo expresamente otorgaba plenas facultades al Encargado.

Sin embargo, con la reforma constitucional de 1917, se subroga el artículo 79, eliminando la figura de los Designados, así como el párrafo final del artículo. Desde entonces, y salvo la breve vigencia de la Constitución de 1941, la Constitución introduce la figura del Vicepresidente y además dando un título diferente cuando ocupa la Presidencia por faltas temporales y absolutas, sólo en el primer caso siendo denominado “Encargado”, sin explicitar que tiene las mismas atribuciones que el Presidente en estos casos.

Por otra parte, en otros ordenamientos, las funciones del suplen-

te o reemplazo del Presidente en faltas temporales se han asimilado a figuras como el mandato (Fernández Botero 7)²⁷, la delegación—como en la Constitución de Colombia respecto del denominado Ministro Delegatario (art. 196) o en la Constitución de Francia, a título excepcional, del Presidente al Primer Ministro (art. 21)—o el caso del Presidente Provisional previsto en los artículos 83 a 85 de la Constitución de México (Gamboa Montejano y Valdés Robledo 7) (Melgar Adalid). Aunque, ciertamente, contra los ejemplos indicados se podría reprochar el

Fresco de Roberto Lewis en el Salón Amarillo del Palacio de las Garzas. CC BY-SA 3.0

hecho de que se trata de figuras distinta del Vicepresidente (como el caso del Ministro Delegatario de Colombia) o constituciones que no incluyen Vicepresidentes, como Francia o México, el caso de este último país es especialmente útil al punto planteado.

El artículo 84 y 85 de la Constitución de México señala que el Secretario de Gobernación asume provisionalmente la Presidencia tanto en faltas temporales (por licencia hasta 60 días), como en faltas absolutas. Al analizar el artículo 84 luego de la reforma constitucional de 2012, Melgar Adalid señala:

El segundo párrafo establece la limitación constitucional que tendría el funcionario designa-

²⁷ Referido al período histórico previo a la vigente Constitución de 1991 donde no había Vicepresidente y la suplencia se hacía mediante el sistema de “designatura presidencial” ya mencionado para Panamá. Además, téngase en cuenta la adopción del concepto en el constitucionalismo panameño en el contexto de la revocatoria de mandato, antes comentada para representantes legislativos.

do para ocupar la presidencia provisional. No podrá remover o designar a los secretarios de Estado...²⁸ si no cuenta con la autorización de la Cámara de Senadores. Esta regla fue discutida ampliamente en el Congreso. Originalmente la discusión se centró sobre la propuesta de declarar que el presidente provisional sería un "encargado del despacho". Se consideró que esta expresión no tiene conexión constitucional y no forma parte del lenguaje jurídico sino es una expresión coloquial acreditada por la costumbre, pero sin sustento jurídico. En efecto, se ha utilizado para cuando se encomienda una oficina a un subalterno, ante la falta del titular, señalando con ello que se hará cargo en tanto se designa a quien deba sustituir definitivamente. Se entiende que la persona designada no podrá hacer uso de todas las facultades que la Constitución confiere al presidente de la República, en espe-

cífico las de designación de sus colaboradores directos. (p. 378).

Es decir, en el caso de México el título de Presidente Provisional sería un equivalente del Encargado (y más concretamente, el Ministro Encargado) previsto en la Constitución de Panamá y el Constituyente mexicano ha entendido, correctamente en nuestra consideración, que cuando alguien ocupa el cargo de Presidente a título de Encargado, no goza de todas las facultades inherentes al cargo, sino que lo hace de forma meramente accidental o provisional hasta tanto el titular vuelva a ejercer sus funciones. Súmese a esta consideración el hecho de que la parte final del artículo constitucional comentado agrega la obligación del Presidente provisional de entregar "al Congreso de la Unión un informe de labores en un plazo no mayor a diez días, contados a partir del momento en que termine su encargo", lo cual reafirma todavía más la posición jurídicamente

inferior del encargado quien debe rendir informe explícito de sus actuaciones en el tiempo que ocupa el cargo, ante quien nombra al Presidente en propiedad, en este caso el Congreso de la Unión en caso de falta absoluta.

Semejantes es el caso de la Constitución de Francia (art. 7), cuando se produce la vacancia de la Presidencia que establece no sólo limitaciones al ejercicio de las facultades del Presidente, por parte del Presidente del Senado, que lo reemplaza hasta la nueva elección, como la convocatoria a referéndum (art. 11), disolución de la Asamblea (art. 12) o la iniciativa de reforma constitucional (art. 89), sino a nivel institucional (moción de censura contra el Gobierno, art. 49 y 50).

Precisamente, radica aquí el centro de la discusión. Trasladando esto a Panamá, incluso el caso del nombramiento de Ministro, similares de los secretarios de Estados mexicanos, se trata de un acto que bien podrían ser revocado por el Presidente una vez concluya su falta temporal. Pero piénsese en casos donde esta posibilidad no

28 El texto también señala al Procurador General de la República, pero esto fue eliminado en una reforma posterior de 2014 que no es reflejada por el trabajo citado.

es factible, por ser actos definitivos, sujetos a términos preclusivos o de repercusiones irreparables, por ejemplo, la sanción u objeción a un proyecto de ley, la presentación de un proyecto que sea objeto de debate y modificación en la Asamblea²⁹, la dirección de relaciones exteriores, el otorgamiento de indultos o la convocatoria a un proceso constituyente, por poner algunos ejemplos³⁰.

Según la posición vigente en la actualidad, no habría reparo alguno a que el Vicepresidente, o incluso un Ministro de Estado Encargado, tome estas decisiones, aun sin consultar al Presidente, con las consecuencias que ello supondría a la estabilidad del gobierno, ya que ninguna norma constitucional plantea un límite

al respecto. Por el contrario, si se acepta la caracterización de un mero Encargado, esta conclusión no sería posible.

Así, consideramos que, en el caso de falta temporal, la función del Encargado se debe evaluar bajo un mecanismo de delegación, semejante a lo que sucede cuando la Asamblea faculta al Ejecutivo para dictar Decretos-Leyes, durante su receso (art. 159, numeral 16 y art. 163, numeral 9), en línea con lo que sucede también en los ordenamientos antes mencionados como Colombia, Francia y México.

En este caso, la norma constitucional panameña habla de “*facultades extraordinarias precisas*” excluyendo algunas materias de su alcance (tratados y convenios internacionales, presupuesto, impuestos, garantías fundamentales, el sufragio, el régimen de partidos y delitos y sanciones) y la posibilidad de control de la Asamblea una vez expirado el ejercicio de las facultades conferidas (“*en todo tiempo y a iniciativa propia derogar, modificar o adicionar sin limitación de materias...*”).

29 Lo que impide el retiro del mismo según el artículo 119 del Reglamento Interno de la Asamblea.

30 Sin ir muy lejos, es representativo el caso del voto en contra del Vicepresidente Cobos en Argentina al proyecto de impuesto a las exportaciones agropecuarias (retenciones móviles) propuesto por el gobierno, lo cual generó una ruptura definitiva con la Presidente Fernández de Kirchner y que en alguna ocasión la obligó a suspender un viaje al extranjero dada la desconfianza que tenía en Cobos (Bidegain 163).



Ayaita: Bandera panameña izada en la Presidencia de la República. Casco Antiguo de la ciudad de Panamá. CC BY-SA 3.0

Según se ha podido ver en los ejemplos anteriores, la limitación de materias de esta delegación puede operar por decisión del Presidente (Olano García 148 y 149) o bien por disposición de la propia Constitución.

Esta situación no sería aplicable al caso de la falta absoluta donde, en efecto, el Vicepresidente adquiere todas las responsabilidades y derechos del Presidente y es, precisamente por esto, el motivo por el cual la Constitución ya no se refiere más a este como "Encargado" sino que "asume el cargo por el resto del período", modificando por completo la situación jurídica del Vicepresidente que como se ha dicho hasta ese momento carecía de un cargo en propiedad.

Aunque consideramos que esto aclara y da más sentido al texto constitucional respecto de la función de reemplazo del Vicepresidente, llama la atención todavía sobre un aspecto sobre la figura del "Encargado" en el texto constitucional. El artículo 199 señala: "El Consejo de Gabinete es la reunión del Presidente de la

República, quien lo presidirá, o del Encargado de la Presidencia, con el Vicepresidente de la República y los Ministros de Estado".

En primer lugar, se observa que el artículo otorga al Presidente la atribución de presidir el Consejo de Gabinete, aunque la norma también señala que esta función podrá ser realizada por el Encargado de la Presidencia, lo cual lógicamente será en las faltas del primero. Sin embargo, el artículo agrega que junto al Presidente o Encargado que lo preside se compone del Vicepresidente de la República.

Sin embargo, teniendo en cuenta que la propia Constitución fija en el Vicepresidente el primer llamado a fungir como Encargado ante las faltas temporales del Presidente o a asumir el cargo de Presidente en sus faltas absolutas, y ocupando otro Ministro la Vicepresidencia, no habría ocasión o circunstancia donde el Vicepresidente no sea Encargado o Presidente propiamente tal. La explicación para esta aparente contradicción creemos encontrarla en la Constitución de Colombia.

Al respecto, Fernández Botero al discutir los sistemas de sustitutos del Presidente en la historia del constitucionalismo colombiano, comentaba que el sistema previo a la Constitución de 1991 el sustituto carecía de funciones y agregaba que: "Tampoco tienen obligaciones ni siquiera la de ejercer como encargados, pues, al ser llamados, pueden rehusar posesionarse de la Presidencia" (p. 5). Y pese a que la vigente Constitución de 1991 volvió a introducir la figura del Vicepresidente en el país vecino, la posibilidad antes descrita se mantuvo en mayor medida. En este sentido, el artículo 173, numeral 3 señala como atribución del Senado: "decidir sobre las excusas del Vicepresidente para ejercer la Presidencia de la República", nuevamente, planteándose la posibilidad del Vicepresidente de rehusarse a tomar posesión, distinto de la posibilidad de renuncia que ya tiene el mismo en virtud del numeral 1 del artículo mencionado, así como el 205.

Más aún, según la propia Constitución, ha establecido en el artículo 196 que:

Cuando el Presidente de la República se traslade a territorio extranjero en ejercicio de su cargo, el Ministro a quien corresponda, según el orden de precedencia legal, ejercerá bajo su propia responsabilidad las funciones constitucionales que el Presidente le delegue, tanto aquellas que le son propias como las que ejerce en su calidad de Jefe del Gobierno. El Ministro Delegatario pertenecerá al mismo partido o movimiento político del Presidente.

Es decir, la propia norma superior colombiana señala casos donde ante faltas temporales del Presidente, su cargo no sea ocupado por el Vicepresidente, sino por otro funcionario. Mas aún, el artículo 202 agrega que: *“El Vicepresidente no podrá asumir funciones de Ministro Delegatario”*, confirmando esta situación. Incluso, en la práctica, ha sido mucho más frecuente que el Presidente de Colombia deje encargado a un Ministro Delegatario que al propio Vicepresidente³¹, situación cuando menos ambigua (Bide-

gain 172-173), especialmente teniendo en cuenta el ya mencionado artículo 195, que dispone que el encargado tiene las mismas atribuciones del Presidente.

En consecuencia, la redacción del artículo 199 de la Constitución de Panamá, sumado al hecho de que los artículos que regulan las faltas temporales y absolutas del Presidente de la República, en particular, los artículos 187 y 189 contemplan la posibilidad de que “por cualquier motivo” las faltas del Presidente no puedan ser llenadas por el Vicepresidente, dan lugar a la posibilidad de que el Vicepresidente rehusé ejercer su función de reemplazo³² y que, por tanto, el título de Encargado sea asignado a un Ministro de Estado, independiente de la posibilidad de renuncia que también tiene el Vicepresidente de Panamá, en atención al mismo artículo aplica-

ble al Presidente. Esto es todavía más factible en el caso de Panamá, puesto que, a diferencia de Colombia, la constitución no plantea que otro órgano, como el Legislativo, controle los motivos por los que el Vicepresidente no pueda ejercer la función de Encargado.

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

En atención a lo discutido hasta este punto, consideramos que, desde un punto de vista jurídico o técnico, la Vicepresidencia tal como está concebida en la Constitución actual carece de toda justificación, más allá de alguna consideración política de poca entidad. No tiene sentido tener una figura elegida por el voto popular con el fin expreso y exclusivo de reemplazar al Presidente y que pueda, no obstante, eludir esta función

31 Beltrán Franco (15 de noviembre de 2016), “Ministro delegatario, la figura más usada en ausencia de Santos”. Asuntos legales.

32 Además, debe recordarse que el artículo 823 del Código Administrativo, ya citado, mencionaba dentro de las faltas absolutas las excusas admitidas. Ciertamente es que esta norma establece un listado taxativo de excusas para cargos (destinos) obligatorios en el artículo 816, sin embargo, en este caso las mismas son normas administrativas generales que no señalan su aplicación al Vicepresidente y además son preconstitucionales, con la consecuencia antes discutida.

de forma voluntaria. Tendría que modificarse la fórmula de que el reemplazo del Presidente no pueda encargarse o asumir la Presidencia “por cualquier motivo” hacia un régimen tasado de faltas temporales o absolutas semejantes a los aplicables al Presidente. Inclusive, aun cuando la Constitución reconoce la posibilidad de renuncia del Vicepresidente, cosa que ya ha ocurrido en la historia reciente, como en el caso de Ricardo Arias Calderón bajo el gobierno del Presidente Endara, la Constitución nada dice respecto de la forma de reemplazo de la Vicepresidencia por esta causa.

Por otra parte, especialmente a partir de la reforma constitucional de 2004, ha sido una práctica o costumbre gubernamental que el Presidente nombre al Vicepresidente en un cargo administrativo, usualmente Ministro de Estado, lo cual parece más aceptable, sin embargo, tal arreglo ya ha demostrado ser volátil, como en el caso del ya mencionado Vicepresidente Arias Calderón, que renunció luego de más de un año de permanecer sin cargo, a la postre de

su destitución como Ministro de Gobierno o el entonces Vicepresidente Juan Carlos Varela, quien quedó sin funciones por el resto del período presidencial luego de su destitución como Ministro de Relaciones Exteriores³³.

Esto plantea dos opciones: o bien dotar al Vicepresidente de funciones específicas, ya sea la delegación de funciones atribuidas al Presidente en la Constitución, por iniciativa de este o establecidas en la propia norma superior y removiendo la condición de “Encargado de la Presidencia” reafirmando su papel primordial de reemplazo o bien eliminar del todo la figura del Vicepresidente, con la necesidad de plantear alternativas de reemplazo en las faltas del Presidente, a título de “Encargado”.

Aunque la eliminación de la Vicepresidencia pueda parecer una opción radical, lo cierto es que no lo es tanto desde el punto de vista de la propia historia constitucional

y de la situación actual en el derecho comparado. Ya antes se ha visto que entre la promulgación de la Constitución de 1904 (art. 79) y la reforma constitucional de 1917 y la Constitución de 1941 (art. 114), no había Vicepresidente, sino el sistema de designatura.

Además, este debate se ha presentado con frecuencia en los últimos años en Colombia, que desde 1994 ha tenido la renuncia de dos Vicepresidentes (de la Calle en 1996 y Vargas Lleras en 2017) y donde en la última década consta la existencia de igual número de proyectos de actos legislativo para eliminar la Vicepresidencia y volver al sistema de la Designatura, sin que hayan prosperado (Olano García 186)³⁴. Incluso, es llamativo que el expresidente Santos, haya manifestado como argumento a favor que la “*figura del Vicepresidente quedó mal diseñada*”, además de citar explícitamente la situación experimentada durante esa época en Panamá (Ídem).

33 Ni siquiera la asistencia al Consejo de Gabinete. Gamboa Arosemena insta a Varela a que asista al consejo de Gabinete (17 de julio de 2012). *La Estrella de Panamá*.

34 El autor citado refiere al acto legislativo presentado en la Cámara el 20 de julio de 2012. Más recientemente, el Proyecto 247/2020C, presentado en la Legislatura 2020-2021.

Y, en todo caso, debe tenerse presente que existen numerosos sistemas donde no existe suplente para el titular del Ejecutivo, como México o Francia, antes mencionados, y otros como Chile (Bidegain) o el Reino Unido (Gay), por mencionar algunos.

Si se favorece la idea de eliminar al Vicepresidente en la Constitución de Panamá, se podría establecer un sistema donde las faltas temporales del Presidente sean cubiertas por un Ministro Encargado que podría designado por decisión individual del Presidente y/o de acuerdo con un orden de prelación fijado (la propia Constitución o una ley), siguiendo los casos examinados de derecho comparado.

Más complicado resulta el reemplazo en caso de falta absoluta. Incluso, en la Constitución actual, en el caso de falta absoluta del Presidente y Vicepresidente, sólo está previsto la convocatoria de nuevas elecciones cuando la misma se produce por lo menos dos años antes de la expiración del período presidencial, que es un período considerable para que la

Presidencia sea ocupada por un funcionario no electo por el voto popular, aun si esto se hace con el propósito de preservar el sistema de fecha única de elección general para cargos nacionales imperante en el sistema jurídico panameño. Y semejante situación ocurre en la Constitución de México, aun en ausencia de la figura del Vicepresidente. Por el contrario, en Francia, prima el principio de llamado a elecciones en todos los casos para un nuevo período presidencial, aun cuando esto rompa la continuidad temporal³⁵.

En todo caso, se observa que en Panamá la designación del reemplazo del Presidente no involucra la participación de los otros órganos del Estado, lo cual, en principio, tiene la ventaja de permitir rapidez en la decisión (Gamboa Montejano y Valdés Robledo).

Más allá del sujeto llamado a reemplazar las faltas del Presidente, dos elementos fundamentales sería la especificación de los casos de faltas temporales y

absolutas, así como las facultades que en uno y otro caso tiene quien lo reemplace, en líneas con los argumentos antes examinados, a fin de evitar conflictos y garantizar la estabilidad del Gobierno.

No tiene sentido que las licencias y autorizaciones en caso de faltas temporales del Presidente sean otorgadas por el Consejo de Gabinete que él mismo preside, siendo que se trata de un cuerpo consultivo como lo señala la propia constitución (art. 176 y 200, numeral 1), más que deliberativo, lo que reduce la transparencia y posibilidad de control de la actuación del Presidente y del momento en que debe entrar a reemplazar el Vicepresidente. Tendría que jugar un papel más determinante la Asamblea Nacional como fiscalizador de su función, por ejemplo, estableciéndose la obligación del Presidente de notificar a la Asamblea de toda licencia o ausencia del territorio nacional, sea de aquellas que sean sometidas a su consideración o no, tal

³⁵ Hecho que ya ha ocurrido dos veces bajo la constitución actual: de Gaulle en 1969, que renunció y la muerte de Pompidou en 1974.

como sucede en Colombia (art. 196, antes comentado), generando la infracción de este deber el abandono del cargo.

En el caso concreto de la licencia, tendría que tasarse los motivos que justifican tal solicitud, en línea con la normativa administrativa general y, sobre todo, para cualquier falta temporal, establecer un tiempo máximo para que el Presidente esté ausente del cargo y, en caso contrario, se convertiría en una falta absoluta, con la consiguiente pérdida del cargo, ya sea por abandono o vacancia. Para esto se pudiera tomar en cuenta el período máximo de seis meses establecido en el artículo 807 del Código Administrativo.

Con respecto a la declaración de falta absoluta, aunque en los países de la región es común que el tema sea competencia de los

órganos políticos (caso de Estados Unidos³⁶, Colombia o Perú, por ejemplo), ya sea el Legislativo y/o, incluso, el propio Ejecutivo, en virtud del privilegio de decisión ejecutoria que usualmente posee la administración pública³⁷, (Gordillo V-25 y ss.), dada la trascendencia que involucra la declaración de tal situación jurídica y a la ausencia actual de reglas sobre el tema, se considera conveniente una intervención judicial para dar pleno efecto a la misma, en forma correlativa a la declaración de ausencia y/o presunción de muerte en materia civil e, incluso, a como ya se contempla en el derecho público comparado, por ejemplo, en la Constitución de Francia, cuyo artículo 7 ya mencionado, lo establece como competencia del Consejo Constitucional, equivalente del Pleno de la Corte Su-

prema de Justicia de Panamá, que ejerce la guarda de la integridad de la Constitución. Más llamativo aun es que así se plantee en el derecho francés, cuyo Derecho Administrativo es el que ha sentado el fundamento del privilegio de decisión ejecutoria antes mencionado (Ídem).

Un detalle no menor es que en ese país la solicitud de tal declaratoria se reserva a instancia del Gobierno, en línea con la tradición europea, y en contraposición a la dominante en América Latina y Panamá, que excluye el carácter público de la acción constitucional (Mendieta González). En todo caso, se trataría de un procedimiento con el máximo de celeridad, fundamental para evitar incertidumbre e interrupciones en el ejercicio del cargo de Presidente.

36 Al respecto de este país, véase la situación que acontece al momento de elaborarse este artículo, con el intento para destituir a Donald Trump como Presidente aplicando la XXVa enmienda, que permite hacerlo mediante la comunicación al Congreso de la decisión del Vicepresidente y la mayoría de los miembros del gabinete al considerar al Presidente incapaz para ejercer el cargo, en paralelo al segundo juicio político en su contra. Nuevamente, se observa el solapamiento el tema de la incapacidad y el juicio político. Wolf (11 de enero de 2021), "El futuro político de Trump: un segundo juicio político vs. la 25a Enmienda, ¿qué opciones de destitución hay?". CNN.

37 De lo que ya se tiene antecedentes en Panamá, como fue el caso de la declaratoria de vacante del Magistrado Pereira Burgos por el Consejo de Gabinete en 2004. Resolución de Gabinete 104, publicada en la *Gaceta Oficial* 25158-A.

BIBLIOGRAFÍA

- Abramson, Alana y Philip Elliot. «With Donald Trump Hospitalized With COVID-19, Mike Pence Steps Into the Spotlight.» *Time* 3 de octubre de 2020. 9 de enero de 2021. <[time.com/5895996/mike-pence-trump-hospitalized/](https://www.time.com/5895996/mike-pence-trump-hospitalized/)>.
- Antinori Bolaños, Italo Isaac. «¿Son los Vicepresidentes meras llantas de repuestos?» 2 de febrero de 2019. *Escritores complutenses 2.0*. 18 de diciembre de 2020. <webs.ucm.es/BUCM/escritores/italo_antinori/obras/obr3971.php#.X9zSndhKjIV>.
- Arana Araya, Ignacio. «¿Quién le susurra al presidente? Asesores vs. ministros en América Latina.» *Política. Revista de Ciencia Política* 50.2 (2012): 33-61. <doi: 10.5354/0716-1077.2013.25868>.
- Arciniegas, Yurany y Laura Garzón. «El presidente francés Emmanuel Macron contrajo el coronavirus.» 17 de diciembre de 2020. *France24*. 9 de enero de 2021. <www.france24.com/es/europa/20201217-covid19hoy-el-presidente-de-francia-emmanuel-macron-contrajo-el-virus>.
- Beltrán Franco, Gerson. «Ministro delegatario, la figura más usada en ausencia de Santos.» *Asuntos legales* 15 de noviembre de 2016. 9 de enero de 2021. <www.asuntoslegales.com.co/actualidad/ministro-delegatario-la-figura-mas-usada-en-ausencia-de-santos-2441791>.
- Bidegain, Germán. «Vicepresidentes en América del Sur: una agenda de investigación.» *Colombia Internacional* 89 (2017): 161-190. <doi: 10.7440/colombiaint89.2017.06>.
- Eberhardt, Maria Laura. «“Antitransfuguismo” y revocatoria de mandato en Panamá: ¿a quién pertenecen las Bancas?» *Oikos Polis* 5.1 (2020): 87-126. 24 de diciembre de 2020. <www.scielo.org/bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2415-22502020000100005&lng=es&tlng=es>.
- Fernández Botero, Eduardo. «El Designado a la Presidencia.» *Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* 45 (1971): 5-7. 23 de diciembre de 2020. <revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/5751>.
- «Gabriel Méndez no habilitará a su suplente Américo.» *La Estrella de Panamá* 22 de julio de 2010. 9 de enero de 2021. <www.laestrella.com.pa/nacional/100722/mendez-gabriel-suplente-habilitara>.
- «Gamboa Arosemena insta a Varela a que asista al consejo de Gabinete.» *La Estrella de Panamá* 17 de julio de 2012. 9 de enero de 2021. <www.laestrella.com.pa/nacional/politica/120717/insta-gamboa-varela-asista-aro-semena>.
- Gamboa Montejano, Claudia y Sandra Valdés Robledo. *Suplencia presidencial. Estudio de los artículos 84 y 85 Constitucionales, y propuestas de modificación (actualización)*. México, D.F.: Cámara de Diputados, 2010. 18 de diciembre de 2020. <www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spi/SPI-ISS-18-10.pdf>.
- Gay, Oonagh. *The office of Deputy Prime Minister*. Londres: House of Commons Library, 2013. 28 de diciembre de 2020. <researchbriefings.files.parliament.uk/documents/SN04023/SN04023.pdf>.
- Gordillo, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 10 a. Vol. 3. *El Acto Administrativo*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2011.
- Jara Roncati, Eduardo. *La función diplomática*. Santiago de Chile: CEPAL, 1989. 26 de diciembre de 2020. <repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/29597/S3272j37_es.pdf>.
- Marsteintredet, Leiv. «La vicepresidencia y los problemas de la sucesión presidencial en América Latina: Viejos y nuevos retos para el presidencialismo.» *Política y gobierno* 26.1 (2019). 18 de diciembre de 2020. <www.politicaygobierno.cide.edu/index.php/pyg/article/view/1232/964>.
- Melgar Adalid, Mario. «Nuevas reglas para la suplencia presidencial.» *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*. Estado constitucional. Ed. Miguel Carbonell, y otros. Vols. 2, Tomo IV. México, D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015. 347-384. 23 de diciembre de 2020. <archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3845/15.pdf>.
- Mendieta González, David. «La acción pública de inconstitucionalidad: a propósito de los 100 años de su vigencia en Colombia.» *Universitas* 59.120 (2010): 61-83. <[10.11144/Javeriana.vj59-120.apip](https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj59-120.apip)>.
- Ministerio de Economía y Finanzas. *Manual de organización del sector público de la República de Panamá*. Panamá, 2017. 24 de diciembre de 2020. <www.mef.gob.pa/>.

- digeca.gob.pa/tmp/file/1868/Manual-de-Organizacion-del-Sector-Publico-2017.pdf>.
- Ministerio de Relaciones Exteriores. Misión oficial del Ministro Consejero de Facilitación de la Inversión Privada. 3 de octubre de 2019. 9 de enero de 2021. <mire.gob.pa/ministerio/mision-oficial-del-ministro-consejero-de-facilitacion-de-la-inversion-privada/>.
- Olano García, Hernán Alejandro. «La Vicepresidencia de la República en la historia constitucional de Colombia.» *Quid Iuris* 27.9 (2015): 133-196. 23 de diciembre de 2020. <revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/quid-iuris/article/download/17539/15747>.
- Rastrullo Ripollés, Alejandro. «El control parlamentario (I): La moción de censura y la cuestión de confianza en el sistema constitucional español.» *Revista De Las Cortes Generales* 104 (2018): 287-314. <doi: 10.33426/rcg/2018/104/62>.
- Ríos Santos, Fruela. «La sucesión en la presidencia de los Estados Unidos: evolución histórica, normativa y aplicación práctica.» *Revista De Las Cortes Generales* 107 (2019): 281-314. <doi: 10.33426/rcg/2019/107/1445>.
- Wolf, Zachary B. «El futuro político de Trump: un segundo juicio político vs. la 25a Enmienda, ¿qué opciones de destitución hay?» 11 de enero de 2021. CNN. 11 de enero de 2021. <cnnspanol.cnn.com/2021/01/11/el-futuro-politico-de-trump-un-segundo-juicio-politico-vs-la-25a-enmienda-que-opciones-de-destitucion-hay/>.

Aplicación de los Pactos de Derechos Humanos. Un estudio comparado.

ROY LUNA*



* Licenciado en Relaciones Internacionales, Universidad de Panamá. Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Latina. Maestría en Políticas Económicas Internacionales, Universidad De Belgrano, Buenos Aires Argentina. Curso Superior Académico de Defensa Nacional, Ministerio de Defensa, República Argentina. Analista internacional y abogado en el Ministerio de Relaciones Exteriores. Entre 1994 y 2000 fue Agregado diplomático, Encargado de negocios a.i. y Encargado de asuntos consultares, a.i. en la Embajada de Panamá en la República Árabe de Egipto. Entre 2000 y 2005 fue Agregado diplomático en la Embajada de Panamá en la República Argentina. Actualmente ejerce como Abogado litigante y es colaborador con artículos de opinión en *La Estrella de Panamá*, *Diario La Prensa* y *Metro Libre*. Es miembro del Colegio Nacional de Abogados.

SUMARIO

El análisis de este ensayo se enmarca en el recuento de carácter regional acerca del cumplimiento de los derechos y deberes adquiridos por el Estado panameño y de otros Estados del área, sobre la protección de los derechos humanos. Por lo que dirigimos el mismo a partir del mandato de la Declaración Universal, los Derechos Humanos de 1948, y de la adopción de convenciones que pasan por los Pactos civiles, económicos, culturales y del Pacto de San José. En adición, se hace un estudio comparativo de ciertas demandas llevadas a las instancias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como de la competencia y jurisdicción de los tribunales en materia constitucional.

Palabras claves: Jueces, control de la convencionalidad, Derecho Internacional Público, *prima face*, bloque de la constitucionalidad y Tratados de Derechos Humanos.

INTRODUCCIÓN

Como introducción al tema es imperante recurrir al artículo 55 de la Carta de Naciones Unidas (ONU), cuyo propósito fundamental es hacer un llamado a los Estados Miembros a practicar la cooperación

internacional como vía para resolver los conflictos de carácter social y económicos y que ante el acontecimiento del cual la sociedad internacional en su conjunto es víctima de un mal sobrevenido, como el COVID-19,- requiere del cumplimiento de las normas internas e internacionales, en materia de protección de derechos fundamentales y de Derechos Humanos, que en palabras del Secretario General de la ONU Antonio Guterres la describe como la mayor crisis global desde la Segunda Guerra Mundial.

Fernand de Varennes, Relator Especial de las Naciones Unidas para las Minorías opina, asimismo, que no se trata sólo de un tema de salud pública, si no que ha dado margen para que se comentan acciones que atentan contra la sociedad colectiva, que tienden a infringir derechos y libertades contra algunos grupos minoritarios tanto de ascendencia asiática y latina. También ha dado lugar que algunos sectores de poder o de gobiernos han impedido el movimiento de personas trasfronterizos aludiendo razones de contagio, sin percatarse que podrían estar infringiendo los Derechos Humanos en una clara política en modalidad discriminatoria.

Las políticas sobre Derechos Humanos por suerte ya están recogidas en las convenciones y tratados de Derechos Humanos como lo estipula el artículo 6 del Pacto internacional sobre Derechos Políticos y Civiles de 1966, y de la Convención Americana de Derechos Humanos artículo 4. Ambos pactos hacen mención del respeto a la vida y supervivencia, basado en estos principios fundamentales han incitado al Comité de Derechos Humanos de la ONU tomar

cartas en el asunto de cara al manejo de los riesgos en el sector salud.

El Derecho Internacional conocido en la costumbre internacional como el derecho de gentes, tiene su auge ya como una rama del derecho que requiere su codificación. Con la creación de la Carta de San Francisco (Organización de las Naciones Unidas), y por los acontecimientos a posteriori de la Segunda Guerra Mundial, se adoptan pactos casi simultáneamente como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, y los Convenios de Ginebra de 1949. Lo que indica que tanto el Derecho internacional Humanitario y de Derechos Humanos salen a la luz como nuevas ramas del Derecho Internacional Público, con una doctrina especial de protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos de los Estados, y la concertación de otras convenciones sobre la materia que nos ocupa.

El derecho convencional a través de la firma de pactos, y tratados a nivel mundial y regional ha querido salvaguardar los derechos fundamentales de las personas, amparados por las cartas constitucionales de la ONU y por la Organización de Estados Americanos (OEA). Veamos que nos dicen las constituciones de estos dos organismos en relación de los Derechos Humanos. El artículo No1 de las Naciones Unidas indica que:

1. Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros



Imagen de Miguel Á. Padrinán en Pixabay.

quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz;

2. Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal;
3. Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los Derechos Humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión; y

4. Servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones por alcanzar estos propósitos comunes. (Naciones Unidas)

En el mismo orden transcribimos el artículo No.106 de la OEA:

“Habrá una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tendrá, como función principal, la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia. Una convención interamericana sobre derechos humanos determinará la estructura, competencia y procedimiento de dicha Comisión, así como los de los otros órganos encargados de esa materia”. (Organización de los Estados Americanos)

Sin duda alguna ambas cartas constitucionales con jurisdicción mundial y regional marcan el camino a los Estados miembros en materia de salvaguardar los derechos fundamentales y de Derechos Humanos de forma que sus legislaciones y constituciones se adecuen a las materias adoptadas pactadas en los tratados a nivel bilateral o multilateral.

Seguidamente, hacemos un análisis comparado de las legislaciones en materia constitucional, la competencia de los tribunales de justicia y de casos presentados para la consideración de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos de Costa Rica, Colombia y Panamá. En el análisis que nos ocupa en el presente trabajo, trataremos en el contexto del mismo explicar el rol de las autoridades judiciales nacionales, de los Estados, de la Comisión y la Corte Interamericana en la solución de las controversias presentadas a su consideración.

ADOPCIÓN Y APLICACIÓN DE LA NORMA INTERNACIONAL

Enrique de Obaldía opina sobre el derecho convencional y su adopción en los Tribunales de justicia panameños.

“A propósito de la aplicación del Derecho Convencional Internacional en nuestro sistema jurídico, siendo alumno de diplomados de derecho constitucional y administrativo, revisé y estudié fallos del Pleno y de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia que



Imagen de Daniel Cima/CIDH. CC BY 2.0.

estaban fundamentados y hacían referencia a fallos de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, la cual hacía énfasis en artículos de la Carta Interamericana de Derechos Humanos, la cual dicho sea de paso es de obligatorio cumplimiento en la República de Panamá”. (De Obaldía)

Otra opinión de la importancia que los Estados cumplan y sistematicen sus ordenamientos jurídicos a las normas internacionales de la cual son partes por la adopción de tratados, Humberto Nogueira Alcalá, manifiesta que:

“En el ámbito regional americano la interrelación entre derecho constitucional y derecho internacional de los derechos fundamentales o humanos adquiere una dimensión especial y más estrecha, constituyendo una verdadera fusión y un único sistema de derechos, los cuales se alimentan de la fuente interna constitucional y de las fuentes del derecho internacional, incorporándose estas últimas generalmente como parte del bloque constitucional de derechos, como una opción consciente y deliberada de los constituyentes originarios o derivados nacionales en las Cartas Fundamentales del último tercio del siglo XX y primeros años del siglo XXI, los cuales han incorporado al derecho constitucional los atributos y garantías de los derechos asegurados por el derecho

internacional convencional de los derechos humanos, como estándar mínimo de los ordenamientos jurídicos nacionales, además, en las constituciones desde la última década del siglo XX y estos primeros años del siglo XXI, incorporan con rango constitucional no solo los derechos humanos, sino las propias convenciones internacionales que aseguran tales derechos y garantías”. (Nogueira Alcalá)

El llamado control de convencionalidad como instrumento de verificación del ajustamiento de las decisiones de los Estados en la adopción de los tratados al que se han vinculado, inevitablemente se sostiene sobre la relación entre el derecho nacional, particularmente el de rango constitucional, y el Derecho Internacional, particularmente el derecho convencional sobre Derechos Humanos. Según cómo se defina una tal relación, se definirá también un tal control, y se solucionarán las distintas cuestiones que en torno a él puedan ser formuladas.

Con relación a los obstáculos de los operadores de justicia de aplicar el control convencional, el Doctor en Derecho Constitucional de la Universidad de Salamanca, Diego Moreno Rodríguez A., manifiesta que:

“Hay varios. En primer lugar, esa “especie” de control de convencionalidad que la Corte exige a los jueces nacionales es algo que en realidad éstos no pueden hacer. El control de convencionalidad, en puridad, sólo lo puede



Imagen de Markus Winkler en Pixabay.

hacer un tribunal internacional, es decir, la Corte Interamericana, disponiendo se garantice el goce del derecho cuando ha habido una violación, y en su caso, ordenar la reparación y la indemnización que corresponda por la violación al tratado en la que ha incurrido el Estado afectado”.

La finalidad del derecho convencional tiene su razón de ser, ya que pasa a regular los delitos realizados por los conflictos armados de post guerra, cuyas instancias judiciales creadas para tal fin mencionamos, por ejemplo, la creación de La Corte Internacional de Justicia 1945, con jurisdicción penal internacional sobre la violación de los Derechos Humanos. Posteriormente, la adopción de la Corte Penal Internacional o Estatuto de Roma de 1998 como tribunales para impartir justicia a los Estados y a las personas que hayan atentado contra los Derechos Humanos, la seguridad y la paz internacional.

En el interés de abordar el compromiso de los Estados de salvaguardar los derechos fundamentales de las personas, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) decidió colectivamente aprobar temas de importancia mundial para la protección de dichos derechos y se adopta la **Declaración Universal de los Derechos Humanos**, nacida a la vida de las re-

laciones internacionales, mediante la Declaración 217 A (III) de la ONU del 10 de diciembre de 1948, considerada un modelo a seguir como instrumento regulador de los Derechos Humanos después de la Segunda Guerra Mundial.

En una etapa de transición como significó el periodo de la post guerra fría, los Estados procuraron legislar sobre la creación de normas constitucionales y legales que fueran a responder a los nuevos desafíos que enfrentaría la comunidad internacional, para cumplir con las futuras normas del Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos.

La visión de los Estados, superado el conflicto armado de 1945, por las secuelas de la guerra, como crímenes de lesa humanidad contra minorías étnicas y la reparación de actos materiales y morales, originó que se enfrentara el tema desde la óptica del Derecho Internacional por la creación de pactos que trataran dichos hechos y actos. Es por lo que, posteriormente, se pactarían otros tratados sobre Derechos Humanos como el **Pacto Internacional sobre Derechos Políticos y Civiles** de 1966 sobre la defensa de los derechos fundamentales.

Otros pactos, en el marco del Derecho Internacional para tratar jurídicamente actos de lesa humanidad perpetrados por personas en los conflictos armados, como la **Convención contra la Tortura y**

Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, firmada y abierta a la firma de todos los Estados el 10 de diciembre de 1984 buscan reivindicar a las víctimas afectadas en los acontecimientos ocurridos. El artículo tercero de dicha convención da un claro ejemplo al advertir a los Estados las acciones a tomar cuando se presentes acciones sobre expulsión o extradición de personal. (Naciones Unidas)

ARTÍCULO 3

1. Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura.
2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos".

Estas iniciativas y otras que posteriormente fueron adoptadas sirvieron para aplicarlas a la creación de instrumentos jurídicos que regularon a través del Derecho Internacional Humanitario el fomento de Tribunales Ah hoc como el Tribunal de Ruanda y el Tribunal de la Antigua Yugoslavia, para enjuiciar a personajes que cometieron y violaron el derecho de las personas y la jurisdicción territorial.

En el ámbito de la región americana, la aplicación de la normativa internacional sobre Derechos Humanos es adoptada a través de la **Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)** de 1969 o **Pacto de San José**, la cual entró en vigor para todos los Estados firmantes en el año 1978, siendo sus estatutos y reglamentos vinculantes de imperativo cumplimiento.

La Convención crea órganos de carácter consultivo y contencioso para dirimir los conflictos sometidos a sus competencias como la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, órganos garantistas en la defensa de los Derechos Humanos en la región americana. La mayoría de los países miembros la han ratificado como instrumento competente, a la fecha, alrededor de 24 países la han adoptado *Ipso jure*, hecha ley en sus tribunales de justicia.

Acontecimientos bélicos en Centroamérica en la que se cometieron crímenes, torturas y privación de la libertad, la Corte Interamericana (Corte IDH) resolvió en derecho, previa presentación de las pericias del caso, un fallo condenatorio contra el Estado salvadoreño por el asesinato de más de mil personas incluyendo menores de edad, en la conocida Masacre del Mezote, 1980-1992. La configuración del delito fue fundamentada en el derecho a la vida y derechos del niño, según la Convención Americana sobre Derechos Humanos que dice "toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente". (Organización de los Estados Americanos)

COMPETENCIA: COMISIÓN Y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

La competencia de recibir las solicitudes de los Estados en primera instancia está asignada la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, (CIDH), y la segunda y última instancia es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (Corte IDH), órgano de decisión y resolución, dos instituciones con jurisdicción para resolver los conflictos y controversias presentadas en el Continente Americano. Ambas nacidas del Pacto de San para resolver conflictos con repercusión penal, constitucional y de Derechos Humanos.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos representa a todos los miembros que integran la Organización de los Estados Americanos y se compone de siete miembros. Actualmente, la ex Magistrada de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, Esmeralda Arosemena integra la CIDH.

El flujo de autoridad fluye de la CADH quien asigna funciones determinadas a la CIDH. Cabe señalar que esta institución tiene entre sus atribuciones: formular recomendaciones, solicitar informes a los Estados miembros, y actúa como órgano de consulta y comunicación entre otras atribuciones.

Su competencia es de carácter consultivo y de resolución en etapa administrativa de los casos presentados a su consideración antes de darles traslado a la Corte IDH, ya que no ejerce la función de órgano sancionatorio como si lo ostenta la Corte. Por lo general los Estados presentan sus quejas o peticiones ante la CIDH para que se ventile prima fase cualquier forma

de violaciones a los Derechos Humanos, si los hubiera. Esa es la instancia previa antes que surja una evidencia que a criterio de la Comisión la queja o solicitud sea ventilada al tribunal de la competencia judicial.

En cuanto a la Corte IDH, funciona como un tribunal autónomo cuya actuación se rige en principios atribuidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, y mediante regulación en sus propios estatutos. La competencia de este tribunal la define la misma Convención en el Capítulo VIII, referente a las actuaciones de la Corte, en la sustanciación de las demandas sobre la violación de los Derechos Humanos.

Con relación a los casos sometidos a la Corte IDH interamericana por la CIDH, encontramos la sentencia *ARTAVIA MURILLO Y OTROS ("FECUNDACIÓN IN VITRO") VS. COSTA RICA*, que por la naturaleza del caso ha ocasionado puntos de opinión divergentes. Eduardo A Chia¹ y Pablo Contreras, hacen un análisis de esa sentencia en los siguientes términos, después de haber revisado el contenido del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y hacer una comparación, concluyendo que:

“La Corte IDH ha dictado una importante sentencia que precisa las obligaciones internacionales de los Estados Parte de la Convención en materia del derecho a la vida establecido en el artículo 4 de dicho instrumento.

1 Profesor de Derecho de la Universidad Andrés Bello.

Este comentario trató de precisar los alcances de la sentencia en dos ámbitos: el margen de apreciación de los Estados y el estatus del *nasciturus* ante la Convención Americana.

En relación con el primer asunto, lo que se observa es que la Corte ha evitado emplear la doctrina del margen de apreciación como estándar de revisión de una materia de alta controversia moral. En claro contraste con su par europeo, la Corte prefiere emplear el principio de proporcionalidad como test de escrutinio internacional en el (in)cumplimiento de las obligaciones de la Convención.

De esta forma, rechazó las reclamaciones de Costa Rica para que actuara deferentemente en la regulación de las técnicas de reproducción asistida y supervisó intensamente la restricción de derechos a través de la proporcionalidad. En relación con el segundo asunto, la Corte IDH precisó el contenido protegido por el artículo 4.1 de la Convención. En primer término, sostuvo que el *nasciturus* no es titular del derecho a la vida. Para efectos de la Convención Americana, el feto no puede ser considerado sujeto de derechos.

Adicionalmente, afirmó la gradualidad de protección de la vida de que está por nacer, evitando tesis binarias que resuelven el asunto entre proteger/no proteger. Ambas consideraciones son de especial importancia en Estados que prohíben absolutamente

la interrupción del embarazo bajo la amenaza de una pena. Si se sigue la doctrina de control de convencionalidad de la Corte IDH, entonces la decisión en *Artavia* puede tener repercusiones nacionales en los Estados Parte". (Chía)

La controversia que generó el fallo en análisis provino de la sentencia emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica de fecha 15 de marzo de 2000, mediante la cual se declaró inconstitucional el Decreto Ejecutivo 24029-S que regulaba la técnica de fecundación in vitro. Esta decisión judicial afectó a las víctimas (9 parejas) que ya habían iniciado el tratamiento y tendrían que interrumpirlo. El caso fue sometido a la consideración de la Corte Interamericana y el 28 de noviembre de 2012 emitió sentencia desestimando las excepciones interpuestas por el estado de Costa Rica y la declaró responsable internacionalmente por haber vulnerado el derecho a la vida privada y familiar de las víctimas.

También podemos observar que la Corte Interamericana se acogió principalmente al artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que trata sobre el derecho a la vida. En mi opinión pienso que tanto el fallo analizado como cualquier otro caso que se ha llevado ante ese Tribunal de Derechos Humanos las decisiones emanadas deben pensarse en satisfacer a la parte ofendida, pero respetando también los derechos de las otras partes de la Convención Americana, dentro del marco del con-

trol de la convencionalidad de los tribunales internos de justicia de cada Estado.

LEGISLACION COMPARADA: PANAMA, COLOMBIA, COSTA RICA

Antes de entrar a desarrollar este segmento sobre el Derecho Comparado en materia de Derechos Humanos, me permito citar un segmento del estudio publicado por David Aníbal Guerra, Hilary Waldo Mosquera, que se refiere al concepto del *Derecho Comparado*:

“El Derecho Comparado es una disciplina o método de estudio del Derecho, que se basa en la comparación de las distintas soluciones que ofrecen los diversos ordenamientos jurídicos para los mismos casos planteados. Por ese motivo, el Derecho Comparado puede aplicarse a cualquier área del Derecho realizando estudios específicos para tal fin. Su utilidad es variada tanto para el legislador, como para la doctrina y la jurisprudencia. Esta última, en ocasiones acude al Derecho Comparado para interpretar las normas jurídicas, que a través de casos concretos requieren el análisis de las Cortes a las cuales se les somete a consideración.” (Guerra y Waldo Mosquera)

Como lo afirman los autores citados el Derecho Comparado extiende su utilidad para el legislador, la doctrina y jurisprudencia, tanto el derecho interno

como el Derecho Internacional en principio se deben comparar con la teoría y práctica de los Estados que comparten interés fronterizo, lo que me anima a formular la relación comparativa con los Estados que por naturaleza limitamos fronteras, como la República de Colombia y la República de Costa Rica. Veamos a continuación cuáles han sido las situaciones que pudiéramos compartir en lo que corresponde al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La **legislación panameña** en materia constitucional de los Derechos Humanos le ha dedicado por una parte el Título III sobre Derechos y Deberes Individuales y Sociales, Asimismo se crea en la década del noventa la figura institucional de la Defensoría del Pueblo facultada para atender las violaciones de las garantías fundamentales y que, formalmente, la actual Constitución le dedica el Capítulo 9° del Título III en concordancia con las disposiciones de las convenciones internacionales de los Derechos Humanos.

El Consejo de la Concertación Nacional para el Desarrollo es la instancia donde participa la sociedad civil como grupo organizado en el marco de garantizar una democracia política, social y económica como lo demanda la ciudadanía, una comisión nacional que atenderá los asuntos de derechos humanos, en materia de administración de justicia, y por la independencia del poder judicial participó en la presentación a la Asamblea Nacional de un Anteproyecto de Ley sobre la Carrera Judicial.

En materia del tráfico ilícito de personas, la trata de personas, y actividades conexas, materias contenidas en los Protocolos de Palermo y Panamá adoptó la

El Consejo de la Concertación Nacional para el Desarrollo es la instancia donde participa la sociedad civil como grupo organizado en el marco de garantizar una democracia política, social y económica como lo demanda la ciudadanía...



Ley 79 de 2011 con el objeto de implementar medidas tendientes a evitar y castigar esas actividades ilícitas.

En materia penal y también dentro del precepto constitucional de garantizar una justicia en materia represiva justa, la detención preventiva sobre los sistemas carcelarios, se crean la Ley 55 de 2003 y el Decreto ejecutivo No. 393 de 2005, que regulan las normas mínimas para el tratamiento humanitario de los reclusos, y cumplir con los estándares internacionales sobre Derechos Humanos.

En cuanto al respeto de las minorías se crean normas jurídicas como la Ley No. 88 de 2010, que reivindica algunos de los derechos de los pueblos

indígenas, sus culturas y sus recursos naturales; leyes sobre la protección de las personas discapacitadas como la Ley 39 de 2012 sobre ayudas económicas, y del reconocimiento en cierta medida de la población LGTBI, a quienes se le ha otorgado al derecho de organizarse y manifestarse.

En el caso de la normativa constitucional panameña, y enmarcándola en el tema que nos ocupa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del acatamiento de las normas imperativas de estricto cumplimiento, nos permitimos comentar algunos aspectos contenidos en el Título III Capítulo I sobre las Garantías Fundamentales. La misma menciona el respeto de los Derechos Humanos tanto a nacionales como extranjeros (Artículo 20) y en materia penal le permite a la persona detenida el recurso de Habeas Corpus como instrumento de defensa (Artículo 23).

La **legislación colombiana** en materia constitucional sobre los Derechos Humanos, le dedica el Título I y Título II a la protección y garantías fundamentales, 95 artículos en total, que guardando la naturaleza de las modalidades que regulan, tienen similitud con la Constitución panameña. La cual describe conceptos en las garantías para la protección de los Derechos Humanos como política de Estado. Abarca conceptos como la libertad individual y de igualdad trato ante la Ley (Artículo 13), proscripción sobre la pena de muerte (Artículo 11), y la no discriminación por raza sexo, ideas color (Artículo 13), entre otros temas que regula dicha Constitución.

Leyes en materia de familia como la Ley No. 294 de 1996, que desarrolla preceptos constitucionales, sobre

violencia doméstica, y el Decreto 1216 del 35 de julio de 2016 sobre la integración de los sistemas nacionales de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, son avances de la legislación colombiana sobre la comparación legislativa que nos ocupa.

La **legislación constitucional costarricense** sobre Derechos Humanos, su propia carta magna le dedica los Títulos IV y V, sobre la garantía fundamental del ciudadano un título más que las constituciones de las Repúblicas de Colombia y Panamá. Conceptos como la proscripción de la esclavitud (Artículo 20), inviolabilidad de domicilio (Artículo 23) reparto justo de las riquezas (Artículo 50), protestación por parte del estado de la familia como elemento integral (Artículo 51), son entre otros las garantías fundamentales que garantiza dicha Constitución.

Descrita la comparación de las tres Constituciones sobre el tema de la protección de los Derechos Humanos a nivel Constitucional, enmarcándolas en la pirámide de Kelsen, exige a los demás ordenamientos jurídicos llámese leyes, decretos leyes, etc., a copiar en sus reglamentaciones los mismos conceptos jurídicos, entendido que iguales derechos son extensivos a los extranjeros que residen en dichos Estados.

En la deducción que podríamos comentar del contenido jurídico de aplicación de las normas internas, son los mismos principios que se pueden interpretar de los vertidos en cada Constitución de los tres países que traemos a colación como comparación de la norma constitucional, quizás en la forma explícita podrían variar los conceptos constituciona-

les, no así en el fondo, de lo que se puede discernir que a nuestro juicio las tres Constituciones cumplen con los parámetros internacionales de la protección de los derechos fundamentales de las personas.

TRIBUNALES COMPETENTES

PANAMÁ. En la República de Panamá la última instancia, agotada la vía interna gubernativa, para conocer y dirimir los asuntos relacionados con las garantías fundamentales en la presunción de la violación de los derechos humanos es la **Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia**, cito a continuación una de las funciones relacionadas con los Derechos Humanos:

“Del proceso de protección de los derechos humanos mediante el cual la Sala podrá anular actos administrativos expedidos por autoridades nacionales y, si procede, restablecer o reparar el derecho violado cuando mediante dichos actos administrativos se violen derechos humanos justiciables previstos en las leyes de la República, incluso aquéllas que aprueben convenios internacionales sobre derechos humanos. Este proceso se tramitará según las normas de la Ley 135 de 30 de abril de 1943 y de la Ley 33 de 11 de septiembre de 1946, pero no se requerirá que el agraviado agote previamente la vía gubernativa; el Procurador de la Administración sólo interpondrá en interés de la ley”. (Órgano Judicial)

Si bien el Sistema Judicial panameño no cuenta en la actualidad con una institución constitucional o de Derechos Humanos especializada en asumir la tutela de los derechos fundamentales como si lo cuentan Colombia y Costa Rica, deberá Panamá legislar en esta materia, al respecto nos permitimos citar comentarios que hace el Doctor Arturo Hoyos en relación a la creación de un Tribunal Constitucional en Panamá, tomando en consideración el rol que han tenido otros tribunales constitucionales en América Latina:

“Quedaría, por último, examinar si el Tribunal Constitucional que se prevé en la reforma constitucional que se debate en nuestro país contribuye a fortalecer el control sobre nuestro hiperpresidencialismo o si lo agrava, como creo. Fortalece el poder presidencial porque permite el nombramiento de cinco magistrados por un período de quince años. Ese tribunal, además, quedaría con la última palabra sobre la constitucionalidad de los actos de los órganos del Estado y lo que es muy preocupante, sobre las sentencias del Tribunal Electoral”. (Hoyos)

COLOMBIA. La última instancia judicial agotada la vía interna competente para admitir y resolver las demandas de violación de los Derechos Humanos es la **Corte Constitucional**, creada en el año 1991. Con relación a la Corte Constitucional, y el bloque de la constitucionalidad y el control de la convencionalidad, Luis Manuel Castro Novoa y Jaime Córdoba Triviño coinciden en que:

“Desde que apareció el bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia colombiana, se aceptó que una de sus características más importantes es que los tratados internacionales en materia de derechos humanos debidamente ratificados sirven como parámetros de control para analizar la constitucionalidad de las disposiciones a nivel interno y que pudieran ser aplicados directamente por los operadores jurídicos para la solución de sus casos”. (Córdoba Triviño y Castro Novoa)

En éste mismo orden, en relación con el acatamiento de los Estados de las normas constitucionales –vs- norma convencionales, Sergio Fuenzalida Vascañán, sobre jurisprudencia de la Corte Interamericana como fuente de derecho se refiere al caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, en los siguientes términos:

“La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un

inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana". (Fuenzalida Bascuñán)

COSTA RICA. En lo que respecta al tribunal competente de última instancia en la República de Costa Rica para atender los procesos de Derechos Humanos, es la **Sala Constitucional de la Corte Suprema** que le corresponde admitir y sustanciar las demandas y recursos sobre casos de violación de los Derechos Humanos en Costa Rica. Sus funciones están consagradas en garantizar los derechos fundamentales de las personas según lo que establece la Constitución Nacional y de los pactos internacionales de los Derechos Humanos.

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia es el Tribunal que garantiza la dignidad, las libertades y los derechos fundamentales de las personas consagrados en la Constitución Política y en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Está conformada por siete magistrados propietarios y 12 suplentes. La elección le corresponde a la Asamblea Legislativa por medio de una votación de las dos terceras partes del total de sus integrantes (mayoría

calificada). El período de nombramiento es de ocho años con la posibilidad de reelección automática, en caso de que el Congreso no disponga lo contrario. El nombramiento de los suplentes es de 4 años.

Uno de los procedimientos asignados a la sala Constitucional es el **Recurso de Amparo** como garantía a la protección de los derechos y libertades consagrados en la Constitución Política y los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos. Permite al petente de justicia presentar la solicitud o denuncia sin el requisito de hacerse representar por un letrado del derecho.

Las instancias para ventilar los procesos de Derechos Humanos descritos merece el comentario que tanto la República de Colombia como la República de Costa Rica cuentan con tribunales o instancias especializadas para los asuntos constitucionales que resuelven en la vía interna violaciones de los Derechos Humanos, mas no así la República de Panamá que al no contar con una sala o tribunal especializado para la defensa de los derechos fundamentales, ventila los casos de Derechos Humanos a través de la Sala de lo Contencioso Administrativo.

Proyecto pendiente hacia futuro de que Panamá también proyecte la creación de una instancia especial que se encargue de los asuntos constitucionales para la defensa de los Derechos Humanos, que sin duda alguna un tribunal especializado en el tema de la defensa de los derechos fundamentales podría con más libertad y con los elementos jurídicos necesarios resolver y garantizar a nivel del derecho internacional los Derechos Humanos, el bloque de

la constitucionalidad y del control de la convencionalidad.

FALLOS: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

PANAMÁ

Caso Eleodoro Portugal –vs– Panamá sentencia dictada el 12 de agosto de 2008. En este punto presentamos y hacemos la comparación en el marco de la ley nacional y la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante la cual fue dictaminado los fallos definitivos. Iniciamos con un emblemático caso suscitado en la República de Panamá.

La historia procesal de la sentencia da origen mediante la cual la Comisión Interamericana de Derechos Humanos solicitó a la Corte Interamericana que declarase la responsabilidad internacional del Estado panameño por la violación de los siguientes artículos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: Artículo 4 (Derecho a la Vida), Artículo 5 (Derecho a la Integridad Personal) y Artículo No.7 (Derecho a la Libertad Personal).

Las presuntas violaciones de Derechos Humanos demandados consistieron en: la supuesta desaparición forzada y ejecución extrajudicial del señor Heliodoro Portugal, la supuesta falta de investigación y sanción de los responsables de tal hecho y la supuesta falta de reparación adecuada en favor de sus familiares.

En el fallo la Corte Interamericana dictaminó que el Estado panameño incurrió en delitos tales como: 1. Privación al derecho de la libertad personal (Artículo 7), 2. Desaparición Forzada de Personas (Artículo I) de la Convención Interamericana, y condenó a la parte demandada a cumplir con el pago de todas las reparaciones, costas y gastos mencionadas en dicha sentencia. Nos permitimos citar un párrafo de la sentencia para aclarar un tanto lo dicho:

“...Heliodoro Portugal fue detenido el 14 de mayo de 1970, no se supo de su paradero hasta agosto del año 2000, fecha en que “se identific[aron] genéticamente sus restos encontrados el 22 de septiembre de 1999, es decir más [de] diez años después de que Panamá se sometió a la jurisdicción contenciosa de la Corte”. Lo anterior, según la Comisión y los representantes, debe entenderse dentro de la figura jurídica de la desaparición forzada de personas, la cual constituye una violación continua y pluriofensiva. Además, señalaron que la Corte es competente para conocer de la alegada falta de investigación de los hechos, a la cual se dio inicio luego de que el Estado reconociera la competencia del Tribunal. Por último, los representantes señalaron que Heliodoro Portugal realizaba actividades políticas y que, al haber sido desaparecido, se violó su derecho a la libertad de expresión, y que el Tribunal tiene competencia al respecto ya que dicha supuesta violación “se mantuvo

de manera continu[a] durante todo el tiempo que [...] estuvo desaparecido". (Caso Heliodoro Portugal vs Panamá)

COLOMBIA

Caso La Rochela –vs– Colombia. La Corte Interamericana de los Derechos Humanos condenó al Estado colombiano mediante sentencia proferida el 11 de mayo de 2007. Basados en los artículos 50 y 61 de la Convención Americana la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a la Corte IDH una demanda contra el Estado de la República de Colombia originada mediante denuncia 11995 de fecha 8 de octubre de 1997. El hecho en que se fundamentó la demanda consistió en el asesinato de 12 personas, funcionarios públicos por partes de grupos paramilitares, el 18 de enero de 1989 en el Corregimiento La Rochela del Departamento de Santander.

La fundamentación jurídica en que se basó la Corte Interamericana consistió en la violación por parte del Estado colombiano del Artículo 4 sobre el Derecho a la vida, Artículo 5 Derecho a la integridad personal y Artículo 7 Derechos a la libertad personal. La sentencia determinó que en concepto de los gastos y reparaciones a las víctimas y descendientes si fuera el caso, la Corte se remitió a lo que estipula el Artículo 63 acápite 1 de la Convención Americana que a la letra dice:

ARTÍCULO 63

1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta

Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

Asimismo, me permito citar otro de los artículos de la Convención Americana afectados en el caso expuesto y por la relevancia de su contenido: Artículo No.4 acápite 1.

ARTÍCULO 4. Derecho a la vida

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

COSTA RICA

Caso Amrhein y otros –vs– Costa Rica. Sentencia de 25 de abril de 2018. Dicho litigio de carácter internacional fue sometido por la Comisión interamericana de Derechos Humanos a la Corte Interamericana con fecha 28 de noviembre de 1914, por su parte el Estado de Costa Rica fue notificado de la demanda el 28 de abril de 2014. Es necesario apuntar que la competencia y jurisdicción de la ventilación de los casos sometidos a su dictamen, lo esta-



Imagen de S. Hermann & F. Richter en Pixabay.

blece el artículo No.62 acápite 3 de la Convención Americana, que establece que la misma es idónea para la aplicación e interpretación de los procesos que la misma habrá de sustanciar, siempre el Estado parte afectado en el caso haya ratificado o adoptado dicha convención.

Las partes intervinientes llámase Corte Interamericana, Estado Costarricense y las partes afectadas (víctimas o representantes) alegaron sus derechos y exigieron las reparaciones demandadas por los afectados. La Corte como justo tribunal al escuchar a las partes dictaminó de acuerdo con los hechos, pruebas y fundamentos presentados. Por su parte la representación del Estado costarricense defendió su postura de acuerdo con lo que estimó cuales eran presuntamente sus deberes en cuando a asumir su responsabilidad como actor responsable

de haber cumplido como órgano responsable de la administración de justicia.

Por su parte los demandantes alegaron el cumplimiento de la justicia por la cual el Estado demandado debería cumplir por los daños físicos y morales ocasionados, y una justa reparación de dichas violaciones a los Derechos Humanos de acuerdo a las leyes penales del Estado de Costa Rica en armonía con los mandatos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La lectura del caso expuesto, en cuanto al no cumplimiento de una norma internacional de obligatorio cumplimiento (Norma de Ius Cogen), en éste caso de un Estado miembro de la Convención Americana como lo es la República de Costa Rica, fue la de no cumplir con una responsabilidad de carácter internacional, debido a que se les negó a

17 privados de libertad el derecho de recusar una sentencia condenatoria, y de otras supuestas violaciones, como la del debido proceso, duración excesiva de la detención preventiva como lo expresa el Artículo 7 de la Convención Americana.

El Estado de Costa Rica en uso de su derecho de defensa negó todos los hechos que se le imputaron. Por su parte la Comisión Interamericana concluye que Costa Rica es sujeto responsable de los delitos de violación de derechos a 17 personas: el derecho a un Juez Imparcial, el derecho a la libertad personal, el derecho de libertad personal.

En opinión vertida por Nicolás Boeglin, Doctor en Derecho y catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, con fecha 13 de febrero de 2017 en el diario El País, describe con mucho tino la esencia de los procesos sustanciados en la Corte Interamericana desde el concepto del Derecho Internacional con relación al caso analizado.

“Como bien se sabe, las excepciones preliminares constituyen una figura procesal que aceptan todas las jurisdicciones internacionales, mediante la cual un Estado puede presentar diversos argumentos jurídicos cuestionando la competencia del juez internacional. Ello obedece a la idea que ningún Estado puede ser demandado ante una jurisdicción internacional si no ha dado su pleno consentimiento previo para ello. No obstante, el recurso a esta figura legal debiera ser siempre objeto de una cuidadosa valoración por parte de los

Estados: intentar evitar que la justicia internacional se pronuncie no siempre es bien percibido por parte del juez internacional, puede incluso llegar a indisponerlo” (Boeglin)

Deducimos en palabras vertidas por el autor citado, que un Estado por el sólo hecho de aducir el principio del consentimiento de los Estados para asumir la responsabilidad internacional, no le autoriza a desconocer la decisión en este caso de un tribunal como en efecto lo es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y las acciones de los Estados en estos casos pueden ser calificadas de no cooperante de la justicia, en opinión de una autoridad judicial internacional.

Cabe comentar, sobre los tres casos expuestos llevados a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que tanto el proceso de los casos con sentencia definitiva de Panamá y Colombia (**Caso La Rochela –vs– Colombia** y **Caso Eleodoro Portugal –vs– Panamá**) se configuró el delito agravado de desaparición forzosa consagrado en el Artículo No.4 sobre el Derecho a la Vida. Por otro lado, el **Caso Amrhein y Otros –vs– Costa Rica**, fue infringido entre otras cláusulas el Artículo 7 Acápito 6, sobre la negación del derecho a recurrir fallo de una sentencia en contra del privado de libertad.

COMENTARIO FINAL

Las instituciones y convenciones de Derechos Humanos descritas, sin duda alguna han contribui-

do al fortalecimiento de nuestras normas positivas tanto a nivel de la codificación como en el marco de la Constitución Nacional. Por otro lado, los tribunales de justicia especializados en Derechos Humanos como lo es la Corte Interamericana a través de sus fallos han advertido de la posibilidad de que los tribunales nacionales panameños rectifiquen si fuera el caso en el agotamiento de la vía interna de los casos que son presentados a su deliberación.

Panamá como país signatario de tratados internacionales de Derechos Humanos no puede permitirse por desconocimiento del texto de los tratados de los cuales es Estado Parte, infringir algunos preceptos que son parte de la legislación y Constitución Nacional. Los compromisos adquiridos a través de convenios una vez ratificados son Ley de la República y, por ende, pasan a ser normas vinculantes y de imperativo cumplimiento y que en la actual situación mundial por la crisis de salud de la cual Estados y personas somos reales receptores.

El interés de analizar el tema desde la perspectiva de los mandatos de la ONU por ser esta carta el texto de carácter mundial con competencia y jurisdicción en más de 190 países y del ámbito de la OEA que abarca en su membresía de una veintena de Estados en la región americana con normas vinculantes que obligan a los Estados a cumplir con los pactos internacionales de la cual son partes como lo demanda la Convención de Viena de los Derechos de los Tratados de 1969.

Lo comentado en el apartado de los pactos analizados nos permitió en cada caso en particular

mencionar los acontecimientos y hechos ocurridos después de la Segunda Guerra Mundial y durante el periodo de la guerra fría y del desmembramiento de los Estados socialistas, que al suscitarse los intentos de separación como territorios y Estados independientes se desataron violaciones y crímenes de lesa humanidad.

El objeto de estudio de revisar el precepto constitucional de las cartas constitucionales de Colombia, Costa Rica y Panamá se fundamenta en comparaciones o similitudes de dos Estados fronterizos con la República de Panamá por intereses de cercanía desde el punto de vista de las relaciones bilaterales que en un momento dado Panamá se encuentra más identificado sobre todo desde el punto de vista de la seguridad nacional y asuntos de carácter migratorio.

Las instancias procesales sobre la violación de los derechos fundamentales también las hemos tratado en la admisión y sustanciación por las salas o tribunales que son competentes en cada país que hemos enmarcado el estudio. En el ejemplo de Panamá es la Sala tercera de lo Contencioso Administrativo, en Colombia existe un Tribunal Constitucional y para Costa Rica la Sala Constitucional. El ejemplo es válido para las instancias especializadas en cada país, y para Panamá que aún no cuenta con una instancia constitucional competente especializada para tratar los casos de derechos humanos.

El compromiso de los tribunales de justicia de aplicar en derecho los mandatos de lo que estipulan los tratados internacionales en sus fallos definitivos y de las instancias legislativas nacionales de aprobar y ra-

tificar los compromisos adquiridos por los Estados en materia de tratados internacionales debe ser la norma de imperativo cumplimiento. Los fallos de la Corte Interamericana basada en la jurisprudencia internacional y en la costumbre internacional deben ser el norte de sus sentencias en la que se aplique el derecho y la justicia como garantía de los Derechos Humanos.

Si bien es un tema sensible y complejo, más aún en una situación internacional que enfrenta un mal invencible sobrevenido presuntamente por factor fortuito o de fuerza mayor, en materia de salud

pública, exponerlo en un ensayo, se queda corto el espacio, no obstante, creemos haber cumplido con la perspectiva propuesta sin antes dejar el espacio que corresponde para que el mismo sea ampliado en futuros trabajos. Reformar y legislar sobre nuevas leyes en la materia, y demandar un mayor esfuerzo de los Estados y organismos especializados de asignar los recursos indispensables, para que esta noble institución de los derechos fundamentales y humanos garantice una verdadera justicia en tiempo y espacio, debe ser la meta para alcanzar.

BIBLIOGRAFÍA

- Boeglin, Nicolas. «Caso Manfred Amrhein y otros vs. Costa Rica: Costa Rica presenta excepciones preliminares.» *Diario El País* 13 de febrero de 2017.
- Caso Heliodoro Portugal vs Panamá. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 12 de agosto de 2008. Sentencia.
- Chía, Eduardo A. y Contreras, Pablo. «Análisis de la Sentencia Artavia Murillo y Otros ("Fecundación in Vitro") vs Costa Rica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.» *Estudios Constitucionales* No. 12.No. 1 (2014).
- Constitución de la República de Colombia*. 1991.
- Constitución de la República de Costa Rica*. 1949.
- Constitución de la República de Panamá* de 1972. s.f.
- Córdoba Triviño, Jaime y Luis Manuel Castro Novoa. «Legis Ámbito Jurídico.» 28 de agosto de 2019. *Bloque de Constitucionalidad, Control de Convencionalidad y Corte Constitucional*.
- Corte Constitucional de Colombia*. s.f.
- De Obaldia, Enrique. *Diario La Prensa*, 3 de julio de 2018.
- Fuenzalida Bascuñán, Sergio. «La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fuente de derecho. Una revisión de la doctrina del "examen de convencionalidad".» *Revista de Derecho* (Valdivia) Vol. 28.No. 1 (2015).
- Guerra, David Anibal y Hilary Waldo Mosquera. «El valor de la jurisprudencia en el Derecho Comparado.» *Revista Justicia* No. 15 (2009).
- Hoyos, Arturo. «Un tribunal constitucional ¿para quién?» *La Estrella de Panamá*, 22 de diciembre de 2019.
- Naciones Unidas. Carta de las Naciones Unidas. San Francisco, 1945.
- . «Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.» 23 de mayo de 1969.
- . «Declaración Universal de Derechos Humanos.» 10 de diciembre de 1948. Resolución 217 A (III).
- . «Derechos Humanos. Oficina del Alto Comisionado.» 10 de diciembre de 1984. *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*.
- Nogueira Alcalá, Humberto. *Revista Chilena Derecho* Vol. 39.No. 1 (2012).
- Organización de los Estados Americanos. *Carta de la Organización de Estados Americanos*. Capítulo IV. Bogotá, 1948.
- . «Convención Americana sobre Derechos Humanos.» 7 al 22 de Noviembre de 1969.
- Órgano Judicial. *Sala Contencioso-Administrativo*. 15 de julio de 2008.
- Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica*. s.f.

Causas justas de despido y redes sociales

RAFAEL ANTONIO NIETO DE LEÓN*



* Abogado, egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá. Tiene una maestría en Estudios Electorales de la Universidad de las Américas. Inició su andar jurídico como pasante en la firma Bernal & Asociados; trabajó como asistente de juez en el Órgano Judicial, en el Juzgado Primero de Niñez y Adolescencia; abogado en la Oficina de Asesoría Legal de la Lotería Nacional de Beneficencia; abogado de contrataciones públicas en el Departamento Legal de Secretaría Administrativa de la Procuraduría General de la Nación. Actualmente, ejerce la práctica privada en la firma Yanguéz & Co.

SUMARIO

La interacción en redes sociales por parte del trabajador, como manera de mostrar el tipo de actividad desempeñada, inconformidades con la empresa y/o jefes, o simplemente navegar en ellas durante el tiempo efectivo de trabajo, pueden ser causas justas de despidos.

Palabras claves: Redes sociales, despido, trabajadores.

ABSTRACT

The interaction in social networks by the worker, as a way of the type of activity performed, disagreements with the company and/or bosses, or simply browsing them during the effective time of work can be just causing of dismissals.

Keywords: Social networks, dismissal, workers.

INTRODUCCIÓN

El avance tecnológico ha sido un elemento que ha trastocado nuestra vida diaria, trayendo consigo nuevas formas de interacción social y comunicación. Las redes sociales, son una consecuencia de esos vertiginosos cambios. La mayoría de nosotros ha aperturado al menos una cuenta en las variadas redes sociales que existen, al igual que en la más populares.

Aparte de compartir con otros nuestras vivencias diarias, las redes sociales se han convertido en formas de informar situaciones o hechos, lo que puede ir más allá de los límites de la libre expresión o comunicación, provocando situaciones a nivel legal, toda vez que se lesiona un bien jurídico. Dicha lesión, puede acarrear consecuencias disciplinarias, civiles o penales.

Para este artículo, expondremos algunas situaciones que se pueden dar en redes sociales a nivel laboral y que pueden encajar dentro de las causas justas de despido.

El Código de Trabajo en el artículo 213 señala tres clases de

causas justificadas que facultan al empleador a terminar la relación de trabajo:

- De naturaleza disciplinaria
- De naturaleza no imputable
- De naturaleza económica

Los hechos o situaciones que puede realizar un trabajador y que podrían ser causas justas de despido están dentro de la primera categoría. Las causas disciplinarias actualmente son dieciséis. Algunos de esos numerales, en los últimos veinticinco años sufrieron reformas, sobre todo en el año 1995, por lo que urge una nueva codificación.

SITUACIONES EN REDES SOCIALES Y CAUSAS JUSTAS DE DESPIDO

ACTOS DE VIOLENCIA, AMENAZAS O INJURIAS

El artículo 213 numeral 2 establece como causa justa de despido:

2. Incurrir el trabajador, durante sus labores, en actos de violencia, amenazas o injurias en contra del empleador, sus familiares o de miembros del personal directivo de la empresa o negocio, o de los compañeros de trabajo, excepto que hubiere mediado provocación.

Si un trabajador en cualquier red social profiere amenazas o incita a la violencia contra el empleador y el resto de las personas que describe la norma, consideramos que pudiese ser una causa justa de despido.

Hay un aspecto importante de la norma, y es que indica que las conductas tienen que ser durante sus labores. Desde nuestro punto de vista, las redes sociales trascienden más allá del ámbito laboral, por lo que, en caso de publicación en su día libre, fines de semana o domicilio, aplicará lo que describe el numeral 3 del artículo 213.

El numeral 3, se refiere a esos hechos, pero cometidos fuera del centro de trabajo. De ser estos extremadamente graves, no se

podrá continuar con la relación laboral señala la norma.

Respecto a la eximente de provocación, pudiese ser que tal reacción en las redes sociales sea producto de algo que se publicó o algún otro hecho en el lugar de trabajo, correspondiéndole al empleado o trabajador probarlo. Todo esto, quedaría a consideración de los jueces de trabajo, tal como manifestamos.

En el Derecho Comparado, hay jurisprudencia que ha manifestado los límites de los empleados en cuanto a lo que pueden publicar, o como se dice, postear en redes sociales. En un caso en Canadá, Loughheed Imports Ltd. (West Coast Mazda) vs. United Food And Commercial Workers International Union (Carro Hernández y Espinoza C.), la empresa decidió despedir a dos trabajadores por los comentarios vertidos en *Facebook*.

El sindicato que amparaba a los trabajadores decidió recurrir la decisión, siendo del caso que la Junta de Relaciones Laborales de Columbia Británica manifestó que:

“Los comentarios formulados por los reclamantes en Facebook fueron los comentarios perjudiciales sobre el negocio del Empleador (...). Estos comentarios fueron hechos para Facebook a casi 100 o 377 personas, incluyendo empleados. Me parece, con base en los hechos y el análisis en *Leduc v. Romana*, que los reclamantes no podían tener una expectativa seria de privacidad cuando publicaron comentarios en sus sitios web de Facebook y por lo tanto los comentarios son perjudiciales para el negocio del empleador” (Carro Hernández y Espinoza C.)

Así mismo, la jurisprudencia española ha valorado la libertad de expresión y las limitantes en relación con otros derechos, entre estos la privacidad, ya que la difusión de comentarios, frases o calificaciones contra el empleador o compañeros de trabajo queda a lectura pública, por lo tanto, se da la causal que motiva el despido:

“La sala está de acuerdo con los argumentos de la empresa recurrente, que a través de un blog informático personal un trabajador, también desde su domicilio, puede incurrir en faltas disciplinarias laborales si, a través de esta forma escrita, pública y abierta, insulta y trata de forma vejatoria, clara y explícita, directivos o compañeros de trabajo o su empresa empleadora. Efectivamente el derecho fundamental a la libertad de expresión no es absoluto y queda limitado por el ejercicio de otros derechos fundamentales, también en el ámbito de la empresa.” (Bodegas Huelga)

En la sentencia comentada, el caso se debía a insultos que una trabajadora efectuó en su blog, que, si bien no tiene las características propias de redes sociales, sí se puede compartir por medio de éstas, por lo que, con fundamento, la empresa la despidió por sus comentarios. Hacemos énfasis en que el tribunal hace la ob-



Imagen de Cerd Altmann en Pixabay.

servación, que si bien los hechos, no fueron en el trabajo, incidió en el mismo. En el caso panameño, podría subsumirse en la causal del numeral 3 del artículo 213 del Código de Trabajo.

**REVELACIÓN DE SECRETOS
TÉCNICOS, COMERCIALES,
DE FABRICACIÓN
O ADMINISTRATIVOS RESERVADOS**

El artículo 213 numeral 4 dispone:

4. La revelación por parte del trabajador, sin la autorización de su empleador, de secretos técnicos, comerciales o de fabricación o la divulga-

ción de asuntos de carácter administrativos reservados, cuya divulgación puede causar perjuicios al empleador.

Hay información comercial y empresarial, a la cual muchos empleados tienen acceso por el tipo de trabajo y más cuando son de confianza. Pudiese ocurrir la divulgación de algún tipo de información vía red social, por ejemplo, modelos de volantes o promociones, que el empleador o empresa planeaba mostrar en determinado tiempo.

Esto nos parece una causa justa de despido, por violar el numeral citado, toda vez que esa exposición (que pudo ser sin con-

sentimiento expreso), provocaría que un competidor que la haya visto, adelante una campaña en ese mismo sentido o mejore la oferta, cuyo efecto acarrea la pérdida de ingresos o clientes.

Cualquier información confidencial que el trabajador divulgue en redes sociales, pudiese encausarse en este numeral. Con mayor razón, si de por medio hay un contrato de confidencialidad.

El profesor Oscar Vargas Velarde, manifiesta en relación con esta causal, que la revelación implica aquellas materias reservadas pero lícitas, pues sí los hechos contravienen la legalidad, el empleado está obligado a denunciarlo (Vargas Velarde). Sobre

esta circunstancia, consideramos que, si la denuncia la hace a través de redes sociales, debe de denunciar formalmente ante la autoridad correspondiente el hecho, y pudiese ser causa para una renuncia justificada.

FALTAS GRAVES DE PROBIDAD U HONRADEZ

El artículo 213 numeral 5 señala:

5. Incurrir el trabajador, durante la ejecución del contrato, en faltas graves de probidad u honradez, o la comisión de delito contra la propiedad, en perjuicio directo del empleador.

Según una sentencia del 30 de abril de 1993, proferida por el Primer Tribunal Superior de Trabajo, probidad es el actuar con rectitud, integridad u honradez. El trabajador debe cumplir con su labor de buena fe, por lo que todo acto que le sea contrario a este principio representa una transgresión a la norma.

En otra sentencia, el Primer Tribunal Superior de Trabajo indi-

có que es falta de probidad que un trabajador ejecute un negocio similar al de la empresa, aunque se realice en hora de almuerzo. En ese sentido, dicho Tribunal en un fallo posterior, indicó que realizar un negocio en el mismo giro del empleador era una competencia desleal, aunque fuera en tiempo libre, considerándolo una falta de probidad u honradez.

¿Qué pasaría si vemos en el perfil de un colaborador o empleado, en equis red social, que ésta realizando un negocio similar al de su empleador? Siguiendo los lineamientos de la sentencia mencionada, sería una falta de probidad u honradez. Con mayor razón se daría esta falta, si lo que promociona o difunde en redes sociales, es sustraído de la empresa, lo que también es un delito.

COMPROMETER LA SEGURIDAD DEL LUGAR DE TRABAJO

El numeral 8 del artículo 213 señala:

8. Comprometer el trabajador con su imprudencia o des-

Cualquier hecho que represente falta de cautela o de precaución durante el desempeño de labores o en perjuicio de sus compañeros, clientes o público, será motivo para despedir.



cuido inexcusable, la seguridad del lugar donde se realicen las labores o de las personas que allí se encuentran.

Según el numeral citado, cualquier hecho que represente falta de cautela o de precaución durante el desempeño de labores o en perjuicio de sus compañeros, clientes o público, será motivo para despedir. Una situación que podría configurar esta causa justa de despido podría ser que el empleado suba una foto o comentario, donde se muestre un determinado lugar o ubicación, o se haga referencia al mismo, y que esto sirva para que otra persona pueda cometer un robo en las instalaciones mostradas, por ejemplo.

Al momento de escribir este artículo, no hemos encontrado sentencia alguna sobre esta situación o información en la jurisprudencia patria que haga referencia a que por un hecho como el descrito se haya producido algún acto delictivo en contra de una empresa o en perjuicio de usuarios o clientes.

LA INASISTENCIA DEL TRABAJADOR A SUS LABORES, SIN PERMISO DEL EMPLEADOR O SIN CAUSA JUSTIFICADA

El numeral 11 del artículo 213 reza lo siguiente:

11. La inasistencia del trabajador a sus labores, sin permiso del empleador o sin causa justificada, durante dos lunes en el curso de un mes, seis en el curso de un año, o tres días consecutivos o alternos en el período de un mes. Para los efectos de este numeral se tendrá como lunes el día que sigue a uno de fiesta o duelo nacional.

La norma es clara, señalando la cantidad y los días que se toman en cuenta, para efectos de ausencias en el trabajo y abandono, para que sea considerada causa justa de despido.

¿Dónde entran las redes sociales en este punto? Supongamos que el trabajador no asistió e indicó una causa o motivos, que le permitieron consideración de

parte del empleador. Resulta ser, que al revisar su red social o en algunos de sus contactos, hay fotos de él, por ejemplo, en un hotel de playa. Si hay reincidencia en cuanto a no haber causa justificada de ausencia, aunado a las veces en que se ha efectuado (dos o más), podría ser una causa justa de despido.

Sobre lo manifestado, también se podría argumentar, que las fotos que aparecen en la red social son de carácter privado.

USO DE LAS REDES SOCIALES DURANTE LA JORNADA LABORAL

Esta situación se da mucho hoy en día, lo que viene a suponer un gran problema que muchas veces es difícil de resolver. Lo que queda por determinar sería dentro de cuáles causales encajaría esta conducta. Por un lado, está el numeral 10 del artículo 213 del Código de Trabajo referente a la desobediencia del trabajador, sin causa justificada, y en perjuicio del empleador las órdenes impartidas por éste o sus representantes en la dirección del trabajo.



Imagen de Cerd Altmann en Pixabay.

Si por disposición del reglamento de trabajo o directrices laborales, el trabajador no debe utilizar las redes sociales en horas laborables, tanto en su celular como en su ordenador, podría ser causal justa de despido disciplinario, una vez se acredite de forma fehaciente el incumplimiento de las disposiciones de la empresa.

Aunado a lo anterior, y si por la naturaleza del trabajo, el trabajador requiere atención a lo que hace, cuando hace uso del celular u ordenador para acceder a redes sociales, podría descuidar su labor de tal forma que incida en su rendimiento personal, del departamento o dirección a la cual está adscrito o de la empresa en general, esto podría enmarcarse en el numeral 16 del artículo 213 del Código de Trabajo.

El citado numeral, señala que la falta notoria de rendimiento, ca-

Si por disposición del reglamento de trabajo o directrices laborales, el trabajador no debe utilizar las redes sociales en horas laborables, tanto en su celular como en su ordenador, podría ser causal justa de despido disciplinario...



lificado de acuerdo con los sistemas y reglamentos concretos de evaluación técnica y profesional, previamente aprobados por el Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral o la Convención Colectiva, es una causa justa de despido disciplinario.

En nuestra opinión, si se acredita la falta de rendimiento por el uso de redes sociales, de forma objetiva, acorde con los reglamentos y sistemas preestablecidos, y que la misma incida en el rendimiento, sería viable su aplicación. Consideramos que hay cierta conexión entre las dos causales, por lo que, de ser el caso, sería posible la citación y prueba de ambas causales, al momento de terminar la relación laboral.

LOS LÍMITES DE LO PRIVADO Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

La aplicación de una causal justa de despido requiere una evaluación de los elementos que llevan a su implementación. La doctrina, ha señalado que se requiere determinar si los hechos trascienden más allá de lo privado, ya que cada red social tiene parámetros que son controlables por el usuario y que son determinantes para ver lo publicado o posteo (Carrero Hernández y Espinoza C.).

Esto nos llevaría a lo que dispone el artículo 29 de la Constitución Nacional sobre libertad de comunicación. Un efecto de las redes sociales es que la línea entre lo público y privado es muy difícil de delimitarse. Las pruebas que se aporten serán la clave para que se esclarezca y se delimite la causal y el grado de afectación de lo publicado o emitido en redes sociales.

Es así como tendrán que tomarse en cuenta, elementos de valoración y el equilibrio que debe tenerse entre el hecho y la sanción a aplicada:

VINCULACIÓN DIRECTA ENTRE EL AUTOR Y LO PUBLICADO

El perfil de quien hizo los comentarios o posteos, deben corresponder al empleado o empleada que comete la infracción. Es decir, la identidad del usuario/empleado, sea acreditada. Para estos casos, pudiese el empleado o empleada alegar que no fue él quien hizo el comentario (por hackeo de cuenta, robo de identidad o clave) pero le recaerá la carga de la prueba.

CANTIDAD DE PERSONAS QUE VIERON LA PUBLICACIÓN

No cabe duda de lo rápido que un comentario o publicación puede ser visto, sobre todo si en la misma se vierten comentarios despectivos o es una publicación que desvela aspectos negativos del empleador o lugar de trabajo. La cantidad de usuarios que vieron la publicación, foto o posteo motivo de la causal, será determinante en la evaluación de cada caso.

VERACIDAD Y MAGNITUD DE LO PUBLICADO

Que tan graves sean los comentarios o lo posteo en redes sociales, tiene que ser analizado. La relación obrero patronal, tiene que verse seriamente afectada, haciendo imposible la normal convivencia, lo que ineludiblemente lleva a que se tenga que invocar la causal para despedir al trabajador.

MODIFICACIONES AL CÓDIGO DE TRABAJO

Nuestra normativa laboral tiene poca capacidad de respuesta a esta y otras situaciones a nivel laboral, lo que hace necesario un cambio legislativo en esa dirección. Vemos con el pasar del tiempo, que hay más tecnologías que han trastocado y seguirá a futuro, en lo que se refiere al tema del trabajo.

Con el Código de Trabajo actual, de darse situaciones en redes sociales y que encajasen o se pudiesen ceñir a las causas justas de despido, queda sujeta

a una adecuada captación de la prueba, es decir, demostrar que hay motivos para aplicar la causal con base a lo que se ha publicado en redes sociales, y en segundo lugar, al criterio del juez, a quien le corresponderá la valoración de los hechos y las pruebas.

Esa tarea no puede seguir esperando, tenemos que estar acorde con el nuevo siglo y la nueva clase de economía que ha surgido, requiriéndose para ello la mayor disposición posible de la parte empresarial y trabajadora, ya que todos los sectores económicos se han visto influenciados por las nuevas tecnologías.

CONCLUSIONES

- Es necesario un nuevo Código de Trabajo tomando en cuenta las nuevas realidades económicas y tecnológicas y que se considere la influencia de las redes sociales, dentro de las causas justas de despido.
- Las redes sociales han causado gran impacto en nuestras interacciones personales, lo que puede llevar a situaciones que

acarrear responsabilidades de índole civil, penal y disciplinarias, en este caso convertirse en causas justas de despido.

- Es necesario que las empresas tengan reglamentaciones expresadas sobre el uso de redes sociales. Con unas disposiciones sobre uso de estas, es posible prevenir situaciones que afecten las relaciones laborales, así como la productividad tanto individual como general.
- Las nuevas tecnologías han creado una dinámica laboral,

que le da cierto nivel de complejidad, ya que los límites entre lo público y privado, así como de libertad de expresión, no están claramente delimitados.

- Una de las principales adecuaciones en materia laboral, así como en todas aquellas ramas del Derecho que están siendo desbordadas por la tecnología, es el referente a las pruebas y su valoración, que para estos casos serán determinantes al momento de acreditar o no la causal de despido.

BIBLIOGRAFÍA

- Bodegas Huelga, Cristina. «¿Pueden ser causa de despido la publicación de comentarios inapropiados u ofensivos en redes sociales?» *Revista Law and Trends* (2019). <<https://www.lawandtrends.com/noticias/laboral/puede-ser-causa-de-despido-la-publicacion-de-comentarios-inapropiados-u-ofensivos-en-redes-sociales-1.html>>.
- Carro Hernández, María del Rocío y Gabriel Espinoza C. «Redes sociales y el despido sanción.» *Revista del Poder Judicial de Costa Rica* (s.f.). <https://salasegunda.poder-judicial-go-cr/revista/Revista_N9/contenido/pdf/arti_01_09.pdf>.
- «Código de Trabajo.» Sistemas Jurídicos, S.A., 2018.
- Grupo Lexa. *Blog Lexa: Jurisprudencia laboral Novedosa*. 29 de octubre de 2019. <<http://www.legaltoday.com/blogs/transversal/blog-lexa-jurisprudencia-laboral-novedosa/es-procedente-el-despido-de-un-trabajador-por-proferir-insultos-hacia-la-empresa-y-sus-companeros-a-traves-de-su-cuenta-en-una-red-social>>.
- Vargas Velarde, Oscar. *Derecho de Trabajo*. Segunda Edición. Vol. Tomo I. Panamá: Impresos Taviál S.A., 2011.

Does China Have A Piercing Corporate Veil? How Does The Doctrine Of Piercing The Corporate Veil In China Work?

BY ALEXANDER MONG*



* Profesional del Derecho graduado de la Universidad de Panamá, candidato al examen de barra de la Unión Británica y ganador de la Beca Fundación Tanoto. La Fundación Tanoto me otorgó la oportunidad de estudiar una maestría en la universidad número uno de China y realizar una pasantía en una de las firmas más grandes de China.

SUMMARY

China is one of the greatest world's developing countries with a quite unique legal system where the tribunals do not have completely freedom to make interpretation of the law and also do not have the capacity to make precedents.

Starting from this point, this work will try to explain the Chinese Piercing Corporate Veil works there.

For this reason, this work will be divided in three parts. The first one will content the concept of piercing the corporate veil, history, and a brief development of the concept legal personality. The second one will be about the history of the company law in China which I think is quite important to understand the situation of the Chinese Company Law. The third one will be about the Chinese Corporate Veil which will be the chapter where I will try to explain this doctrine in China and its application.

Key Words: Piercing Corporate Veil, Chinese Corporate Veil, Company Law, Corporate Law, China.

PART I. CONCEPTS, HISTORY AND LEGAL PERSONALITY

CONCEPT OF PIERCING THE CORPORATE VEIL DOCTRINE

A doctrine is a rule, principle, theory, or tenet of the law (Black's Law Dictionary). The Doctrine of Piercing the Corporate Veil of a company constitutes one of the many potential legal actions that a plaintiff can use against a corporation. This doctrine lets the tribunals ignore the corporate shield that protects shareholders from lawsuits against them and makes them personally liable in lawsuits held against the company (Figuerola 17). This doctrine allows creditors to go directly to the shareholders of the corporation who are suits in order to look for the payment of their credits. What makes unique this doctrine is the great attention that has been generated during the last century. In fact, there are some scholars who said that piercing the corporate veil is one of the most litigated topics

in corporate law, like Robert B. Thompson (Thompson 1).

However, there is no clear way or presentation of its essential aspects which can be used as a point of reference for its effects in some jurisdictions; in other words, there is no clear statute or regulation about this doctrine in some jurisdictions like in United States, Spain and Panama because on this kind of jurisdictions, tribunals enjoy a discretionary freedom on the application of this doctrine. It is generally accepted that it is difficult to predict how a tribunal is going to decide in a piercing corporate process, knowing that the point to have a limited liability company is because of the legal shield that their shareholders can have when they constitute one, therefore, in this kind of jurisdiction, there is a lot of jurisprudence and doctrine that try to explain this topic in order to get a census about it. But apparently in China is different; there is a statute or law that regulates this situation which is quite uncommon in some of the legal systems in the world.

Some scholars like Stephen B. Presser, defines that the veil of

the corporate fiction, or the artificial personality of the corporation is pierced, when the individual or corporate shareholder exposed to personal or corporate liability, as the case may be, when a court determines that the debt in question is not really a debt of the corporation, but ought, in fairness, to be viewed as a debt of the individual or corporate shareholder or shareholders (Bainbridge 80).

For Jose Luis Seoane Spiegelberg we could suppose that he understands the theory of the following way: The lifting of the veil like impeding mechanism of the circumvention of the Civil Responsibility (Pérez Suay 26).

I personally believe that for understand the Chinese Piercing Corporate Veil we need to know the story about this doctrine in the western world, which is the part where it came from, first then move to the Chinese area, so I decided to dedicate the next part into a brief history of Piercing the Corporate Veil history.

HISTORICAL BACKGROUND OF PIERCING THE CORPORATE VEIL

With the Industrial Revolution that caused an accelerated technological and business growth, a massive creation of limited liability companies was generated and, with this, also an abusive exercise of the right, through which, the partners or those who acted under the corporate form, they performed unlawful acts protected under a corporate form or collective organization, using it as a mask or screen, for their own benefit and / or to the detriment of third parties.

This phenomenon created because of the so-called Dogma of the secrecy of the legal entity (Pérez Suay 18). With the limitation of corporate liability, the idea pointed that the properties, credits, and debts contracted by the legal entity had nothing to do with the shareholders equity. In this sense, the legal entity enjoyed patrimonial autonomy, existing an independence between both patrimonies, that of the society, and that of the partners. It is for this

reason that precisely this secrecy led to a deformity of the concept of legal personality and therefore, abuses in the use of it, making possible the assumption of risks that, under other circumstances, would not have been assumed.

Because of this situation, a much more agile, flexible, and adaptable jurisdiction than the Roman-Germanic, began to apply a new doctrine essentially jurisprudential that received the name of Disregard of legal entity or piercing the corporate veil. Its purpose was based on establishing a legal mechanism that would make it possible to dispense with the formal structure of the legal entity until finding members who, committing Fraud of Law or Abuse of Law or any unlawful act, carried out antisocial acts against creditors or third parties. Therefore, today we know this theory with the poetic expression of the piercing the corporate veil of the English language.

Indeed, at the beginning of the application of the Doctrine it was first developed by the Anglo-American courts, both in the Courts of Equity of the United

Kingdom and in the United States which are both common law countries given them more flexibility in the topic.

The historical foundation lies, apart from an economic development with considerations different from those of the rest of Europe, in the conception of the legal personality as an artificial entity of state concession. In this sense, there were two determining factors for the Common Law jurists to decide to start this new practice. The first has to do with the state nature. Obviously, this meant that the control of the actions could be done in a more direct way. And, secondly, with the very conception of the Common Law, whose application of law resides more on the practical than on the theoretical, starting from very specific situations. In this sense, the resolutions allowed to reach more just solutions according to criteria of conscience and equity, not so formalistic.

One of the first cases where the jurisprudence, of this jurisdiction has had to build its own mechanisms to combat the possible abuses of the legal personality,

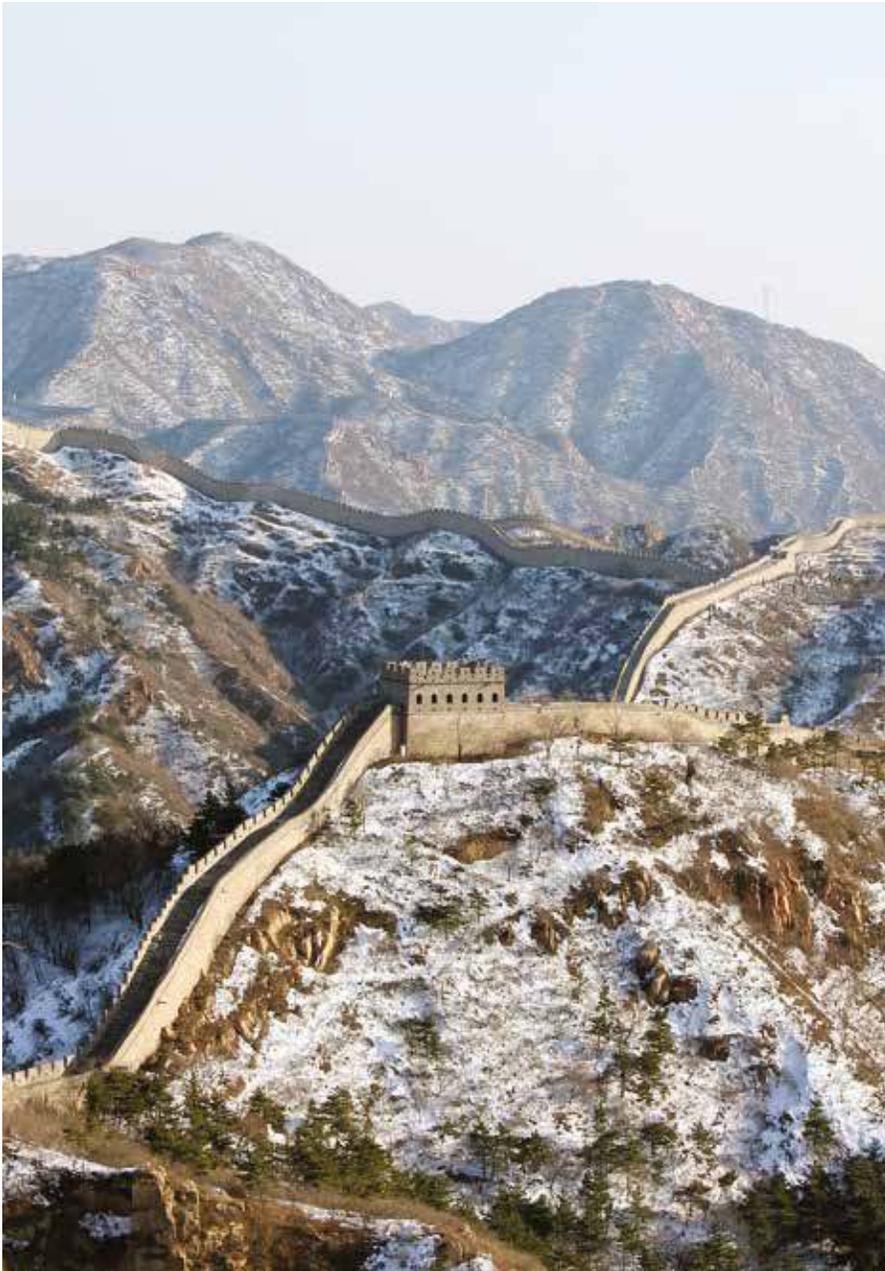


Imagen de Songshu888 en Pixabay.

using the lifting of the veil the case of *Salomon & Company Ltd.*, also known as *Salomon vs. Salomon* which also develop the definition of the separated legal personality of a company (*Salomon v A Salomon and Co Ltd*). This case was about Aron Salomon, a leather craftsman who initially run a sole proprietorship business and decided to sell it to a limited liability company (*Salomon & Company Ltd*), who was incorporated with members of his family and him. The price for such sell was paid to Aron Salomon by way of shares. Eventually, this business fails and one of its creditors, Edmund Broderip with the liquidator, tried to make Aron Salomon (natural person) and not Aron Salomon & Company Limited (legal person) to pay him what he was owed. The Court of Appeal, declaring the company to be a myth, reasoned that Salomon had incorporated the company contrary to the true intent of the then Companies Act, 1862, and that the latter had conducted the business as an agent of Salomon, who should, therefore, be responsible for the debt incurred during

such agency. Although both in first and second instance were ruled in favor of the claim of the creditor, it was ultimately rejected by the House of Lords, which ruled that physical and legal persons were two different entities. We can see that this case did not apply the pierce of the corporate veil at all, but it created a precedent for the doctrine with some explanation about it and a clear definition of the separation of legal personality.

In the United States, one of the first cases on the application of piercing the corporate veil doctrine was the case *Bank of United States vs. Deveaux* (*Bank of the United States v Deveaux*), resolve by Judge Marschall, a judge of the Supreme Court of the United States in the year 1809. The case began when a natural person brought a lawsuit against a legal person, the Bank of the United States, before the Federal Court, where Judge Marschall was a judge. The Bank of the United States alleged the lack of jurisdiction of the Federal Court based on article three, second section of the Federal Constitution accord-

ing to which, the jurisdiction of the Federal Courts only had jurisdiction over disputes generated between citizens of different states. The judge decided that he should maintain the competence since, although one of the parties was a company, he understood that the reality was that the company was composed of individual persons. Specifically, and for the first time, a court decided to find out what was the responsibility of the people that made up the companies, in particular the banks, penetrated the condition of their own components over the limited liability that could be denied by the company itself, as an independent entity.

LEGAL PERSONALITY

Knowing that the doctrine of Piercing the Corporate Veil is related to the legal personality of the companies I think we should develop in this work what is this unique characteristic of them and how does it work.

Etymologically, the word personality derived from person. To be a legal person is to be the sub-

ject of rights and duties. To confer legal rights or to impose legal duties, therefore, is to confer legal personality (Smith 283). Legal personality is the legal concept by which, as subjects of law, both natural persons and entities or societies are subject to rights and obligations (Pérez Suay 12). With this we can defined a company as a body of persons formed under the law and granted legal personality, the partners combine certain goods, to made acts of trade and division in order to get benefits (Chebeleu).

Speaking about the characteristics, we can determine some particular elements of the legal personality that this is born from a legal act of constitution with all his required elements (name of the company, domicile, article of association, ect.), which the law endows with its own personality, independent of the one of the natural persons that integrates it. In addition, we know that it includes express recognition by an administrative body or an authority, through registration in administrative office of the State.

As we have just explained, legal personality is a legal fiction that we attribute to entities that, by their nature, are susceptible of legal responsibility...



Another important aspect that we have to know is the distinction between legal personality and legal capacity. As we have just explained, legal personality is a legal fiction that we attribute to entities that, by their nature, are susceptible of legal responsibility; they are apt to be subjects of rights and obligations. In this sense, the legal personality is not susceptible of change; or you have, because you have met the requirements to be established as such, or do not have. In other words, the legal personality exists if you have met the requirements or not, otherwise you will not have the qualification of the law as a person with legal personality.

With this, we can say that business companies legally constituted by a group of persons are all, legal persons, and as such, are subject to a series of rights and obligations of their own. Companies, when they are constituted, need a contribution, which will configure the social capital of the company, divided in shares or participations depending of the type of company.

Having seen how the legal personality influences the social configuration, and therefore, regarding the rights and obligations of the partners, we will conclude this section with the two factors to be considered on the legal personality.

First, the limitation of liability. The shareholders contract obligations in the name of society, with the only limitation, as regards their own responsibility, of the amount of equity contributed generates an assumption of risks much higher than would be assumed if this responsibility is not limited.

Second, the fact that legal personality supposes protection in favor of third parties that contract with the company to the extent that, it assumes the duty to preserve, at least, a patrimony equivalent to the social capital. In this sense, it could be said that society, through legal personality, is guarantor of solvency against debts that could be contracted with a third party. In other words, the responsible of the debts caused by the legal acts between the company and third parties is the company by itself

because as we explained it has rights and obligations.

However, having limited liability does not mean that it will eliminate the risk of business failure, but rather shifts some of the risk of business failure to creditors. The risk of an enterprise is allocated to the more efficient risk carrier. If a creditor were permitted to reach an investor's personal assets after a business failure, investors would be discouraged from investing. Limited liability, therefore, encourages investments. The creditors of limited liability companies accept additional risk, and therefore raise their prices to reflect the risk they have assumed. The shift in liability from shareholders to creditors produces gains for society because the creditors are more efficient in evaluating (Reed 7).

We can find this separation on the Chinese Law in his article 3 of the Company Law which state that a company is a legal person with independent property and is entitled of property rights. The company will be liable for its debts with all its assets so we can see that China has already made that separation.



Imagen de Karolina Grabowska en Pixabay.

In Panama, have this separation stipulated in the Commercial Code on the article 251 which describe that a company constituted in accordance with the provisions of the Code, will have its own legal personality and distinct from that of the partners for all its acts and contracts, with this we can see that the Panama Commercial Code is defining that companies have their own legal personality and are different from the partners.

PART II. CHINESE COMPANY LAW

HISTORY OF THE COMPANY LAW IN CHINA

Knowing the historical background of Piercing the Corporate Veil in the western world, I think is better, for the purpose of understanding this topic in Chinese jurisdiction, to know about the Chinese Company Law history as an antecedent and develop a better comprehensive legal way on the method and evolution of this legal

tool in their jurisdiction. Because of this, I decided to develop a briefing history first of their jurisdiction.

PRIOR 1978

Company Law existed before the People's Republic of China came to life. It started with the Qing Dynasty, enacting the first Company Law in 1904, recognizing the need to promote the creation of Chinese companies so it was going to be possible to compete with the foreign companies who were producing and marketing their goods on China (Nikkel 507). This was known as the Corporation Law.

After the founding of the Republic of China by the Kuomintang, China promulgated some regulations in 1914, with these regulations, the Kuomintang government promulgated the Corporation Law in 1929 which was a comprehensive piece of corporation legislation (Gillies y Low 67).

The 1929 Company Law was eventually replaced by the New Company Law of 1946. We have to remember that by this year

the Kuomintang Government was overthrow so the People's Republic of China was born and with this all Kuomintang legislation were replaced setting a political and economic basis for socialist reconstruction.

In 1950, China created "The Interim Regulations on Private Enterprises" which contained 32 regulations by trying to create enterprises by three forms: sole proprietorship, partnership, and corporation. But by this time, private enterprises experience a hard time by the Government, The Party policies changed quickly from a toleration of socialist integration into a completely elimination of the private property (Nikkel 508). Because of this, most of the companies were nationalized, losing their corporate nature, and became either state-owned or collectively owned.

AFTER 1979

After Mao, Deng Xiaoping directed China to the direction of pursuing economic growth and tried to welcome foreign invest-

ment. A Sino-foreign joint venture law was enacted in 1979 to legalize the establishment of foreign invested limited liability companies. This law was among the first efforts in order to reintroduce independent business companies with limited liabilities. The State Council approved the "Provisional Regulation on the Promotion of Cross-wise Economic Co-Operation" which gave setting to all forms of cooperative bodies without restrictions on operation and ownership, but companies remained without regulation, guidance for establishment, registration, operation, and dissolution of companies. Without this kind of regulation, China was facing a lot of troubles; some companies that use to have a huge quantity of registered capital had investors who withdrew their capital after the verification, or sometimes companies illegally took over the property of other companies (Qing 463).

In 1980, the government of China develops the "Interim Provisions for the Promotion of Economic Cooperation" in order to encourage business with joint

ventures. This created cooperation between businesses from different parts of China and resulted in many successful domestic joints ventures.

After that in 1988 the National People's Congress passed the "Law on State-Owned Industrial Enterprise". This piece of Law is important because with it, they free the enterprises from the government control.

We should mention that the most important development of China in their corporate legal system is the creation of the national Company Law in 1993, enacted by the National People Congress which took effect in 1994. This Company Law was created because there was a need of establish a modern enterprise system, which can regulate the organization and activities of the companies, protecting the legitimate rights and interest of companies and it will develop the socialist market economy that China is always pointing.

The Company Law from 1993 has had been revised four times. The first two happened in 1999

and 2004, which only changed technical aspects of the law. The third revision in 2005 was most significant because there were only 24 articles of the law that were untouched. In a brief way, we can say that the 2005 revision brought a wide range of changes and relax of the restrictions upon business incorporation and operation in China. The last time the Company Law was modified in 2014 which the most important changes are:

- Removing the registered capital requirements for company establishment.
- Replacing the paid-up capital registration system with a subscribed capital registration system; and
- Removing the minimum cash requirement.

So, with this we can see that the Chinese Company Law recognizes two types of company: limited liability companies and limited liability by shares.

PART III. PIERCING THE CORPORATE VEIL IN CHINA

PIERCING THE CORPORATE VEIL IN CHINA DEVELOPMENT

THE COMPANY LAW OF 1993

Before the Company Law from 2006, piercing the corporate veil doctrine in China was not legally recognized and operated in a state of uncertainty. As I mentioned before, the first comprehensive Company Law in China was created in 1993, however, the 1993 Company Law did not grant Chinese courts the right to pierce the corporate veil. Nor did any other statute confer such power. As a result, most Chinese commentators agreed that China's law did not include piercing the corporate veil (Wu 331).

According to the professor Jiang Ping, the "Chinese Company Law" from 1993 provided only certain limits to limited liability companies, although there was no article directly speaking to the piercing issue, so it did not provide and specific tool for creditors who might be harmed by violation of the

company. The law provided legal liability in his article 206 through 228, which provided penalties if a company violates the law with respect to its registered capital, or acts unlawfully in any of the other manners stipulated but these articles only for criminal and administrative penalties and therefore do not provide an cause of action for creditors or others who might be harmed by the violations stipulated in these articles (Albert 880). From the other side, we have that the principles of legal personality and limited liability were grounded in two articles on the legislation of the "General Principles of Civil law", article 41 and 48 providing that state-owned enterprises, and all enterprises are all considered legal persons, and therefore they accept civil liability for their assets (Lee y Blumental 230). Still, there are some scholars that said that the legal ground of piercing the corporate veil on the "General Principles of the Civil Law", in his article 58 which condemns infringements of the law or activities against the public interest and the article 4 which have another similar state-

In the Western Judicial system, we have an entirely separation of the judicial function from the legislative and executive role but in China, the Supreme People's Court is enabling with a legislative role as well as an adjudicative role.

”

ment: civil activities should act with honest and trustworthy behavior, with this we can see that court was trying to fix abusive practice by trying to use the principle of bona fide (Lee y Blumental 232).

Chinese judicial system is not like the Western judicial system. In the Western Judicial system, we have an entirely separation of the judicial function from the legislative and executive role but in China, the Supreme People's Court is enabling with a legislative role as well as an adjudicative role. Chinese law does not explicitly include a precedent system making judgments of higher courts binding on lower courts but it does let the Supreme People's Court the power to issue judicial opinions in response to queries from lower court and these pronouncements have the full effect of law, equal in status to a law passed by the legislature, the National People's Congress (Bin Yu y Richard 65). Of course, for westerns, this is kind of situation is unusual, the idea that the judicial system having the same role as the legislator of creating a regulation without the legal

formalities cannot pass through our minds but if we think about it, this system is like the principle of filling the legal vacuum or gap filling function like some western jurisdictions have like Panama, which we will talk about it later. A gap filling happens when there is no statute or regulation about a legal issue discussed so a highest court have to fill this vacuum with judicial doctrine that becomes bindings in the judicial system.

Most of the scholars agree that before of the 2006 Company Law, the primary authority for piercing the corporate veil in China was found in a 1994 when Chinese Supreme Court document responding to a question presented by the Higher People's Court of Guangdong (Reed 19). The question discussed was a situation in where one enterprise establishes a company and this one later went out of business, so creditors sue this company, but this company did not have the minimum capital requirement with them. The provincial court got the advice from the Supreme People's Court that in a case where creditors of a failed

company had brought an action against the company's shareholders for debts owed by the company, and it had been proved that the owners had failed to meet the minimum capital requirements. The Court declared that as the shareholders had not contributed the minimum capital, the company had never been created as a matter of law, even if the license it had been issued. Since the company did not exist as a separate person the Court ruled it was possible for the creditors to sue the shareholders directly for debts of the company (Bin Yu y Richard 65). If we take a look at this opinion, we can see that the Supreme People's Court was willing to pierce the corporate veil but with some circumstances, but this document failed to establish a clear doctrine of piercing the corporate veil for several reasons (Reed 21):

- The interference of local Communist Party branches slowed proceeding and made the collection of evidence difficult.
- Inexperience judges did not

know how to apply the doctrine.

- The tendency to protect local companies mitigated efforts to use the doctrine.

Because of all this reasons we can said that there was no consensus case law at that time about piercing the corporate veil doctrine.

Years later, after this initial move, the Supreme People's Court of China acted again, but this time with an interpretation. This interpretation was about when the controllers of the company withdraw the capital of the company or misappropriate of the company asset, expressing that the liability of the controlling shareholder was limited to the amount of money he illegally transferred from the company to himself (Huang 30). But if we see this interpretation, we can see that the scope is also narrowed because the scope is just about the controller of the company.

Probably the closer judicial interpretation which came much closer to the doctrine of piercing the corporate veil in strict sense



Imagen de kuloser en Pixabay. CC0.

made by the Supreme People's Court was the one made in 2003. Under this interpretation, if a parent company in a corporate group committed fraud by exchange around the assets of its subsidiaries in a restructuring exercise trying to evade the debts incurred by the subsidiaries, it shall be held liable for the debts of the subsidiaries. Importantly, the liability of the parent company is not only limited to the money or values that were illegally transferred away from the subsidiaries (Huang 30). We can see that this interpretation is closer than the other two ones mentioned but the scope was also narrowed because it just mentioned that it

could be apply only to enterprises that are in a period of restructuring.

THE COMPANY LAW FROM 2006

Everything changed after the revision of 2006 of the Company Law. China figures out that given the limited ability of their Courts to interpret statutes and laws and the inability to create precedents, there was a need that the Company Law should show an explicit way to pierce the corporate veil so the National People Congress must provide a clear standard for the court to follow in deciding on piercing the corporate veil. For this reason, the amendment creat-

ed the article 20 of the new Company Law which states this:

“The shareholder of a company shall observe laws, administrative regulations and the company's articles of association, exercise the rights of a shareholder according to law, and shall not abuse his rights to damage the interests of the company or other shareholders; and he shall not abuse the independent status of the company as a legal person or the limited liability of shareholders to damage the interests of the creditors of the company.

Where the shareholder of a company abuses the rights of shareholders and thus causes losses to the company or other shareholders, he shall be liable for compensation according to law.

Where the shareholder of a company abuses the independent status of the company as a legal person or the limited liability of shareholders, evades debts and thus seriously damages the interests of the creditors of the company, he shall assume joint and several liability for the debts of the company”.

If we take a look at the article just mentioned, we can see that China piercing corporate veil law narrows the individuals who can request the court to pierce the veils which are the creditors. Apparently now days, there is a debate for the meaning of creditor that can apply for piercing the corporate veil. There are some scholars that argue that the article 20, as its text suggests, piercing corporate veil are only for cred-

itors, plaintiff must be a creditor, which exclude tort situations or consumer protection litigations. From the other side, there are some liberal scholars who suggest that the term creditor include not only business partners, but also tort victims and other types of creditors such as tax authorities. The Chinese courts seem to have a middle view of this debate setting that the term of the law is extended beyond trade creditors to cover tort victims as well, but not other bodies such as governmental agencies (Huang 763).

Another aspect that we should discuss on this article 20 of the Company Law is the element of abuse that it has. In the abuse aspect there are two other factors that can begin the application of piercing the corporate veil in China which are fraud and extent of damage. If we think about it, these two factors are difficult to proof in court and limit the applicability of it. It is difficult to state of how serious the damage should be to ask for a veil piercing but apparently this issue have never been brought and discussed in court

but from the other hand, the element of fraud was generally not separated argument as an abuse, in other words, fraud have been basically a necessary element in the piercing the corporate veil in China (Huang 765).

Another article of the Company Law which provides a veil piercing is the article 64, provision relevant to single shareholders of limited liability companies like this:

“Where the shareholder of a one-person company with limited liability cannot prove that the property of the company is independent of his own property, he shall assume the joint and several liabilities for the debts of the company”.

Article 64 is about single or sole shareholders companies that are commingling assets. This take off the corporate veil for all if a creditor argues that the owner property coincides with the one with the company unless the company owner is able to prove oth-

erwise (Bin Yu y Richard 76). If we think about it, in a strict matter of law, it is impossible for the company property to be also the owner's shareholder property. Only one entity can be the owner of that property who is going to be company as we explained in the legal personality section. Is going to be difficult for single or sole shareholders of a company to prove that their assets are different from the company in practice, in proof we have a piercing rate of 100% in China about this situation (Huang 765). There are some reasons that explain this (Huang 765):

- First, Chinese courts seems to be more skeptical of the integrity of one member company. In other word, they do not understand the separation of assets that a legal entity brings to life after it is constitutions of a legal person, they believe that, as a sole shareholder, they are the owner of the company, so the company asset are their assets and his assets are the same for the company.

- Second, the term commingling appears to be kind of vague in this law. Sometimes sole shareholders misappropriate the asset of the company and mix them with their assets which in case is a ground for pierce the corporate veil.
- Third, as we mention, the burden of proof is in the defendant, the shareholder has to prove that his asset is separated from the asset of the company which in practice is difficult to do in courts.

The last provision that we can find in the Chinese Company Law about piercing the corporate veil is the article 190 which provision this:

“Members of a liquidation team shall be devoted to their duties and perform their liquidation obligations according to law.

Members of a liquidation team shall not take advantage of their functions and powers to accept bribes or other illegal income, or to

Members of a liquidation team shall not take advantage of their functions and powers to accept bribes or other illegal income, or to take illegal possession of the property of the company.





Imagen de 琨 肖 en Pixabay.

take illegal possession of the property of the company.

Where a member of the liquidation team causes losses to the company or its creditors intentionally or through gross negligence, he shall be liable for compensation”.

From this entire article mentioned, the part that is important for this study is the paragraph number 3. The paragraph number 3 allows creditors of companies to ask for legal liquidation or dissolution of a company in case that they are not able to pay their debts. In fact, this article gives the chance for the creditor to ask against and get the proper compensation of shareholders for a debt by the company that cannot get over by the main company because of allocating the goods in the bankruptcy process.

So we can see that these are the rules of piercing the corporate veil in China which is a very uncommon because it is contained in the Chinese Company Law when most the country of the world have it in their jurisprudence giving it

a more flexible way to apply but since Chinese judiciary system is different, as we mentioned before, given that the fact they do not have enough freedom of interpretation, it was a good way to settle the principle for pierce the corporate veil in their judiciary system. Another thing that we should mention, after seeing all these articles of the law, all the legal procedures are against to the shareholders, piercing the corporate veil in China is against the shareholders, in order to get their assets in the dispute, so we can assume that the Chinese legislator have make an advance setting up the difference between a legal person or fictional person and their shareholders.

JUDICIAL INTERPRETATION

After the amendment of the Chinese Company Law in 2006, the Chinese Supreme People's Court issued Judicial Interpretations about piercing the corporate veil in China.

The first interpretation that we can find related to pierce the corporate veil in China is the one

promulgates in 2008 with the name "Provisions of the Supreme People's Court on Some Issues about the Application of the Company Law of the Peoples Republic of China (II)". This provision was about some interpretation in case a company asked for liquidation or bankruptcy. The most relevant article related to piecing the corporate veil in China should be the article 18, 19 and 20 of its. Article 18 mention the situation when the shareholder or the shareholders of a company with limited liabilities or the directors and controlling shareholders of a joint stock company causes depreciation, run-off, damage or loss of properties, loss

the books and documents of the company, causing damage to the company, a creditor can claim this situation and the mentioned shareholder or director will assume the liability of compensation for the debts of the company¹. Article 19 seems to be about a case of fraud where the members of the company maliciously dispose the company properties and cause losses to any creditors or cheat the company registration organ to cancel the registration of the company with a false liquidation report without a legitimate liquidation making them liable for the company debts². Article 20 is setting a rule for the dissolution of the company

1 Provisions of the Supreme People's Court on Some Issues about the Application of the Company Law of the Peoples Republic of China (II). Article 18. Where the shareholders of a company with limited liabilities or the directors and controlling shareholders of a joint stock company fail to set up a liquidation group to start liquidation within the statutory time limit, and hence causes depreciation, run-off, damage or loss of properties of the company, if any creditors claim that the aforesaid shareholders or the aforesaid directors and controlling shareholders shall assume the liability of compensation for the debts of the company within the scope of losses, the people's court shall support the claim according to law.

Where the shareholders of a company with limited liabilities or the directors and controlling shareholders of a joint stock company cause the loss of main properties, books and major documents of the company due to their failure in performing their obligations and hence cause the liquidation unable to be conducted, if any creditors claim that the aforesaid shareholders or the aforesaid directors and controlling shareholders shall be jointly and severally liable for the debts of the company, the people's court shall support the claim according to law.

Where any of the aforesaid circumstances are caused by actual controllers, if the creditors claim that the actual controllers shall assume the corresponding civil liabilities for the debts of the company, the people's court shall support the claim according to law.

2 Provisions of the Supreme People's Court on Some Issues about the Application of the Company Law of the Peoples Republic of China (II). Article 19. Where the shareholders of a com-

*mentioning that the deregistration of the company has to happen after a proper liquidation because if they deregister a company without making a proper liquidation of assets, it will be impossible to begin a liquidation process, in this case the members of the company will be liable of it.*³

If we take a look at all these 3 articles, we can see that the most uncommon thing that this interpretation shows us is that also the directors of the company are liable if they committed such mentioned acts, giving a broader scope of piercing the corporate veil which is interesting by the fact

that the directors are not owners of the company, most of the time they are just employees of them.

The other interpretation relevant to piercing the corporate veil in China is the one made in 2011 by Supreme People's Court, called Interpretation of the Application of the Company Law of the People's Republic of China to Some Issues (III). The most relevant article in this interpretation should be the article 14⁴ which provide a way to solve conflicts to creditors where a shareholder has withdrawn the money from the capital of the company, therefore, if the company is unable to pay the debts of it, the court have the authority to pierce the corporate veil and point the shareholder liable for the company debts. It also mentions that if a director or senior management employee have help with this transaction or withdrawal, they will jointly have liability for the debts of the company.

CONCLUSIONS

Chinese Piercing Corporate Veil is unique in the sense that they

pany with limited liabilities, the directors and controlling shareholders of a joint stock company, and the actual controllers of a company maliciously dispose of company properties and hence cause losses to any creditors, or cheat the company registration organ to cancel the registration of the company with a false liquidation report without legitimate liquidation, if any creditors claim that the aforesaid shareholders, directors, controlling shareholders and actual controllers shall assume the corresponding civil liability for the debts of the company, the people's court shall support the claim according to law.

3 Provisions of the Supreme People's Court on Some Issues about the Application of the Company Law of the Peoples Republic of China (II). Article 20. For the dissolution of a company, the cancellation of registration shall be handled after the liquidation has been concluded according to law. Where the company handles deregistration without liquidation, hence causing liquidation of the company unable to be conducted, if any creditors claim that the shareholders of the company with limited liabilities, the directors and controlling shareholders of the joint stock company and actual controllers of the company shall jointly or severally assume the liability of liquidation for the debts of the company, the people's court shall support the claim. Where the company handles deregistration without liquidation according to law and its shareholders or the third party commit to assuming liabilities at the company registration organ in the course of deregistration, if any creditors claim that the aforesaid shareholders and the third party shall assume corresponding civil liabilities for the debts of the company, the people's court shall support the claim according to law.

4 Supreme People's Court, 'Interpretation of the Application of the Company Law of the People's Republic of China to Some Issues (III)' (2011), article 14 Where any shareholder withdraws any contributed capital, if the company or any other shareholder claims that he shall refund the principal and interest on the contributed capital to the company and the other shareholders, directors, senior managers or actual controllers providing assistance in withdrawing the contributed capital shall assume joint and several liabilities, the people's court shall support such claim. Where the creditors of the company claim that the shareholder who withdraws any contributed capital shall assume supplementary compensation liability for the debts of the company that cannot be cleared to the extent of the principal and interest on the capital contributions that have been withdrawn, and other shareholders, directors, senior managers or actual controllers providing assistance in withdrawing the contributed capital shall assume joint and several liabilities, the people's court shall support such claim; and where the shareholder who withdrew the contributed capital has assumed the aforesaid liabilities, if other creditors make the same claim, the people's court shall not support such claim.

have a regulatory statute that recognizes it. In this sense, is understandable why China has decided to regulate this important part of the Corporate Law by statutes, Chinese Judicial system does not have the freedom of interpretation of the law that other jurisdictions have, and they also have lack of faculty to create precedents. But, trying to solve this problem with just statutes brought other problems in my point of view. If we take a look at the article 20 of the Company Law, which is one of the relevant articles of Piercing the Corporate Veil in China, we can see on the first paragraph that Chinese Law narrows the persons who can ask for pierce the corporate veil which it has to be a creditor excluding the members of the company, the same company or a shareholders, in contrast with other jurisdictions where a company can be liable for torts to a shareholder and this one can ask for piercing the corporate veil. I think the best thing that China should do, as we can see that there is a need because if it is in a statute, it limited the flexibility of the case, is to make it broader like

in other jurisdictions because narrow the person that can ask for this kind of remedy can be bad for the investment in the future.

Another issue that brought these statutes is the burden of proof of them. In all three statutes mentioned the burden of proof will be on the side of the shareholder. In the case of the article 20 the shareholders must prove that they have not abuse the use of the legal person when a creditor is asking for pierce the corporate veil and is getting worst when only a sole shareholder is owner of the company according to the article 64. In this case, the sole shareholder must proof that the assets of the company are different from the one he had which in practice is difficult for normal investors who are doing business with only one legal person. Maybe therefore Professor Hui Huang could find that the ratio of success of piercing the corporate veil in sole-shareholder companies was almost of 100% of the cases, as we mentioned before. This reasoning can also be mixed with the fact that judges in China are more will-

ing to pierce the corporate veil in sole-shareholders companies putting in proof that judges are skeptical of the difference between them, or they do not understand well the difference of the legal personalities that a legal subscribed company can have. Proof of this can be settle in the same work of Professor Hui Huang that found that tribunal from small cities are more willing to pierce corporate veils that judges in bigger develop cities, showing us that normal judges from small cities does not have a comprehensive knowledge of piercing the corporate veil. The only way that we can think to solve this kind of problem is to tell a normal person who wants to open a limited liability company for make a small investment is to tell them to put more shareholders in the company which the Chinese Company Law allow in any percentage. The burden of proof is also affecting the shareholder in the article 190 showing that the shareholder has to proof that he did not committed a gross negligence with the assets of the company if they are part of the liquidation committee.

Probably the fact that Chinese Piercing Corporate Veil is being direct by statutes is the one that is causing this kind of problems. Piercing the Corporate Veil is a complicated doctrine that should be putted in a flexible way like are the precedents because being in a statute regulating the topic is a rigid way which cause this kinds of problems and vagueness, but of course, there will be some people that will argue that having a regulation of the topic may help for a stability in the legal system and more certainty of how to use this doctrine, but this can lead to a vast debate in the topic.

BIBLIOGRAPHY

- Albert, David M. «Addressing Abuse of the Corporate Entity in the People's Republic: New Thoughts on china's NEEDED for a Defined Veil Piercing Doctrine». *University of Pennsylvania Journal of International Law* Vol. 23 (2002).
- Bainbridge, Stephen M. *Abolishing LLC Veil Piercing*. Los Angeles: Universidad de California, 2005.
- Bank of the United States vs. Deveaux. US Supreme Court. 1809. 8 de mayo de 2018. <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/9/61>>.
- Bin Yu, Kimberly y Krever Richard. «The High Frequency of Piercing the Corporate Veil in China». *Asia Pacific Law Journal* Vol. 23 (2015).
- Black's Law Dictionary*. s.f. <<https://thelawdictionary.org/doctrine/>>.
- Chebeleu, Ioana Camelia. «Elements Defining the Legal Personality of Companies». *Fascicula Ecotoxicologie, Zootehnie și Tehnologii de Industrie Alimentară*(2010).
- Figueroa, Dante. *Levantamiento del Velo Corporativo Latinoamericano: Aspectos Comparados con el Derecho Estado Unidense*. Editorial El Jurista, s.f.
- Gillies, Peter y Alex Low. «China's New Company Law- Commentary and Text». *International Trade & Business*. 1996.
- Huang, Hui. «Piercing the Corporate Veil in China: Where is it now and Where is it heading?». *The American Journal of Comparative Law* Vol. 60.No. 3 (2012).
- Lee, Handel C H y David M Blumental. «Parent Company and Shareholder Liability: Piercing the Veil of Chinese Corporate Subsidiaries». *Business Law International* (2004).
- Nikkel, Michel Irl. «Chinese Characteristics in Corporate Clothing: Questions of Fiduciary Duty in China's Company Law». *Minnesota Law Review* Vol. 80 (1995). <<http://scholarship.law.umn.edu/mlr/1963>>.
- Pérez Suay, Andrea. *Doctrina del Levantamiento del Velo Societario*. Barcelona: Universitat Abat Oliba , 2016.
- Qing, Zhao Young. «The Company Law of China». *Indiana International & Comparative Law Review* Vol. 6.No. 2 (1996).
- Reed, Bradley C. *Clearing Away the Mist: Suggestoins for Developing a Principled Veil Piercing Doctrine in China*. Chicago: Vanderbilt University Law School, 2004.
- Salomon v A Salomon and Co Ltd. House of Lord. 16 de november de 1897. 8 de mayo de 2018. <<https://www.lawteacher.net/cases/salomon-v-salomon.php?verf=1>>.
- Smith, Bryant. «Legal Personality». *Yale Law Journal* Vol. XXXVII.No. 3 (1928): 283.
- Thompson, Robert B. «The Limits of Liability in the New Limited Liability Entites». *Wake Forest Law Review* Vol. 32.No. 3 (1997): 1.
- Wu, Mark. «Piercing China's Corporate Veil: Open Questions from the New Company Law». *The Yale Law Journal* Vol. 117.No. 2 (2007).



* 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 (2019-2021) del Tribunal de Honor del Colegio Nacional de Abogados. También es Presidenta del Comité de Profesionales del Derecho del Capítulo de Panamá de la World Compliance Association desde octubre de 2020.

La identificación del cliente y del beneficiario final en la normativa panameña

ALEJANDRA CHACÓN M.*

SUMARIO

El concepto de conocer e identificar al cliente se incluye en la normativa panameña en la década de los noventa, para luego desarrollar una definición de beneficiario final a través de la Ley 23 de 27 de abril de 2015 y sus reglamentaciones.

El GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL (GAFI) por su parte, también ha desarrollado esta definición y ha agregado en sus recomendaciones, fórmulas para que el acceso a la información del beneficiario final esté accesible para las autoridades competentes y sea mantenida en forma adecuada, oportuna y actualizada.

Este artículo permite ver la evolución de la normativa panameña desde el conocimiento del cliente al beneficiario final y cómo se ha ido adecuando a los requerimientos que ha solicitado el GAFI, para buscar lograr una mejor transparencia en relación con las personas y estructuras jurídicas, evitando así ser susceptibles de ser usadas como mecanismos para el delito de blanqueo de capitales, financiamiento del terrorismo y financiamiento para la proliferación de armas de destrucción masiva.

Palabras claves: Cumplimiento, Cumplimiento Normativo, Conoce a tu Cliente, Debida Diligencia, Beneficiario Final, GAFI.

INTRODUCCIÓN

El Grupo de Acción Financiero (GAFI) o en inglés The Financial Action Task Force (FATF), es un organismo internacional que ha publicado un marco de referencia en las llamadas *40 Recomendaciones*, en las que se establecen una serie de estándares internacionales que deben seguir los países o jurisdicciones para la prevención del blanqueo de capitales, financiamiento del terrorismo y financiamiento para la proliferación de armas de destrucción masiva. El GAFI fue establecido en la cumbre de países del G7 en París en 1989.

El octubre de 2001, el GAFI publicó sus primeras 8 recomendaciones, las cuales fueron revisadas y se convirtieron en 9, en octubre de 2004. En el año 2012, el GAFI finalmente publica las *40 Recomendaciones*, las cuales ha ido revisando, actualizando y agregando notas interpretativas de las mismas. La última actualización se llevó a cabo en octubre de 2020 (Financial Action Task Force FATF).

Entre estas recomendaciones, tenemos específicamente las Recomendaciones 24 y 25 que establecen que los países deben asegurar que exista la información adecuada, precisa, oportuna y actualizada con relación a la identificación de los beneficiarios finales de las estructuras jurídicas, siendo estos los propietarios o quienes controlan dichas estructuras, para evitar el uso indebido de ellas en la prevención del blanqueo de capitales, financiamiento del terrorismo o financiamiento de proliferación

de armas de destrucción masiva. De esta forma, se puede leer:

Recomendación 24:

“Los países deben tomar medidas para impedir el uso indebido de las personas jurídicas para el lavado de activos o el financiamiento del terrorismo. Los países deben asegurar que exista información adecuada, precisa y oportuna sobre el beneficiario final y el control de las personas jurídicas, que las autoridades competentes puedan obtener o a la que puedan tener acceso oportunamente. En particular, los países que tengan personas jurídicas que puedan emitir acciones al portador o certificados de acciones al portador, o que permitan accionistas nominales o directores nominales, deben tomar medidas eficaces para asegurar que éstas no sean utilizadas indebidamente para el lavado de activos o el financiamiento del terrorismo. Los países deben considerar medidas para facilitar el acceso a la información sobre el beneficiario final y el control por las instituciones financieras y las APNFD que ejecutan los requisitos plasmados en las Recomendaciones 10 y 22”. (GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA DE LATINOAMÉRICA)

Recomendación 25:

“Los países deben tomar medidas para prevenir el uso indebido de otras estructuras jurídicas para el lavado de activos o el financia-

miento del terrorismo. En particular, los países deben asegurar que exista información adecuada, precisa y oportuna sobre los fideicomisos expresos, incluyendo información sobre el fideicomitente, fiduciario y los beneficiarios, que las autoridades competentes puedan obtener o a la que puedan tener acceso oportunamente. Los países deben considerar medidas para facilitar el acceso a la información sobre el beneficiario final y el control por las instituciones financieras y las APNFD que ejecutan los requisitos establecidos en las Recomendaciones 10 y 22". (GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA DE LATINOAMÉRICA)

Estas recomendaciones, además tienen cada una, una serie de notas interpretativas para el mejor entendimiento de las mismas, y adicionalmente, cuando se hace la evaluación de efectividad en la aplicación de las recomendaciones del GAFI a los países, nos encontramos con el llamado Resultado Inmediato 5 que establece:

"Las personas jurídicas y otras estructuras jurídicas no pueden ser utilizadas indebidamente para el lavado de activos o el financiamiento del terrorismo, y la información sobre sus beneficiarios finales está al alcance de las autoridades competentes sin impedimentos". (GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA DE LATINOAMÉRICA)

Cuando uno lee las recomendaciones, sus respectivas notas y el verifica el Resultado Inmediato 5, queda clara la necesidad de evitar que las estructuras jurídicas puedan ser utilizadas como mecanismo para el blanqueo de capitales, ya que la falta de identificación del beneficiario final por parte del sujeto obligado correspondiente produce incertidumbre con relación a las actividades que pueda llevar a cabo la persona jurídica. Por este motivo, la mayoría de las jurisdicciones supervisadas por el GAFI han establecidos marcos regulatorios para la identificación del beneficiario final, permitiendo que esta información sea incluida en un registro que permita tener dicha información en forma actualizada y disponible, de lo cual Panamá no es la excepción.

En 2014, el GAFI brindó su definición de Beneficiario Final para que sirviera de marco de referencia a las diferentes jurisdicciones supervisadas por este organismo. De acuerdo con el Glosario de las Recomendaciones del GAFI este concepto se refiere a:

"...la(s) persona(s) física(s) que finalmente posee o controla a un cliente y/o la persona física en cuyo nombre se realiza una transacción. Incluye también a las personas que ejercen el control efectivo final sobre una persona jurídica u otra estructura jurídica. La referencia a 'que finalmente posee o controla' y a 'control efectivo final' se refiere a las situaciones en las que la titularidad/control se ejerce mediante una cadena de titularidad o a través de otros medios de control que no son un con-

trol directo”. (GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL)

Con la relación a las personas jurídicas, se estableció lo siguiente:

“La definición del GAFI de beneficiario final en el contexto de las personas jurídicas debe distinguirse de los conceptos de estructura jurídica de titularidad y control. Por un lado, estructura jurídica de titularidad significa las personas físicas o jurídicas que, de acuerdo con las respectivas disposiciones legales de la jurisdicción, son dueños de la persona jurídica. Por otro lado, el control se refiere a la capacidad de tomar decisiones relevantes en la persona jurídica e imponer esas resoluciones, que puede adquirirse por diversos medios (por ejemplo, por tener un bloque controlador de acciones). Sin embargo, un elemento esencial de la definición del GAFI sobre beneficiario final es que se extienda más allá de la estructura jurídica de titularidad y control para considerar la noción de control y titularidad final (real). En otras palabras, la definición del GAFI se centra en las personas físicas (no jurídicas) que realmente poseen y se benefician del capital o patrimonio de la persona jurídica; así como en aquellos que realmente ejercen un control efectivo sobre ella (ya sea que ocupan o no posiciones formales dentro de esa persona jurídica), en lugar de sólo las

personas (físicas o jurídicas) que son tienen derecho (en papel) a hacerlo”. (GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL)

Atendiendo también a otro tipo de estructuras jurídicas, podemos observar lo siguiente:

“La definición del GAFI de beneficiario final también se aplica en el contexto de las estructuras jurídicas, es decir, la(s) persona(s) física(s), al final de la cadena, que en última instancia, posee o controla la estructura jurídica, incluidas las personas que ejercen el control efectivo final sobre la estructura jurídica, y/o la(s) persona(s) física(s) en cuyo nombre se realiza la transacción. Sin embargo, en este contexto, las características específicas de las estructuras jurídicas hacen que sea más complicado identificar al beneficiario final en la práctica. Por ejemplo, en un fideicomiso, la titularidad y el control de un activo se separan de los intereses equitativos en el activo. Esto significa que diferentes personas pueden poseer, beneficiarse, y controlar el fideicomiso, en función de la ley aplicable y las disposiciones del documento constitutivo del fideicomiso (por ejemplo, la escritura fiduciaria). En algunos países, la ley fiduciaria permite que el fideicomitente y beneficiario (ya veces incluso el fiduciario) sean la misma persona. Las escrituras fiduciarias también varían y pueden contener disposiciones que inciden en el

“Los bancos, empresas fiduciarias, casas de cambio o de remesas, y personas naturales o jurídicas que ejerzan actividad de cambio o de remesa de dinero, sea o no como actividad principal, financieras, cooperativas de ahorro y préstamo, bolsas de valores, centrales de valores, casas de valores, corredores de valores y administradores de inversión se encuentran obligados a mantener, en sus operaciones, la diligencia y el cuidado conducentes a impedir que dichas operaciones se lleven a cabo con fondos o sobre fondos ‘provenientes de actividades relacionadas con el delito de blanqueo de capitales y a evitar su comisión...’”.

Adicionalmente, en el numeral 1 de este artículo, se señalaba que las personas naturales o jurídicas debían identificar adecuadamente a sus clientes, pidiendo referencias, recomendaciones, certificaciones tanto de incorporación como de vigencia de sociedades, lo mismo que la identificación de dignatarios, directores, apoderados y representantes legales de las sociedades y así poder documentar y establecer adecuadamente al verdadero dueño o beneficiario directo o indirecto.

Como se puede observar, en esta ley ya vemos que se esboza una primera mención del concepto de beneficiario sin definirlo. Hablaba de “verdadero dueño o beneficiario directo o indirecto”, dejando a juicio de la persona que hacía la debida diligencia qué se podría entender como verdadero dueño. No había criterios que pudieran establecer parámetros

que pudieran apoyar al oficial de cumplimiento o encargado de realizar la debida diligencia en cómo realizar una debida identificación.

EL BENEFICIARIO FINAL SEGÚN LA LEY 23 DE 27 DE ABRIL DE 2015

La Ley 42 de 2000, fue derogada por la Ley 23 de 27 de abril de 2015, lo que constituyó un salto cualitativo en materia de cumplimiento normativo. Debe entenderse que ya los organismos internacionales como el GAFI, estaban solicitando a las jurisdicciones que robustecieran su marco normativo para evitar delitos relacionados con el blanqueo de capitales.

En un informe del 27 de junio de 2014, el GAFI incluyó a Panamá en la lista de países no-cooperadores y de alto riesgo, indicando que:

“Panamá trabajará en la implementación de su plan de acción para abordar estas deficiencias, entre ellas: 1) tipificar adecuadamente el blanqueo de capitales y financiación del terrorismo; 2) establecer y aplicar un marco jurídico adecuado para la congelación activos terroristas; (3) establecer medidas eficaces para la debida diligencia del cliente con el fin de transparencia; (4) establecer una unidad de análisis financiero plenamente operativa y que funcione eficazmente; (5) establecer requisitos para reportar operaciones sospechosas para todas las instituciones financieras y no financieras; y 6) garantizar mecanismos

La Ley 23 de 27 de abril de 2015 vino a llenar los vacíos que tenía la Ley 42 de 2000 y que se ajustaban a las solicitudes que hacía el GAFI en ese momento...



eficaces para la cooperación internacional”
(Financial Action Task Force FATF)

La Ley 23 de 27 de abril de 2015 vino a llenar los vacíos que tenía la Ley 42 de 2000 y que se ajustaban a las solicitudes que hacía el GAFI en ese momento, lo cual, junto con otras reglamentaciones introducidas en la época, permitió a Panamá salir de la de lista en febrero de 2016.

Con relación al concepto de beneficiario final, el artículo 4, numeral 4 de dicha Ley establece su definición de la siguiente manera:

“Beneficiario final. Persona o personas naturales que posee, controla o ejerce influencia significativa sobre la relación de cuenta, relación contractual o de negocios o la persona natural en cuyo nombre o beneficio se realiza una transacción, lo cual incluye también a las personas naturales que ejercen control final sobre una persona jurídica, fideicomisos y otras estructuras jurídicas”.

A diferencia de la Ley 42 de 2000, la Ley 23 de 2015 a lo largo de su texto, va señalando la necesidad de identificación del beneficiario final. Así en el caso de las personas naturales, el artículo 27 especifica que los sujetos obligados financieros, sujetos obligados no financieros y actividades realizadas por profesionales sujetas a supervisión deberán tomar medidas básicas de debida diligencia y en su numeral 4 establece:

“4. Identificar el beneficiario final y tomar las medidas razonables para verificar la información y documentación que se obtenga de cada una de las personas naturales que se identifiquen como el beneficiario final”.

De igual manera, el artículo 28 de la Ley 23 de 2015, establece que, en el caso de personas jurídicas, los sujetos obligados mencionados en el párrafo anterior, se deben tomar medidas para identificar al beneficiario final de acuerdo con los siguientes numerales:

2. Identificar y tomar medidas razonables para verificar el beneficiario final usando información relevante obtenida de fuentes confiables.
3. Cuando el beneficiario final sea una persona jurídica, la debida diligencia se extenderá hasta conocer a la persona natural que es el propietario o controlador...
6. Los sujetos obligados que tengan clientes personas jurídicas con registro de acciones al portador o certificados de acciones al portador deberán tomar medidas eficaces para asegurar que identificaron al beneficiario final o quién es el propietario efectivo y aplicar una debida diligencia transaccional para que estas personas jurídicas no sean utilizadas indebidamente para el blanqueo de capitales, el financiamiento del terrorismo y el financiamiento

de la proliferación de armas de destrucción masiva.

7. Cuando el sujeto obligado financiero no haya podido identificar al beneficiario final, se abstendrá de iniciar o continuar la relación de negocio o efectuar la transacción en caso de que persista la duda sobre la identidad del cliente o del beneficiario final...

El mismo artículo también habla de la identificación del beneficiario final en el caso de otras estructuras jurídicas, en su penúltimo párrafo de la siguiente forma:

“Los sujetos obligados financieros deberán tomar medidas para prevenir el uso indebido de otras estructuras jurídicas, entre estas las fundaciones de interés privado, asegurándose que exista información adecuada, precisa y oportuna, incluyendo información sobre el beneficiario final, consejo fundacional y del fundador”.

La Ley 23 de 2015 también establece la necesidad de identificación en el caso de los fideicomisos. De acuerdo con su artículo 31:

“La empresa fiduciaria deberá asegurarse de conocer, identificar y verificar la identidad del fideicomitente y del beneficiario final de un fideicomiso. La debida diligencia se extende-

rá hasta conocer la persona natural que es el beneficiario final”.

A pesar de todo lo mencionado anteriormente, el criterio específico de identificación no lo proporciona la Ley 23 de 2015, sino el Decreto Ejecutivo 363 de 13 de agosto de 2015 que la reglamenta, el cual en su artículo 8 sobre identificación y verificación del beneficiario final establece:

“Artículo 8. En el proceso de la identificación y verificación de la identidad del beneficiario final, en el caso de personas jurídicas y otras estructuras jurídicas, se tomarán las medidas razonables por los organismo de supervisión que establezca para el cumplimiento de estos deberes, en su ámbito de competencia, las cuales será, el diez por ciento (10%) o más de participación de la propiedad para los sujetos obligados financieros y el veinticinco (25%) o más de participación de la propiedad para los sujetos obligados no financieros y aquellos profesionales que realicen actividades sujetas a supervisión. En el caso de personas jurídicas nacionales o extranjeras, fideicomisos, fundaciones de interés privado, organizaciones no gubernamentales, instituciones de beneficencia o sin fines de lucro, cuyos beneficiarios finales no puedan ser identificados mediante la participación accionaria, se deberá obtener un acta, certificación o declaración jurada debidamente suscrita por los representantes

o personas autorizadas, donde se detalle el o los beneficios finales...”

A pesar de que la Ley 23 de 2015, en la definición de beneficiario final esboza el criterio de control, aparte del de la participación accionaria, este criterio no queda aclarado ni en la Ley ni en el Decreto reglamentario, por lo que nuevamente este detalle en la identificación queda a criterio de quien realiza la debida diligencia, lo cual se contradice con la definición de control que nos brindaba ya en 2014 el GAFI, tal como fue comentado en la introducción de este artículo.

Una adición interesante que hace la Ley 23 de 2015, es que incluye no solamente a sujetos obligados financieros que era el ámbito de aplicación que cubría la Ley 42 de 2000, sino que introduce la figura de los sujetos obligados no financieros y a profesionales cuya actividad sea sujeta a supervisión, lo que era consistente con las solicitudes del GAFI. La enumeración de quiénes eran los sujetos obligados en este caso, estuvo listada en los artículos 23 y 24 de esta Ley, hasta que el año 2020 fueron derogados por la Ley 124 de 7 de enero de 2020, que crea la Superintendencia de Sujetos no Financieros y que los enumera en su artículo 40:

Artículo. 40. Sujetos obligados no financieros. Esta Ley está dirigida a la supervisión de los sujetos obligados no financieros, supervisados por la Superintendencia de Sujetos no Financieros en materia de prevención de blanqueo de capitales, financiamiento del te-

rorismo y financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva, que se definen a continuación:

1. Empresas de la Zona Libre de Colón, empresas establecidas en la Agencia-Panamá Pacífico, Zona Franca de Barú y demás zonas francas establecidas en la República de Panamá.
2. Casinos, juegos de suerte y azar y organización de sistemas de apuestas y otros establecimientos físicos o telemáticos que desarrollan estos negocios a través de Internet.
3. Empresas promotoras, agentes inmobiliarios y corredores de bienes raíces, cuando estos se involucren en transacciones para sus clientes, concernientes a la compra y venta de bienes inmobiliarios.
4. Empresas dedicadas al ramo de la construcción, empresas contratistas generales y contratistas especializadas.
5. Empresas de transporte de valores.
6. Casa de empeño.
7. Empresas dedicadas a la comercialización de metales preciosos o a la comercialización de piedras preciosas, en cualquiera de sus formas, sea mediante la entrega física o compra de contratos a futuro, incluyendo las bolsas de diamantes.
8. Lotería Nacional de Beneficencia.
9. Correos y Telégrafos Nacionales de Panamá.
10. Empresas dedicadas a la compra y venta de autos nuevos y usados.
11. Abogados y contadores públicos autorizado, cuando en el ejercicio de su actividad profesional realicen en nombre de un cliente o por un cliente alguna de las actividades sujetas a supervisión descritas a continuación:
 - a. Compraventa de inmuebles.
 - b. Administración de dinero, valores bursátiles y otros activos del cliente.
 - c. Administración de cuentas bancarias, de ahorro o valores.
 - d. Organización de aportes o contribuciones para la creación, operación o administración de personas jurídicas.
 - e. Creación, operación o administración de personas jurídicas o estructuras jurídicas, como fundaciones de interés privado, sociedades anónimas, fideicomiso y demás.
 - f. Compraventa de personas jurídicas o estructuras jurídicas.
 - g. Actuación o arreglo para que una persona actúe como director o apoderado de una persona jurídica o una posición similar, en relación con otras personas jurídicas.
 - h. Proveer de un domicilio registrado, domicilio comercial o espacio físico, domicilio postal o administrativo a una persona jurídica o estructura jurídica que no sea de su propiedad.
 - i. Actuación o arreglo para que una persona actúe como accionista para una persona jurídica.



Imagen de xdfolio en Pixabay.

- j. Actuación o arreglo para que una persona actúe como participante de un fideicomiso expreso o que desempeñe la función equivalente para otra forma de estructura jurídica.
- k. Los servicios y actividades propias del agente residente de personas jurídicas constituidas o registradas de conformidad con las leyes de la República de Panamá.
- 12. Notarios públicos en el ejercicio de sus funciones de acuerdo con las disposiciones legales vigentes.
- 13. Cualquier otro sector que por ley esté sujeto a la competencia de la Superintendencia, así como otras entidades y actividades que se incluyan por ley y que, atendiendo a

la naturaleza de sus operaciones, puedan ser utilizadas para la comisión de los delitos de blanqueo de capitales, financiamiento del terrorismo o financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva o aquellas que surjan del plan nacional de evaluación de riesgos para la prevención de los delitos de blanqueo de capitales, financiamiento del terrorismo y financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva.

El acápite *k* del numeral 11, especifica claramente la figura del abogado que ejerce de agente residente, como profesional sujeto a supervisión. Por tanto, en los agentes residentes recae la obligación de hacer la debida diligencia adecuada de acuer-

do con los parámetros que dicta la Ley 23 de 2015 como Ley marco, y las subsiguientes reglamentaciones, así como introducir la información requerida en el nuevo Registro de Beneficiario Final creado por la Ley 129 de 17 de marzo de 2020.

IDENTIFICACIÓN DEL CLIENTE EN EL CASO DE LOS AGENTES RESIDENTES

El primer antecedente para conocer al cliente que tuvieron los agentes residentes en Panamá fue a través del Decreto Ejecutivo 468 de 19 de septiembre de 1994, a través del cual en su artículo primero se establecía que:

“Es obligación de todo abogado o firma de abogados que actúa como agente residente de una sociedad anónima panameña conocer al cliente y mantener información suficiente para identificarlo, antes las autoridades competentes, cuando así le sea requerido”.

Este Decreto Ejecutivo incluso establecía en su artículo quinto, que por conducto del Ministerio de Gobierno y Justicia se insta a las Asociaciones Profesionales de Abogados a incluir en su Código de Ética la materia que motivaba dicho Decreto, lo que indicaba la importancia que se quería asignar al cumplimiento del mismo.

Posteriormente, se publica la Ley 2 de 1 de febrero 2011 la cual deroga el Decreto Ejecutivo 468 de 1994, y que establece las medidas para conocer

al cliente por parte del agente residente, las cuales se mantienen vigentes hasta el momento de redactar este artículo.

La Ley 2 de 2011, establece una serie de medidas para conocer al cliente, por ejemplo en su artículo 6, expresa:

“Todo agente residente está obligado a aplicar las medidas para conocer al cliente, para lo cual requerirá que el cliente le proporcione evidencia satisfactoria de su identidad; cuando el cliente actúe a nombre de un tercero, tendrá que proporcionar evidencia satisfactoria de la identidad de dicho tercero; y cuando los certificados de acciones que representan el título de propiedad sobre la entidad jurídica estén emitidos al portador, tendrá que proporcionar evidencia satisfactoria de la identidad de los tenedores de las acciones...”

La misma Ley establece la información que se debe proporcionar y que debe constar en el expediente del cliente; el tiempo que se debe mantener la información una vez terminada la relación profesional que son cinco años; obligación de establecer y mantener políticas y procedimientos de identificación del cliente y mantenimiento de los registros sobre el cliente y de cada una de las entidades jurídicas para las cuales presta el servicio de agente residente; capacitación y entrenamiento en estos temas para empleados ejecutivos con mando jerárquico y poder de decisión y el agente residen-

te; brindar a la autoridad competente la información que le sea requerida por ella, lo que no constituye una violación al secreto profesional.

Adicionalmente, la Ley establece, desde sus artículos 18 y siguientes, las sanciones y procedimientos por incumplimiento, cuya aplicación le correspondería a la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, si la autoridad competente en el ejercicio de sus funciones llega a tener conocimiento de la inobservancia por un agente residente de las obligaciones que impone esta ley.

Esta Ley, anterior a la Ley 23 de 2015, ya establecía para los agentes residentes una serie de obligaciones que debían cumplirse y que debieron hacer que la implementación en 2015 en teoría no fuera tan complicada de resolver, ya que los expedientes debían contener la información contemplada en la Ley 2 de 2011.

Sin embargo, esta última no examinaba el concepto de beneficiario final, sino el de cliente, por lo tanto, en el caso de los agentes residentes sí se hizo necesario hacer una adecuación, ya que el cliente con quien se establece la relación no es necesariamente el beneficiario final, el cual, a partir del 2015, sí se hacía necesario identificar.

LEY 129 DE 17 DE MARZO DE 2020 SOBRE EL REGISTRO DE BENEFICIARIO FINAL

A raíz de la necesidad de seguir cumpliendo con los organismos internacionales que ya estaban solicitando que hubiera un registro donde se pudiera acceder a la información de los beneficiarios finales

la Ley establece, desde sus artículos 18 y siguientes, las sanciones y procedimientos por incumplimiento, cuya aplicación le correspondería a la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia.



de las estructuras jurídicas, Panamá publica la Ley 129 de 17 de marzo de 2020.

Vale la pena hacer notar en este punto, que Panamá fue nuevamente incluida en la lista del GAFI en junio de 2019. En el segundo informe de seguimiento sobre el país, se advertía que a pesar de haber hecho avances en el marco normativo, en relación a la recomendación 24 (mencionada en la introducción de este artículo) se expresaba:

“Sin embargo, se estima que aún existen deficiencias moderadas que deben ser atendidas

como son las relativas a que en las sociedades anónimas, no se establece expresamente que la información deba estar disponible en el país, tampoco se establece claramente la información que los agentes residentes deben mantener sobre todos los accionistas o miembros de una sociedad y finalmente, no se especifican los mecanismos que garanticen que la información de los criterios 24.3 y 24.4 sea precisa y se mantenga actualizada de forma oportuna". (GAFILAT 2019)

Así las cosas, se crea el "Sistema Privado y Único de Registro de Beneficiarios Finales de Personas Jurídicas" por medio de la Ley 129 de 2020, donde el agente residente debe incluir la información que solicita la misma Ley en relación con la identificación de los beneficiarios finales de las personas jurídicas. En este sentido, el artículo 12 de esta Ley establece:

"...El representante legal de toda persona jurídica queda en la obligación de proveer a su agente residente la información requerida por este para identificar al beneficiario final, así como de notificar a su agente residente de cualquier variación en la información de su beneficiario final en un término máximo de treinta días hábiles siguientes a la fecha de la variación, a efectos de que el agente residente efectúe la debida actualización en un término máximo de treinta días hábiles siguientes a la fecha en que recibió tal información".

Según lo que se desprende de este artículo es deber tanto de la persona jurídica en proveer la información al agente residente, como de este, en realizar la actualización del registro correspondiente, por tanto, es una responsabilidad compartida.

Con relación al concepto de beneficiario final y los criterios de identificación, la Ley 129 de 2020 es mucho más precisa que la Ley 23 de 2015 al brindarnos una definición. El numeral 3 del artículo segundo, así lo establece:

"3. Beneficiario final. Persona o personas naturales que, directa o indirectamente, poseen, controlan y/o ejercen influencia significativa sobre la relación de cuenta, relación contractual y/o de negocios o la persona natural en cuyo nombre o beneficio se realiza una transacción, lo cual incluye también a las personas naturales que ejercen control final sobre una persona jurídica.

Dentro de los criterios para determinar la posesión, control o influencia se incluyen, mas no se limitan, los criterios siguientes:

a. *Criterios por participación accionaria.* La persona natural que en última instancia posee o controla, directa o indirectamente, el 25% o más de las acciones o derechos de voto en la persona jurídica, salvo aquellas empresas con acciones comunes que estén listadas en una bolsa de valores local o internacional, o que sean propiedad

de un organismo internacional, multilateral o de un Estado.

b. *Criterios por control:*

b.1. En el caso de una sociedad civil, el socio o socios que ostentan la administración de la sociedad.

b.2. En el caso de un fideicomiso, que ostente una participación accionaria de un 25% o más de personas jurídicas; el fideicomitente, en caso que el fideicomiso sea revocable o este retenga para sí el control administrativo o facultad de disposición sobre los bienes fideicomitados; el beneficiario, en caso que el fideicomiso se considere no discrecional en cuanto al pago de beneficios, y el fiduciario o cualquier persona natural que ejerza control efectivo y definitivo sobre el fideicomiso.

Se entenderá por fideicomiso discrecional aquel en el cual el pago de beneficios a los beneficiarios quede a discreción del fiduciario según los términos del fideicomiso.

b.3. En el caso de una persona jurídica en liquidación, quiebra o concurso de acreedores, la persona natural que es nombrada como liquidador o curador de la persona jurídica.

b.4. En el caso de un accionista de la perso-

na jurídica que de otro modo sería un beneficiario final en virtud de este inciso, pero falleció, la persona natural que actúe como albacea o un representante personal del patrimonio del fallecido.

c. En cualquier otro supuesto no previsto en los literales anteriores, la persona natural que de otro modo ejerce el control efectivo y definitivo sobre la gestión de la persona jurídica, esto es, que tenga capacidad de tomar decisiones relevantes sobre la persona jurídica e imponer tales resoluciones”.

Como podemos ver, la definición del criterio de control, aparte de la participación accionaria, es establecida de manera mucho más clara no dejando a criterios subjetivos la identificación del beneficiario por este motivo, adecuando la normativa al criterio del GAFI. Adicionalmente, establece qué sucede en caso de los fideicomisos, en caso de liquidación o fallecimiento del beneficiario final y termina diciendo que si el supuesto no está previsto en los literales anteriores, el criterio de control recaerá en la persona natural que ejerza “el control definitivo y efectivo” lo que constituye un desafío para los oficiales de cumplimiento o los encargados de la identificación de los beneficiarios finales, sobre todo si se trata de estructuras jurídicas complejas, ya que volviendo a la Ley 23 de 2015, esta solicita que cuando el beneficiario final sea una persona jurídica, la debida dili-

Imagen de Hier und jetzt endet leider meine Reise auf Pixabay aber en Pixabay.



gencia deberá extenderse hasta conocer a la persona natural ya sea el propietario o el controlador.

La Ley 129 de 2020 establece que el agente residente debe registrarse para obtener un Código Único de Registro (CUR), con el cual debe entrar al sistema. Este código es personal y no transferible, ya sea el agente residente persona natural o sociedad civil de abogados y no debe ser compartido.

El artículo 10 de la Ley 129 especifica cuáles son los datos que se deben ingresar en el registro, a saber:

Artículo 10. Datos de registro. El Sistema Único requerirá que el agente residente suministre la siguiente información de cada persona jurídica para la cual preste sus servicios como tal:

1. Respecto a la persona jurídica objeto de registro:
 - a. Nombre completo.
 - b. Número de folio.
 - c. Fecha de inscripción.
 - d. Dirección.
 - e. Actividad principal.
2. Respecto al beneficiario final:
 - a. Nombre completo.
 - b. Número de cédula, pasaporte o documento de identidad personal.
 - c. Fecha de nacimiento.
 - d. Nacionalidad.
 - e. Dirección.
 - f. Fecha en la que se adquiere la condición de beneficiario de la persona jurídica.

3. Excepcionalmente, en aquellos casos en que el beneficiario final de la persona jurídica sujeta al registro sea una empresa con acciones comunes listada en una bolsa de valores local o internacional o de propiedad de una entidad estatal o multilateral o de un Estado deberá suministrar la información siguiente:
- 3.1. Respecto a la persona jurídica listada en una bolsa de valores:
 - a. Nombre completo.
 - b. Dirección.
 - c. País de constitución.
 - d. Nombre y jurisdicción de la bolsa de valores en que se encuentra listada la persona jurídica.
 - 3.2. Respecto al beneficiario final de una entidad estatal o multilateral:
 - a. Nombre completo de la entidad.
 - b. Dirección.
 - c. País y/o sede.
 - d. Nombre completo del representante legal o su equivalente.
 - 3.3. Respecto al beneficiario final de la persona jurídica propiedad de un Estado:
 - a. Nombre completo del país.
 - b. Fecha de constitución.

En los demás casos, en estricto apego a lo dispuesto en la Ley 23 de 2015, se deberá identificar a la persona natural que cumple con la definición de beneficiario final bajo los términos de la presente Ley.

El Sistema Único podrá ser ajustado para requerir información adicional con el propósito de cumplir con las leyes de la República de Panamá.

Adicionalmente, se aprecia que el sistema, puede ser ajustado para requerir información adicional en caso de ser necesario. Cabe destacar, que este registro es privado, y aparte del agente residente y el personal que maneje la plataforma (también detallado en la Ley) solamente podrá ser accedido por autoridad competente, que en este caso se refiere a la Superintendencia de Sujetos no Financieros, la Unidad de Análisis Financiero para la Prevención del Delito de Blanqueo de Capitales y Financiamiento del Terrorismo, el Ministerio Público, el Ministerio de Economía y Finanzas de la República de Panamá y cualquiera otra institución o dependencia del Gobierno Nacional a la que se le atribuya competencia en materia de prevención de blanqueo de capitales, financiamiento del terrorismo y financiamiento para la proliferación de armas de destrucción masiva.

Este punto causa controversia ya que si bien, en muchas jurisdicciones los registros existentes son privados, por ejemplo, en las Islas Vírgenes Británicas, el GAFI espera que se evolucione a un registro público, tal como lo expresa el párrafo 2, acápite c de la nota interpretativa de la Recomendación 24:

“2. Como parte del proceso para asegurar que exista una transparencia adecuada so-

bre las personas jurídicas, los países deben contar con mecanismos que:

- (a) identifiquen y describan los diferentes tipos, formas y características básicas de las personas jurídicas en el país.
- (b) identifiquen y describan los procesos para:
 - (i) la creación de esas personas jurídicas; y
 - (ii) la obtención y registro de información básica y sobre el beneficiario final;
- (c) pongan a disposición del público la anterior información; y
- (d) evalúen los riesgos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo asociados a diferentes tipos de personas jurídicas creadas en el país". (GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL)

Sin embargo, Panamá a través de esta Ley estaría cumpliendo con el objetivo principal planteado por el GAFI, que significa que exista la información en forma adecuada, precisa y oportuna sobre el beneficiario final y el control de las personas jurídicas y que las autoridades competentes puedan obtener o tener acceso oportunamente.

Esta Ley también contempla sanciones, para las personas jurídicas al suspender sus derechos corporativos cuando no haya sido debidamente inscrita o actualizada en el Sistema Único por su agente residente o si su agente residente no está inscrito

en el registro. Mientras persista la suspensión no podrá inscribirse ningún acto, documento y/o acuerdo, ni podrán expedirse certificaciones relativas a tal persona jurídica, salvo las ordenadas por autoridad competente o las solicitadas por terceros con el objeto específico de hacer valer sus derechos, según lo establecen los artículos 6 y 24 de esta Ley.

En el caso de los agentes residentes, la sanción monetaria va desde B/.1,000.00 a B/.5,000, con multas progresivas por reincidencia o falta de cumplimiento de la Ley o brindar información falsa en la información incluida en el Registro. Cabe destacar que según su artículo 19, si no se obtiene la información por parte de la persona jurídica, el agente residente podrá renunciar sin costo alguno, ni derecho de inscripción.

CONCLUSIONES

Como hemos podido ver a lo largo de este artículo, la identificación del Beneficiario Final ha ido evolucionando desde la premisa de "conocer al cliente" que nos indicaba el Decreto de Gabinete 41 de del 13 de febrero de 1990, que ya lo solicitaba para las instituciones bancarias y el Decreto Ejecutivo 468 de del 19 de septiembre de 1994, que establecía lo mismo para los agentes residentes, hasta llegar a la Ley 23 de 2015 y la Ley 129 de 2020 que lo definen de manera general la primera y mucho más específica para los agentes residentes, la segunda.

La identificación del beneficiario final surge de la necesidad de garantizar la transparencia para evi-

tar que las estructuras jurídicas incorporadas en la República de Panamá se conviertan en mecanismos que permitan el blanqueo de capitales, financiamiento del terrorismo y financiamiento para la proliferación de armas de destrucción masiva.

Es sabido que el GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA (GAFI), ha solicitado a las jurisdicciones tomar medidas que permitan garantizar esa transparencia. Panamá ha hecho esfuerzos por adecuarse a los requerimientos, pero aún faltan algunas acciones para salir de la lista gris en que se ha mantenido desde junio de 2019, y sobre todo posteriormente, mantenerse fuera de ella.

Este es un proceso que implica el apoyo de todos los involucrados, autoridades y sujetos obligados financieros y no financieros, los cuales deben

buscar mecanismos para que el sistema demuestre eficacia, no solamente aplicando multas o sanciones, sino que herramientas como el registro creado por la Ley 129 de 2020, funcione correctamente cuando sea implementado, lo mismo que las medidas para llevar una debida diligencia adecuada y una identificación del cliente y del beneficiario final en forma correcta.

El futuro incluye el manejo de buenas prácticas tanto para el sector privado como público, en materia de cumplimiento, transparencia y anticorrupción, buscando los valores de la ética que nos podrán mantener en la mira de inversionistas y empresas, que deseen hacer negocios en forma legítima, lo cual permitirá el constante desarrollo y bienestar de Panamá.

BIBLIOGRAFÍA

Asamblea Nacional. Ley 42 de 2 de octubre de 2000.
Asamblea Nacional. Ley 2 de 1 de febrero 2011.
Asamblea Nacional. Ley 23 de 27 de abril de 2015.
Asamblea Nacional. Ley 124 de 7 de enero de 2020.
Asamblea Nacional. Ley 129 de 17 de marzo de 2020.
Consejo de Gabinete. Decreto de Gabinete 41 de del 13 de febrero de 1990
Financial Action Task Force FATF. Financial Action Task Force. 2020. Sitio web. 02 de noviembre de 2020.
—. «Financial Action Task Force FATF.» 2020. Documento. 03 de noviembre de 2020. <<https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/statements/Compliance-27-June-2014.pdf>>.
GAFILAT 2019. «Segundo Informe de Seguimiento Intensificado de Panamá.» 2019. Documento. 04 de noviembre de 2020.

GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA DE LATINOAMÉRICA. Estándares Internacionales sobre la lucha contra el Lavado de activos, el Financiamiento del Terrorismo, y el Financiamiento de la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva. Informe. Buenos Aires: GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA DE LATINOAMÉRICA, 2019. Documento.
GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL. GUÍA SOBRE TRANSPARENCIA Y BENEFICIARIO FINAL. Informe. París: GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL, 2014. Documento.
Ministerio de Economía y Finanzas. Decreto Ejecutivo 363 de 13 de agosto de 2015.
Ministerio de Gobierno y Justicia. Decreto Ejecutivo 468 de 19 de septiembre de 1994.



* El Magister Carlos Arosemena ha desempeñado diferentes cargos, entre los cuales podemos mencionar: Jefe de Organizaciones Sociales del Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral, Gerente de la Gerencia de Jurisdicción Coactiva y Juez Ejecutor de la Caja de Ahorro de Panamá, socio en la firma de Abogados Arosemena y actualmente es Defensor de Oficio de Niñez y Adolescencia y Penal del Órgano Judicial.

Es Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas egresado de la Universidad de Panamá, con Post Grado con Especialización de Estudios Criminológicos, Post Grado en Alta Gerencia, Post Grado en Docencia Superior, Maestría en Banca y Finanzas con énfasis en Comercio Internacional, Maestría en Derecho Procesal Penal, Maestría en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal, Diplomado en Mediación, Conciliación y Arbitraje, Diplomado en Sistema Penal Acusatorio, cursando actualmente Maestría en Derecho Procesal.

Generalidades sobre el procedimiento administrativo en el Derecho Fiscal panameño

MAGISTER CARLOS E. AROSEMENA G.*

SUMARIO

Este artículo trata acerca del procedimiento administrativo tributario en la República de Panamá, contiene una sección doctrinal sobre el concepto del objeto de estudio. Aborda los principales entes jurisdiccionales encargados de administrar justicia en materia tributaria. De igual manera se tocan los principales tipos de procedimiento que engloba la materia del Derecho procesal administrativo tributario. Se analizan las normas jurídicas vigentes y se contraponen con las normas del Derecho positivo panameño sobre la materia.

Palabras claves: Derecho Fiscal, Procedimiento tributario, Derecho Administrativo, Dirección General de Ingresos, Tribunal Administrativo Tributario.

INTRODUCCIÓN

El presente artículo aborda las generalidades del Procedimiento administrativo tributario en Panamá. Este procedimiento se enmarca en los diversos procedimientos administrativos existentes en Panamá. Desde el mes de febrero de 2019, existe en nuestro país el Código de Procedimiento Tributario, el cual trata de manera específica el Procedimiento tributario en Panamá. El Procedimiento administrativo tributario comprende por un lado los procedimientos realizados por los organismos estatales encargados de recaudar los tributos. También comprende las reglas o procedimientos que deberán seguirse en la esfera gubernativa al momento que los interesados ejerciten su derecho de accionar mediante recursos contra las decisiones que tome la administración tributaria.

En el presente trabajo, realizaremos un esbozo conceptual de la figura del procedimiento tributario administrativo, posteriormente nos enfocaremos de manera es-

pecial en la normativa panameña, haciendo énfasis en la práctica de la figura. Analizaremos cuál es la normativa aplicable, cuáles son las Instituciones que se encargan de la aplicación del sistema tributario en Panamá, cuales son algunos de los principales procesos que se siguen en esta jurisdicción y por último analizaremos el procedimiento en Panamá del recurso de apelación.

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO TRIBUTARIO

CONCEPTO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO TRIBUTARIO

El procedimiento administrativo tributario trata sobre el procedimiento relacionado a la imposición y recaudación de tributos, dentro de los límites de un procedimiento administrativo, no judicial. Este artículo trata sobre los temas procedimentales administrativos, quedan excluidos los aspectos sustantivos del Derecho tributario.

El jurista español Aitor Orena Domínguez, nos brinda la siguiente definición sobre el Procedimiento administrativo tributario:

“Procedimiento o especialidad procedimental que, en cada ámbito de la Hacienda Pública (estatal, autonómica o local), tiene por objeto la exacción (esto es, la gestión inspección, recaudación y revisión) de los tributos y se rige, prioritariamente, por la Ley General Tributaria y sus reglamentos en desarrollo, por las leyes propias de cada tributo y las demás normas dictadas en su desarrollo y aplicación, y supletoriamente, por las disposiciones reguladoras del procedimiento común. La LGT considera procedimientos tributarios los de aplicación de los tributos, que son de gestión, inspección y recaudación de los mismos; el sancionador en materia tributaria y los de revisión en vía administrativa de actos en materia tributaria” (Orena Domínguez)

Para el autor se observan distintos tipos de procedimientos tributarios, concretamente aquellos ligados a la aplicación de los tribu-

tos, y que se refieren a la gestión, inspección y recaudación de los mismos, aquellos ligados a las sanciones que otorgan las entidades respectivas a los obligados que no cumplan con sus obligaciones tributarias y por último aquellos denominados por el autor como de “revisión en vía administrativa de actos en materia tributaria”, es decir cuando la persona (en este caso el contribuyente) se siente afectado frente a la administración pública e interpone recursos por vía gubernativa para hacer valer su pretensión frente a la administración tributaria. Esta visión, es reproducida en Panamá por el Código de Procedimiento Tributario, como observaremos más adelante.

MARCO LEGAL DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO TRIBUTARIO EN PANAMÁ

El principal marco legal para el Procedimiento administrativo tributario es dado por el recientemente aprobado Código de Procedimiento Tributario. Este Código fue aprobado mediante la Ley No. 76 de 13

de febrero de 2019, publicada en la Gaceta Oficial digital No. 28714-B el 14 de febrero de 2019.

El artículo 1 del Código, plantea su ámbito de aplicación como: “los principios básicos y las normas fundamentales que constituyen el régimen jurídico del sistema tributario y es aplicable a todos los tributos nacionales.”

Esta propia norma en su artículo 25, indica cuales son las legislaciones aplicables a la materia tributaria en Panamá, indicando lo siguiente:

Artículo 25. Normas por las que se rigen los tributos. Los tributos, cualesquiera que sean su naturaleza y carácter, se regirán, en orden de importancia, por:

1. Las disposiciones constitucionales.
2. Las convenciones internacionales promulgadas en la Gaceta Oficial.
3. Este Código, las leyes propias de cada tributo y por las demás leyes que contengan disposiciones en materia tributaria.

4. Las normas reglamentarias propias de cada tributo.
5. Las demás disposiciones de carácter general establecidas por los órganos administrativos facultados al efecto. (Ley 76)

El artículo 26 por su parte indica las normas consideradas supletorias en materia tributaria.

Artículo 26. Derecho supletorio. Se aplicarán supletoriamente:

1. Los principios generales del derecho tributario.
2. Las disposiciones administrativas y los principios del derecho administrativo, especialmente las normas de Procedimiento Administrativo General.
3. Las disposiciones procesales contenidas en el Código Judicial y los principios generales en materia de derecho procesal.
4. Las leyes aprobadas por la Asamblea Nacional que rijan materias relaciona-

- das al derecho tributario.
5. La jurisprudencia.
 6. Las opiniones de la Dirección General de Ingresos cuando correspondan ser vinculantes jurídicamente para el consultante.
 7. La analogía, exclusivamente en materia de procedimiento." (Ley 76)

Pese a que el Código de Procedimiento Tributario pareciera por razón de su denominación tratar principalmente normas exclusivamente procedimentales, lo cierto es que cuenta con un amplio catálogo de normas de tipo sustantivas, que van más allá de solamente el Procedimiento administrativo tributario y entran al propio terreno tributario general.

En materia estrictamente procedimental administrativo tributario, deben emplearse de manera supletoria al Código de Procedimiento Tributario, las normas generales de procedimiento administrativo contenidas en la Ley 38 de 31 de julio del 2000 y las normas procesales generales contenidas en el Código Judicial.



Imagen de wal_172619 en Pixabay.

En resumen, encontramos normas procesales administrativas tributarias en nuestra Constitución Política, en el Código Fiscal, en el Código de Procedimiento Tributario y supletoriamente en Ley 38 de 31 de julio del 2000 y en el Código Judicial.

Con respecto a la novedad y aportaciones que trajo la aprobación del Código de Procedimiento Tributario, el abogado panameño Jonathan Pacheco, en entrevista al diario *La Estrella de Panamá*, indica que el nuevo Código de Procedimiento Tributario:

"Nivela la prescripción de las auditorías a tres años para todos los impuestos desde su presentación de buena fe. Y por omisión o negligencia en presentarla, el plazo es de doce años para cobrar. La distinción de por sí es una ganancia porque cuesta guardar documentos solo porque no se está claro cuando prescriben. También se pone un límite al tiempo en que demoran las auditorías. En base al Código, la DGI tiene seis meses para entregarla, a me-

nos que pida una prórroga de cuatro meses, que se da bajo ciertos parámetros (si es un negocio completo, etc.). También se limita a un año el pago de intereses si la persona pierde un pleito ante la DGI, que en caso de que demore cuatro o cinco años, el contribuyente, de perder, sólo pagaría un año de intereses". (Chandiramani)

INSTITUCIONES ENCARGADAS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO TRIBUTARIO EN PANAMÁ

El procedimiento administrativo tributario en Panamá, es principalmente ejecutado por las siguientes instituciones:

DIRECCIÓN GENERAL DE INGRESOS

La Dirección General de Ingresos DGI, fue creada mediante la Ley No. 8 del 28 de noviembre de 1964, como una Dirección dentro del hoy desaparecido Ministerio de Hacienda y Tesoro. El Minis-

terio de Hacienda y Tesoro, se fusiona con el Ministerio de Planificación y Política Económica, creando el Ministerio de Economía y Finanzas, al cual hoy se encuentra adscrita la DGI.

Tradicionalmente la DGI ha administrado justicia administrativa tributaria, al resolver los recursos de reconsideración contra decisiones relacionadas a tributos por parte de los particulares. Con la aprobación del Código Procesal Tributario, se crea la novedosa figura de los Juzgados administrativos adscritos a la Dirección General de Ingresos, como entidades para resolver los recursos de reconsideración que se presenten en estos casos. El artículo 316 del Código Procesal Tributario, indica que:

Artículo 316. Organización. La jurisdicción administrativa tributaria estará conformada por:

1. Los juzgados administrativos tributarios unipersonales de primera instancia, adscritos a la Dirección General de Ingresos, a los que correspon-

derá resolver los recursos de reconsideración contra las resoluciones administrativas, mediante facultad delegada por el Director General de Ingresos.

2. El Tribunal Administrativo Tributario, que es un organismo colegiado de segunda instancia, independiente en su organización, funcionamiento y competencia, especializado e imparcial con jurisdicción en toda la República, al que corresponderá conocer los recursos de apelación. (Ley 76)

En cuanto a la competencia que se le otorga estos juzgados administrativos tributarios nos indica el artículo 317:

Artículo 317. Competencia del juez administrativo tributario. Los juzgados administrativos tributarios resolverán los recursos de reconsideración que se interpongan contra los actos administrativos dictados por la Direc-

En todos los casos en que exista más de un juzgado sobre una misma jurisdicción, la competencia de los recursos interpuestos se otorgará por el sistema de juzgados de turno...



ción General de Ingresos. La competencia se distribuirá en función del ámbito territorial, de la manera siguiente:

1. Cinco juzgados para las provincias de Panamá, Panamá Oeste, Colón y Darién y la comarca Kuna Yala, con sede en la ciudad de Panamá.
2. Un juzgado para las provincias de Coclé, Herrera y Los Santos, con sede en la ciudad de Aguadulce.
3. Un juzgado para las provincias de Veraguas, Chiriquí y Bocas del Toro y la comarca Ngabe-Buglé, con sede en la ciudad de David.

La competencia de los órganos de resolución de reclamaciones a que se refiere el artículo anterior no puede ser extendida ni delegada a otras entidades. El Ministerio de Economía y Finanzas, previo concepto de la Dirección General de Ingresos, mediante resolución motivada podrá incrementar el número de juzgados administrativos tributarios atendiendo al vo-

lumen de casos que se presenten en las circunscripciones territoriales descritas. En todos los casos en que exista más de un juzgado sobre una misma jurisdicción, la competencia de los recursos interpuestos se otorgará por el sistema de juzgados de turno, cuyo procedimiento deberá ser reglamentado por el Ministerio de Economía y Finanzas. (Ley 76)

Los requisitos para poder ser juez administrativo tributario son los siguientes:

Artículo 318. Requisitos para ser juez administrativo tributario. Para ser juez administrativo tributario, principal o suplente, se requiere:

1. Ser panameño.
2. Haber cumplido treinta años de edad.
3. Hallarse en pleno goce de sus derechos civiles y políticos.
4. Haber completado un periodo de cinco años, durante el cual haya ejercido la profesión de abogado en la rama del derecho tributario.

5. No haber sido condenado por delito doloso o por faltas al Código de Ética Profesional del Abogado. (Ley 76)

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO TRIBUTARIO

El Tribunal Administrativo Tributario fue originalmente creado mediante Ley No. 8 del 15 de marzo de 2010, la cual además de reformar el Código Fiscal, crea el ente especializado para la resolución de los recursos de apelación contra las decisiones en materia tributaria dadas por la Dirección General de Ingresos. Posteriormente, la composición, funciones y competencia del Tribunal Administrativo Tributario, fue modificada por el Código de Procedimiento Tributario, que es donde en la actualidad se encuentra regulada esta Institución.

El artículo 323 del Código de Procedimiento Tributario, trata sobre la creación del Tribunal Administrativo Tributario, expresando:

Artículo 323. Tribunal Administrativo Tributario. El Tribunal Administrativo Tributario se instituye

con el objetivo de garantizar los derechos de los contribuyentes y la igualdad de las partes en la relación fisco-contribuyente. El Tribunal tendrá jurisdicción nacional, como organismo autónomo, independiente, imparcial y especializado, de segunda instancia, para conocer los recursos de apelación contra actos emanados de la Dirección General de Ingresos y de los jueces administrativos tributarios del Ministerio de Economía y Finanzas. El Tribunal Administrativo Tributario también conocerá, en única instancia administrativa, las tercerías, excepciones e incidentes que se interpongan con motivo del proceso ejecutivo de cobro coactivo cursado ante la Dirección General de Ingresos del Ministerio de Economía y Finanzas. (Ley 76)

La competencia del Tribunal Administrativo Tributario se encuentra establecida en el artículo 324:

Artículo 324. Competencia del Tribunal Administrativo Tributario. El Tribunal Administrativo Tributario tendrá competencia para:

1. Conocer y resolver en última instancia administrativa las apelaciones contra las resoluciones de los juzgados administrativos tributarios que resuelven reclamaciones de tributos nacionales, con excepción de los aduaneros, así como cualquier otro acto administrativo que tenga relación directa con la determinación de tributos bajo competencia de la Dirección General de Ingresos en forma cierta o presuntiva, y resolver en grado de apelación las solicitudes de devoluciones de tributos nacionales, con excepción de los aduaneros.
2. Conocer y resolver en última instancia administrativa los recursos de apelación en contra de decisiones de la Dirección General de Ingresos del Ministerio de Economía y Finanzas no contenciosas vinculadas a la determinación de la obligación tributaria.



Imagen de Bruno /Germany en Pixabay.

3. Conocer y resolver en última instancia administrativa los recursos de apelación contra los actos administrativos dictados por los juzgados administrativos tributarios que afecten los derechos de los contribuyentes y de los responsables.
4. Conocer y resolver en última instancia administrativa los recursos de apelación que se presenten contra las decisiones que resuelvan los incidentes

presentados ante los juzgados administrativos tributarios o los jueces ejecutores con motivo de la infracción de los procedimientos establecidos en este Código o en otras leyes tributarias.

5. Conocer y resolver en única instancia administrativa las tercerías, excepciones e incidentes que se interpongan con motivo del procedimiento especial de cobro ejecutivo cursado ante los jueces

ejecutores de la Dirección General de Ingresos.

6. Conocer y resolver en última instancia administrativa los recursos de apelación contra las resoluciones que formulen cargos o sanciones por infracciones tributarias dictadas por tributos bajo la administración de la Dirección General de Ingresos.
7. Conocer y resolver en única instancia administrativa los reclamos por vulneración de derechos del

- contribuyente u obligado.
8. Proponer al Ministerio de Economía y Finanzas la adopción de las normas que juzgue necesarias para suplir las deficiencias en la legislación tributaria.
 9. Brindar o gestionar capacitación en materia tributaria para los servidores públicos vinculados a los asuntos tributarios y para la ciudadanía en general en la modalidad de educación informal.
 10. Compendiar las decisiones que emita en materia de sus competencias.
 11. Decidir, previa evaluación, si corresponde que la Dirección General de Ingresos deba remitir al Ministerio Público las denuncias por defraudación fiscal penal y de los procesos abreviados por indemnización de los contribuyentes afectados por actuaciones de la Administración Tributaria.
 12. Conocer en segunda instancia de todas las solici-

tudes que se hayan elevado a la Dirección General de Ingresos y al no resolverse por esta entidad en el plazo establecido, se consideran rechazadas al solicitante bajo el silencio administrativo negativo. Las decisiones que dicte el Tribunal Administrativo Tributario agotan la vía gubernativa, salvo los procesos por cobro coactivo donde actuarán como única instancia. El contribuyente podrá recurrir a la vía contencioso-administrativa en la forma prevista en la ley. (Ley 76)

Un aspecto interesante del Tribunal Administrativo Tributario es su composición, pues el mismo está conformado por dos abogados y un contador público autorizado. Esto convierte a este Tribunal en una verdadera excepción a la regla convencional en la República de Panamá, en la cual la administración de justicia y mucho más a nivel de Tribunal se

encuentra exclusivamente representada por abogados idóneos. El criterio seguido en este caso es que toda vez que se trata de un Tribunal colegiado, se obtendrá una ganancia técnica en tener a un magistrado contador público que deberá ser experto en las áreas tratadas sobre recaudación impositiva. El artículo 325, establece la integración del Tribunal:

Artículo 325. Integración del Tribunal Administrativo Tributario y designación de sus miembros. El Tribunal Administrativo Tributario queda integrado por tres magistrados, de los cuales dos deben ser abogados y uno contador público autorizado, con sus respectivos suplentes, que serán nombrados por el presidente de la República, con sujeción a la aprobación del Órgano Legislativo. Los magistrados podrán ser reelectos en sus cargos. El personal del Tribunal será nombrado en Sala de Acuerdos, de conformidad con la estructura técnica y administrativa para realizar sus funciones. (Ley 76)

Por último, debemos indicar que el artículo 326 del Código

de Procedimiento Tributario, nos indica los requisitos para ser magistrado ante este tribunal.

Artículo 326. Requisitos para ser miembro del Tribunal Administrativo Tributario. Para ser magistrado principal o suplente del Tribunal Administrativo Tributario se requiere:

1. Ser panameño.
2. Haber cumplido treinta y cinco años de edad.
3. Hallarse en pleno goce de sus derechos civiles y políticos.
4. Tener certificado de idoneidad para ejercer la abogacía o la contabilidad, respectivamente, expedido por las instancias correspondientes.
5. Haber completado un periodo de diez años, durante el cual haya ejercido la profesión de abogado y cinco años en la rama del derecho tributario, en el caso de los magistrados que son abogados.
6. Haber completado un pe-

riodo de diez años, durante el cual haya ejercido la profesión de contador público autorizado y cinco años en materia tributaria, en el caso del magistrado que es contador público autorizado. Los magistrados no deberán hallarse vinculados por parentesco de consanguinidad o afinidad hasta el tercer grado inclusive con otro de los magistrados del Tribunal, con las autoridades superiores de la Dirección General de Ingresos o con los miembros del Consejo de Gabinete. El procedimiento y la metodología de selección de los miembros del Tribunal Administrativo Tributario serán reglamentados por el Órgano Ejecutivo. Solo podrán ser nombrados magistrados suplentes los funcionarios del Tribunal Administrativo Tributario. (Ley 76)

PRINCIPALES PROCEDIMIENTOS TRIBUTARIOS REGULADOS EN LA NORMATIVA PANAMEÑA

El Código de Procedimiento Tributario, establece una multiplicidad de procedimientos a ser regulados por la materia administrativa tributaria panameña.

Entre los principales podemos nombrar:

LOS PROCEDIMIENTOS DE GESTIÓN

Estos incluyen procesos para la devolución de dinero por pago de tributos no debidos o por pago de más o en exceso. Proceso para la inscripción y verificación de cumplimiento de deberes formales tributarios.

PROCEDIMIENTOS DE FISCALIZACIÓN

Este es el procedimiento mediante el cual la Administración tributaria puede comprobar o investigar que los obligados tribu-

Los procedimientos de cobro coactivo de tributos y de los créditos a favor del Tesoro Nacional que no estén adjudicados a otras dependencias estatales serán ejecutados a través del despacho del juez executor de la Dirección General de Ingresos.



tarios contribuyentes hayan cumplido con las normas tributarias y, en caso contrario determinar los tributos omitidos, investigar administrativamente las faltas o infracciones tributarias cometidas e imponer las sanciones que correspondan, dentro de la esfera administrativa.

PROCESO DE COBRO COACTIVO

El procedimiento de cobro coactivo es de naturaleza ejecutiva. Se aplican en el mismo las normas establecidas en el Código Administrativo Tributario y supletoriamente las normas del Código Judicial en cuanto a los procesos ejecutivos. La competencia para conocer de este corresponde a la Dirección General de Ingresos y al Tribunal Administrativo Tributario.

Los procedimientos de cobro coactivo de tributos y de los créditos a favor del Tesoro Nacional que no estén adjudicados a otras dependencias estatales serán ejecutados a través del despacho del juez executor de la Dirección General de Ingresos. Las tercerías, incidentes y nulidades que se

presenten contra las decisiones del Juez executor de la Dirección General de Ingresos, serán resueltos por el Tribunal Administrativo Tributario, en instancia única y definitiva.

PROCEDIMIENTOS DERIVADOS DE ILÍCITOS TRIBUTARIOS Y SANCIONES TRIBUTARIAS

La Dirección General de Ingresos tiene la competencia discrecional de ley de determinar y sancionar administrativamente los ilícitos tributarios tipificados en el Código de Procedimiento Tributario, sin perjuicio de los recursos que contra ella puedan ejercer los contribuyentes u obligados. Se consideran ilícitos tributarios todo incumplimiento de normas tributarias sustanciales o formales, por comisión o por omisión, que esté tipificado y sancionado en este Código o en normas jurídicas de rango legal. Los ilícitos tributarios se clasifican en leves, graves y evasión fiscal administrativa o defraudación fiscal penal. En los casos de defraudación fiscal penal, saldríamos ya de un procedimiento administrativo tributario

para entrar a uno de tipo penal.

PROCEDIMIENTOS PARA LA REVISIÓN DE ACTOS TRIBUTARIOS A TRAVÉS DE RECURSOS ADMINISTRATIVOS

Los procedimientos para la revisión de actos tributarios son aquellos que se inician cuando frente alguna decisión de la autoridad tributaria se considera afectado el particular, dando lugar a que el mismo interponga los recursos a los que la Ley los faculta y se inicie por ende un procedimiento administrativo tributario especial.

Los actos administrativos de naturaleza tributaria y, en particular, las resoluciones que determinen tributos, las de gestión recaudatoria, las que impongan sanciones o las que nieguen el reintegro o devolución o compensación de tributos podrán revisarse a través de los recursos administrativos.

Los recursos que pueden interponerse son:

1. El recurso de reconsideración ante el juez administra-

tivo tributario.

2. El recurso de apelación ante el Pleno del Tribunal Administrativo Tributario.

Cada recurso administrativo se podrá interponer por una sola vez en cada procedimiento administrativo y nunca simultáneamente. Al igual que en otros procedimientos administrativos el error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que del escrito se deduzca su verdadero carácter. En este procedimiento especial tributario se especifica de manera taxativa en el artículo 303 que no cabe el recurso de revisión administrativa. Al agotarse el recurso de reconsideración y/o apelación según sea el caso se producirá el agotamiento de la vía gubernativa y fin del proceso administrativo, queda abierta la posibilidad de recurrir por la vía del procedimiento contencioso administrativo.

EL RECURSO DE APELACIÓN ANTE EL PLENO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO TRIBUTARIO

De los dos recursos posibles, el de reconsideración y el de apelación, nos centraremos para los efectos de este análisis en el recurso de apelación.

ENTE ENCARGADO DE RESOLVER

El recurso de apelación se interpone ante el Pleno del Tribunal Administrativo Tributario y se encuentra regulado en el Código de Procedimiento Tributario. Como ya se ha dicho, con el mismo se agota la vía gubernativa.

Para la admisibilidad del recurso de apelación se requiere lo siguiente:

1. Ser presentado mediante poder otorgado a un abogado debidamente identificado con el correspondiente número del certificado de idoneidad. También podrán presentar recursos los abogados

que actúen como gestores oficiosos, cuyas actuaciones deberán ser ratificadas por los obligados o afectados en un término no mayor de tres meses, contado a partir de la interposición del recurso.

2. Ser interpuestos formalmente ante el juez administrativo tributario competente, que deberá solicitar el expediente al despacho correspondiente. Cuando el departamento competente no tenga el expediente en su despacho, deberá solicitarlo al despacho en que se encuentre radicado. El término para la remisión del expediente será de diez días hábiles; de incumplirse con dicho término, se aplicarán las sanciones correspondientes.
3. Deberá contener lo siguiente:
 - a. *Identificación del recurrente o los recurrentes, incluyendo su domicilio, residencia, oficina o local.*
 - b. *Pretensión o solicitud.*
 - c. *Relación de los hechos fundamentales en que se basa la pretensión o solicitud.*



Imagen de Hier und jetzt endet leider meine Reise auf Pixabay en Pixabay.

- d. *Pruebas que se acompañan o aducen.*
 - e. *Fundamento de derecho.*
 - f. *Lugar, fecha y firma.*
- Si el escrito adolece de algún error u omisión subsanable o el interesado ha omitido algún documento exigido por la ley o los reglamentos, el juez administrativo tributario competente deberá ordenar su corrección en un término no mayor de diez días hábiles. (Ley 76)*

PRUEBAS

Posterior a la admisión del recurso, deberá el Tribunal admitir o rechazar las pruebas aducidas y de ser necesario ordenar un plazo para la práctica de las pruebas. La prueba obtenida con inobservancia de las formas y condiciones establecidas en la ley o que implique violación de derechos y garantías del imputado previstos en la Constitución Política o los tratados internacionales ratificados por la República de Panamá no tendrá valor ni servirá como

presupuesto para fundamentar una investigación o una decisión administrativa tributaria.

En caso de ser negada la admisión de alguna prueba, establece el Código de Procedimiento Tributario que la resolución (que niegue la admisión de las pruebas) no será recurrible ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

En todos los procesos, las pruebas aducidas por las partes deberán ser reveladas. El contribuyente podrá solicitar a la Dirección General de Ingresos cualquier otra evidencia que obre en su poder, y esta deberá descubrir, exhibir o entregar copia al contribuyente dentro de los cinco días hábiles siguientes a la petición.

El plazo para practicar las pruebas no podrá ser inferior a diez días hábiles ni superior a treinta días hábiles.

Tratándose de las resoluciones emitidas como consecuencia de la aplicación de las normas de precios de transferencia y controversias en materia de tributación internacional, el plazo para practicar las pruebas no podrá ser infe-

rior a diez días hábiles ni superior a cuarenta y cinco días hábiles.

En el caso de las resoluciones que establezcan sanciones de cierre temporal de establecimiento, así como las resoluciones que las sustituyan, el plazo para aducir y practicar las pruebas será de tres días hábiles.

El Tribunal Administrativo Tributario podrá, en cualquier estado del procedimiento, ordenar de oficio las pruebas que juzgue necesarias para el mejor esclarecimiento de la cuestión a resolver.

AUDIENCIA

Concluida la fase probatoria, se fijará la fecha de celebración de la audiencia, siempre que haya sido solicitada por alguna de las partes o cuando así lo considere necesario el Tribunal. Una vez notificada a las partes, no será suspendida por ningún motivo, salvo cuando se trate de situaciones de caso fortuito o fuerza mayor debidamente acreditadas.

No se convocará audiencia en los casos siguientes:

1. Cuando se trate de multas o sanciones cuya cuantía no supere la suma de mil balboas (B/.1 000.00).
2. Cuando la cuantía de los tributos dejados de pagar no supere los veinticinco mil balboas (B/.25 000.00).

LAS REGLAS PARA EL DESARROLLO DE LA AUDIENCIA

Durante la audiencia, las partes expondrán oralmente su caso en alegatos no mayores de una hora cada uno. Cuando la complejidad o la cuantía del caso lo ameriten, el magistrado podrá conceder, a petición de parte o por iniciativa propia, una extensión del periodo de exposición oral que no excederá de una hora adicional. Durante este plazo, el magistrado podrá formular preguntas o pedir aclaraciones a los apoderados sobre puntos concretos. Concluido el alegato, el magistrado podrá decretar la práctica de prueba de oficio, resolver en el acto o acogerse a un término de quince días hábiles.

La audiencia antes mencionada será grabada por medios electró-

nicos o digitales. En caso de que se recurra ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, se enviará copia reproducible de la audiencia junto con el expediente.

El Tribunal Administrativo Tributario podrá suspender la celebración de la audiencia por motivos propios de este, señalando nueva fecha.

En los casos en que no se hubiera celebrado audiencia, las partes podrán presentar alegatos por escrito dentro del plazo común de cinco días hábiles, una vez vencido el término probatorio.

TERMINACIÓN DEL PROCESO

Las decisiones del Tribunal Administrativo Tributario se adoptarán por mayoría y se notificarán a los interesados. Las resoluciones de los recursos deberán ser debidamente motivadas por el tribunal que resuelva la controversia y deberán pronunciarse sobre todas las cuestiones planteadas por el recurrente y las que se susciten en el expediente, así como sobre las pruebas aportadas. Las resoluciones deberán pronunciarse sobre



Imagen de Steve Buissinne en Pixabay.

lo pedido y probado en la causa. Siempre que el recurrente desista de su pretensión durante la tramitación de cualquiera de las instancias, el juez o el magistrado competente para resolverlo admitirá el desistimiento, a menos que el Estado tenga interés en su continuación.

CONCLUSIONES

El presente trabajo nos ha dejado las siguientes conclusiones:

1. En Panamá, existe un procedimiento administrativo tributario, que si bien es parte del procedimiento administrativo, posee sus propias características y regulación propia. La principal norma de este sistema es el Código de Procedimiento Tributario, recientemente aprobado por la Asamblea Nacional.
2. La Dirección General de Ingresos (DGI) del Ministerio de Economía y Finanzas, junto al Tribunal Administrativo Tributario, constituyen los principales órganos encargados de aplicar el procedimiento tributario en Panamá.

3. El Código de Procedimiento Tributario, regula diversos procesos dentro de la esfera tributaria. Además, da las reglas para la tramitación de los recursos que interpongan los particulares que se consideren agraviados por alguna decisión de los entes tributarios.
4. Entre los principales recursos que puedan interponer las personas afectadas, están el Recurso de Revisión, que será resuelto por los jueces admi-

nistrativos tributarios adscritos a la Dirección General de Ingresos y el de Apelación que será resuelto por el Tribunal Administrativo Tributario.

5. En caso de existir vacíos dentro de la normativa procedimental tributaria panameña, los mismos serán llenados con las normas del procedimiento administrativo ordinario y de ser necesario con las normas procedimentales del Código Judicial.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar Martínez, Silvia. *El papel de la política industrial en México, en un contexto de apertura comercial 1986-1997*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.
- Cavazos Lerma, Manuel. *Evolución del Proteccionismo en México*. Ciudad de México, 1982.
- Chandiramani, Rekha. «¿Qué trae el Código de Procedimiento Tributario?» *La Estrella de Panamá*, 18 de marzo de 2019.
- Ley 76, 2019. «Código de Procedimiento Tributario.» L. Panamá: Asamblea Nacional, 13 de febrero de 2019.
- OMC, Organización Mundial del Comercio. *Portal electrónico de la Organización Mundial del Comercio*. 23 de abril de 2019. <https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact2_s.htm>.
- Orena Domínguez, Aitor. «Los Procedimientos tributarios: cuestiones polémicas.» *Revista Vasca de Administración Pública* (2014): 2241-2259.
- RAE, Real Academia Española de la Lengua. *Portal Web de la Real Academia Española de la Lengua*. 21 de abril de 2019. <<https://dle.rae.es/?id=URWj7yH>>.
- Ustor, Endre. «La cláusula de la nación más favorecida en el derecho de los tratados.» 21 de abril de 2019. *Portal web de la Organización de Naciones Unidas*. <http://legal.un.org/ilc/documentation/spanish/a_cn4_1127.pdf>.

Presentación de la pericia informática en los juicios orales

JENNIFER C. SAAVEDRA N.*

SUMARIO

La presentación de la prueba pericial informática dentro del Juicio Oral entraña, a la luz del Sistema Penal Acusatorio, una serie de procedimientos que requieren ser realizados por profesionales idóneos y capaces no solo de entender el mundo cibernético como tal, sino de explicarle al Tribunal todo el proceso por el cual transitó esa prueba y las razones que sustentan su valor pleno para la causa penal.

El presente artículo trata, de forma sencilla y didáctica, de presentar a los intervinientes del proceso, las falencias que ya han ocurrido con la pericia informática y a la vez las soluciones a las mismas, de tal forma que se mejoren día a día, no solo las técnicas de litigación, sino también la manera como entra la información ante quienes deben comprenderla y valorarla.

Palabras claves: Acreditación, cadena de custodia, datos, delito, evidencia digital, huella digital, idoneidad, metadatos, pericia informática, perito, técnicas de litigación oral, testigo.



* Jennifer Cristine Saavedra Naranjo, se graduó de la Licenciatura en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Santa María La Antigua en el 2007. Cuenta con dos maestrías, una en Derecho Procesal por parte de la Universidad Interamericana y otra en Derecho Procesal Penal, por parte del Instituto de Estudios Superiores Jurídicos. Tiene diversas publicaciones en materia de familia, penal y laboral. Actualmente ejerce como Juez de Juicio Oral en el Sistema Penal Acusatorio, Provincia de Panamá.

INTRODUCCIÓN

Hoy en día, la tecnología es parte cotidiana e incluso fundamental de nuestra vida. Esa es una verdad innegable y comprobable todos los días.

Siendo así, que dentro del Derecho haya cobrado tanta importancia la prueba pericial informática, en ninguna circunstancia debe ser sorpresa para nadie; de hecho, los delitos que se cometen hoy tienen nuevas modalidades, precisamente por la inclusión de la tecnología como componente necesario para la comisión de estos.

Por otro lado, nuestros celulares, laptops, computadores e incluso GPS guardan datos de toda nuestra vida: desde las actividades a las que asistimos, las rutas que utilizamos regularmente, los lugares que frecuentamos, las rutas que diariamente transitamos, las marcas que solemos elegir, las canciones que nos gustan, la cantidad de agua que tomamos, los ejercicios a los que nos sometemos e incluso, la cantidad de pasos que damos diariamente. Entonces, es posible concluir que nuestra vida

entera, se encuentra en estos aparatos, razón por la cual, importan de manera superlativa al Derecho, cuando se comete un delito. Dicho de otra manera, nuestra impronta digital es real, tan real y efectiva, que delata a quien lo quiera saber y a expertos informáticos, literalmente toda nuestra existencia.

Sin embargo, a la luz de los juicios orales en los que he participado, he podido notar que muchas veces la prueba pericial informática, al momento de ser presentada ante el Colegiado, realmente se va por otros derroteros que trastocan su propia finalidad, haciendo que la misma de alguna u otra manera pierda su eficacia como tal, lo que al final de alguna u otra manera influye en el buen desarrollo del juicio.

Siendo así, el objetivo de este ensayo es mostrar, según mi labor diaria, las falencias en las que han incurrido las partes al momento de llegar al Juicio Oral, con la finalidad de lograr que la prueba pericial informática como tal, llene su cometido, que no es más que presentar datos científicos y fidedignos ante el Colegiado para ser

valorados conforme con las demás probanzas escuchadas y conforme a las reglas de la sana crítica, a fin de poder tomar una decisión respecto del o los acusados. Así las cosas, en aras de lograr el cometido planteado, presentaré ejemplos reales de situaciones que se han vivido dentro de Juicio Oral, para efectos de entender realmente, como una prueba informática mal presentada o no realizada por una persona idónea, puede afectar el desarrollo del punto central del proceso penal acusatorio.

CONCEPTOS BÁSICOS

Para empezar este ensayo, es preciso hablar de conceptos básicos, respecto de los cuales me permitiré en primer lugar, dar una definición propia para después ahondar más en cada uno, a través de lo dicho por la doctrina.

En esa línea, cuando me refiero a pericia o experticia (ambos términos son utilizados de forma indistinta en el ámbito forense panameño) es toda aquella labor realizada por una persona o un grupo de personas (pueden y se

admiten pericias conjuntas) que sobre una determinada área del conocimiento o materia (ciencia o arte), plantean una realidad ante el Juzgador o el Tribunal de Jurados (dependiendo del caso), la cual se obtuvo a través del uso del método científico o la experiencia como tal. La pericia como tal, explica a quién debe juzgar un caso hechos o supuestos que importan al Derecho a tal punto, que, sin dicha prueba, no es posible entender la realidad del caso planteado.

Lo anterior, tiene arraigo en lo expuesto por el autor Pabón que establece lo siguiente:

“De acuerdo con su contenido efectual se define la prueba pericial como la actividad en virtud de la cual, mediante la aplicación de principios, reglas y técnicas objetivas, se verifican hechos, se determinan sus características y modalidades, se fijan sus calidades y cantidades y se establecen sus relaciones con otros hechos, así como sus causas y sus efectos.” (Pabón 60)

Por tanto, el perito es aquella persona que ya sea por sus estudios o por su experiencia, tiene un amplio conocimiento de una determinada área del saber y puede ayudar al juzgador, a verificar si una realidad planteada o una afirmación realizada, en efecto es cierta o no. Peláez, indica cuales son las labores más importantes de todo perito, de la siguiente manera:

“El perito deberá examinar los elementos materiales de prueba, dentro del contexto de cada caso, recibiendo del funcionario la información necesaria y oportuna; de la misma manera, recolectar, asegurar, registrar y rendir informe al despacho que lo haya designado; cuando deba expedir dictamen, hacerlo con la mayor claridad posible, detallando en el informe mismo los exámenes, experimentos e investigaciones efectuadas, fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones.” (Peláez 275)

Siguiendo esa misma línea de pensamiento, prueba pericial es aquella presentada en juicio, a través de la cual, el o los perito (s) que la elaboraron rinden ante el juzgador una declaración (mediante las preguntas y repreguntas efectuadas por las partes) mediante la cual se comprueban de forma fehaciente y certera afirmaciones que las partes hicieron al momento de rendir su teoría del caso.

De hecho, tal cual es planteado por Duce, toda pericia tiene por finalidad básica, entregar la interpretación de una información que exige un conocimiento especializado, con el objeto de explicitar sus significados en términos comunes y exactos dirigidos a generar la convicción del tribunal que, de otra manera, no podría generarse (Duce 33).

Así las cosas, una prueba pericial informática es aquella realizada en cualquier equipo tecnológico, entiéndase *laptops*, computadoras, celulares, GPS, entre otros que contengan datos precisos que sirvan para corroborar afirmaciones u hechos contenidos

dentro de la teoría del caso de las partes intervinientes. Valga acotar que la pericia informática tiene la particularidad de ser precisa, porque hoy en día, a través de la tecnología de posicionamiento global, es asombrosamente fácil determinar cuándo, dónde, desde qué momento y hasta qué hora estuvo una persona en un lugar, y se hace aún más sencillo, cuando la persona utiliza sus redes sociales (*Facebook, LinkedIn, Twitter, Instagram* entre otras) y fija el punto en que el que se encuentra o los lugares a los que planea ir.

Otra característica de la pericia informática es que sus datos son reales en el tiempo, a menos por supuesto que haya existido algún tipo de intrusión informática a tal grado que no deje rastro, sin embargo, un experto siempre puede encontrar trazos de cualquier tipo de anomalía en los sistemas informáticos.

Ahora bien, el problema de este tipo de evidencias es que, de no capturarse a tiempo, corre dos riesgos: su desaparición o su transformación. Por esto, es tan importante e imperativo que



Imagen de Thanks for your Like • donations welcome en Pixabay.

siempre exista una persona idónea que maneje a cabalidad este tipo de probanzas, a fin de presentarlas de forma efectiva dentro del Juicio Oral.

LA PERICIA INFORMÁTICA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

Antes de entrar de lleno en el tema central de este artículo, es bueno entender que la pericia informática no nace dentro del Juicio Oral como tal, sino mucho antes, puesto que es solicitada por

la parte que la considera necesaria ante el Juez de Garantías para después ser revelada de forma amplia y completa, al momento de realizar la audiencia intermedia (en el supuesto que el proceso penal llegue hasta esa etapa), por lo que las partes al momento de llegar al juicio oral solo tienen que hacer comparecer al perito o a los peritos ante el Colegiado para que a través de preguntas y respuestas, ilustre al Tribunal sobre la ciencia o arte que domina y su relación con la teoría del caso de quien lo presenta en el proceso.

Lo anterior quiere decir que antes de llegar al Juicio Oral, quien solicitó la pericia debe haberle pedido al perito de forma puntual y certera, cuáles son los aspectos que a través de su pericia desea mostrar a los jueces de Juicio Oral, ya que la lógica y el sentido común indica por ejemplo, que no es posible hacer un estudio completo de todas las conversaciones que en whatsapp mantiene una persona; de ahí entonces que sea trascendental que quien petitionó la experticia tenga la seguridad de lo que realmente quiere averiguar y enseñar al tribunal. Sobre este aspecto me permito añadir que la sobre abundancia de información, nunca es favorable en un juicio oral, porque la introducción de datos innecesarios no solo atrasa el buen desarrollo del juicio como tal, sino también, sobre todo cuando existen Jurados de Conciencia, de alguna u otra manera, dificulta la comprensión que tengan respecto de la prueba como tal.

Quien realmente tiene una situación peculiar respecto de la presentación de las pruebas, es el Ministerio Público, pues, debe in-

vestigar lo favorable y lo desfavorable para su teoría del caso, sin dejar ningún elemento por fuera; dicho en otras palabras, lo bueno, lo malo y lo feo del hecho punible. La normativa procesal penal, es tajante en dicho aspecto:

Artículo 70. Objetividad. Los fiscales, así como las instituciones auxiliares de apoyo a la investigación, adecuarán su actuación a un criterio objetivo, velando por la correcta aplicación de la ley penal. Los requerimientos y las solicitudes deberán ser conforme a este criterio, aun a favor del imputado, y tomar en consideración las necesidades y los derechos constituidos a favor de la víctima. Los agentes del Ministerio Público no podrán ocultar información, evidencias o pruebas a la defensa.

El incumplimiento de este mandato constituirá una falta disciplinaria sin perjuicio de la responsabilidad penal.

Y es justo este aspecto el que, de alguna manera, trae situacio-

...muchas veces, solo se pregunta al perito sobre la parte de la experticia que favorece a la teoría del caso de quien lo trajo.



nes interesantes al Juicio Oral, porque, muchas veces, solo se pregunta al perito sobre la parte de la experticia que favorece a la teoría del caso de quien lo trajo. Estos escenarios particulares pueden ser subsanados a través de un buen contrainterrogatorio, no obstante, lamentablemente, en numerosas ocasiones no se verifica, sobre todo por dos (2) razones a mi criterio: el no dominio de la técnica y desconocimiento respecto a lo que realmente hay que preguntar.

Sobre el tópico, brindo este ejemplo: en un juicio, un perito informático indicó que, en efecto, había revisado la cuenta de twitter del acusado, mas no se encontraron pruebas que le incriminaran como tal. En el contrainterrogatorio, no surgió información relevante para el caso, pero en el alegato final, el Tribunal escuchó de una de las partes que, en efecto, el perito no había encontrado nada en la cuenta del acusado, pero que para acceder a esta, tuvo que crear una nueva contraseña, porque el acusado no se acordaba de la suya, en virtud que tenía mucho

tiempo de no abrir twitter. Advierto que como quiera que dicha afirmación fue hecha en los alegatos de conclusión y no atravesó el tamiz de la contradicción, la misma no fue tomada en cuenta al momento de la valoración probatoria, pero quedó latente la razón por la cual, ese dato tan valioso no fue mencionado de forma específica por el perito a través de su relato, sobre todo porque siendo un proceso de calumnia e injuria, merecía no solo la mención sino también la ampliación del mismo.

LA PERICIA INFORMÁTICA EN EL JUICIO ORAL

Cuando la pericia informática llega a la etapa de Juicio Oral, el Colegiado espera encontrarse con un perito idóneo y con una experticia que reúna a cabalidad el contenido del artículo 411 del Código Procesal Penal. Para resumirlo aún más: la experticia presentada debe tener conclusiones, las que deben ser explicadas por una persona que tenga los estudios y/o la experiencia necesaria y exigida para ilustrar a terceros

respecto de un campo específico de las ciencias o de las artes.

Así las cosas, comenzamos entonces con el tema de la idoneidad del perito. El artículo 406 del Código Procesal Penal, determina lo tocante a este aspecto, de la siguiente forma:

Puede practicarse un peritaje cuando sea necesario poseer conocimientos especiales en alguna ciencia, arte o técnica para descubrir o valorar un elemento de prueba. La prueba pericial debe ser practicada por expertos imparciales, objetivos e independientes.

Solo podrá fungir como perito la persona natural que acredite mediante el respectivo certificado o diploma su idoneidad para la materia sometida a su experticia o dictamen. Se exceptúan los casos prácticos para los cuales no se requiere diploma o certificado de idoneidad, en cuyo caso deberá acreditarse la experiencia.

Atendiendo a lo anterior, el Tribunal de Juicio, solo puede percatarse de la idoneidad del perito, a través de las preguntas formuladas por las partes. No hay

otra manera para que dicha información sea conocida en juicio. Esta singularidad le otorga a las preguntas de acreditamiento del perito, un valor alto, ya que así el Tribunal puede enterarse de sus estudios, de su experiencia, de la cantidad de peritajes realizados, de su número de idoneidad si así lo requiere su profesión, si ha publicado libros, ensayos, investigaciones, artículos o ensayos sobre la rama de la ciencia o arte en la que se especializa, si ha sido profesor o ha intervenido como expositor ya sea en congresos o en paneles, en fin, toda la vida profesional de la persona que es traída ante el Tribunal como un experto en un área ajena al conocimiento de los jueces.

Me permito dar un ejemplo: un notario en un juicio vino a dar testimonio de una captura de pantalla que realizó a un sitio web. Esta situación planteó dificultades probatorias al Tribunal, porque el notario vino como testigo, pero su participación en el proceso fue la de declarar sobre una intervención informática que realizó a pedido de una de las partes, acción

que solo puede y debe hacerla alguien que conozca profundamente del tema, alguien idóneo, es decir, un perito informático.

Cuando se contrainterrogó al notario, este indicó no tener estudios informáticos, no obstante, aseveró que una captura de pantalla no requería mayores conocimientos en dicha área. Esa aseveración no es cierta a la luz de los avances informáticos actuales, en virtud que las pruebas de este tipo requieren de todo un proceso para ser debidamente capturadas, resguardadas y presentadas en juicio. ¿Tenía el notario la idoneidad necesaria para presentar una prueba informática? La respuesta sencilla y certera es no.

Sobre este tema, me permito citar a Neptune, quien de forma atinada explica por qué es necesario que un perito informático cuente con idoneidad:

“Es difícil lidiar con evidencia electrónica debido a que esta (sic) latente; puede trascender fronteras rápida y fácilmente. En ocasiones, se recuperan solo pedazos de

archivos o registros de un evento, por lo que es como armar un rompecabezas. Adicionalmente, el factor tiempo opera en su contra; es voluminosa y está contenida y creada en diferentes tecnologías que se convierten en obsoletas con mucha facilidad. Finalmente, es de naturaleza dinámica, hay poco personal capacitado en la materia; y es poco el conocimiento general de sus riegos.

Por otro lado, al tratar este tipo de evidencia, se pueden mitigar los daños y conservarla creando un duplicado exacto del contenido del equipo. De esta manera, se puede verificar fácilmente si se ha modificado o alterado, es difícil de destruir y, si se trata de destruir, se pueden ver copias, remanentes, o logs.” (Neptune 15)

Así las cosas, es posible ir más allá, ya que la idoneidad del perito no aparece como tal en el Juicio Oral, sino debe ser comprobada desde mucho antes, tanto que la



Imagen de Leandro Aguilar en Pixabay.

Convención de Budapest, se ha pronunciado sobre este aspecto, exigiendo una serie de acciones para la protección de los datos incautados y recabados, de tal forma que se preserve la identidad de los mismos cuando se trata de procesos judiciales. Por todo lo anterior, la pregunta sería: ¿Quién mejor que un perito idóneo para este tipo de extracciones, la preservación de los datos recabados y la presentación ante el Juicio Oral de los mismos? Porque lo cierto es que no cualquiera cuenta con dicho conocimiento ni mucho menos se encuentra preparado para enfrentar los rigores que la prueba pericial debe transitar para ser valorada por el Tribunal de Juicio o el Tribunal de Jurados de Conciencia.

Bien lo expone el autor Petrone cuando habla del tratamiento que se le debe brindar a la prueba informática, veamos:

“En relación a los cuidados relativos a la evidencia digital es importante establecer que las buenas prácticas establecen la importancia

de seguir protocolos de actuación (...) con ciertos cuidados que incluyen desde el corte de la corriente para evitar la continuación de procesos que puedan afectar la información que se está recogiendo, el sellado de todos los puestos de acceso al dispositivos, hasta, en ciertos casos una copia del disco, bit a bit o copia de imagen, según la denominación que se prefiera, que se realiza con un dispositivo especial que permite realizar la copia sin modificar los metadatos del original, es decir manteniéndolo inmanente de manera tal que eventualmente sea posible reiterar el proceso.

Por otra parte, es importante que todos los pasos sean documentados para que la evidencia digital, amén de ser válida, tenga también potencia convictiva, desde el punto de vista probatorio. Para ello, el cuidado de los datos relativos a los datos (los metadatos) es primordial." (Petrone 75)

Siguiendo con el tema de la preservación de los datos recabados, es tan crucial que su importancia va más allá de la norma como tal y así es planteado por Lam (Lam 153):

"...la custodia de la evidencia, no es un tema meramente legal, va más allá porque contempla a su vez un factor técnico, pues mucha de la evidencia recolectada en el lugar de los hechos, va a ser objeto de procesamiento por parte de peritos expertos, en los laboratorios criminales, los cuales rendirán un informe pericial que será incorporado como prueba al proceso penal.

[...]

Es evidente la importancia de la cadena de custodia y viene dada porque se encamina a obtener la certeza jurídica, asegura la identidad entre lo recogido y lo analizado, es decir, que el informe pericial remitido al órgano jurisdiccional versa sobre lo aparecido en el escenario, la víctima

o el imputado, y no corresponde a ninguna otra cosas, teniendo en cuenta además que no habrá sido cambiado, manipulado, sustituido por otro, alterado o contaminado; con una correcta cadena de custodia, sin duda, se minimiza el margen de error y, por tanto la afectación al principio de veracidad al dictar la sentencia judicial." (Lam, 2017, página 154 citando a Del Pozo, M. de su obra Diligencias de investigación y cadena de custodia. Editorial Jurídica Sepín, Madrid)

Con lo expuesto en los párrafos precedentes, es posible aseverar sin lugar a duda que conocer a cabalidad sobre el ámbito informático no es una mera exigencia procesal, es una necesidad imperativa para realmente comprobar la consecución de un hecho, que, para el caso específico del Derecho Penal, importa porque se trata de un delito.

El segundo punto es el cumplimiento cabal del artículo 411 del Código Procesal Penal. Sobre

este tema, es preciso indicar que la normativa procedimental penal ordena al Juez de Juicio, preguntarle al perito si la pericia realizada es descriptiva o conclusiva y de ser esta última, de una forma concisa brindar al Tribunal las conclusiones a las que arribó.

En cuanto a este tópico, existen dos (2) corrientes: algunos colegas indican que si no existen conclusiones dentro de la pericia, no se trata entonces de un estudio científico como tal (esta afirmación puede ser fundamentada con lo dispuesto por el artículo 413 del Código Procesal Penal, por cuanto los peritos presentarán sus conclusiones oralmente; mientras que otros manifiestan que aun siendo descriptiva la experticia, como quiera que necesitó de una persona idónea para su elaboración, si llena los requisitos de ser una pericia como tal.

Para resolver tal disyuntiva, un ejemplo siempre podrá dar luz: la pericia planimétrica siempre es descriptiva porque su único fin es delimitar de forma cierta el área en el cual sucedieron los hechos, por otro lado, la pericia balística siem-

...algunos colegas indican que si no existen conclusiones dentro de la pericia, no se trata entonces de un estudio científico como tal...



pre es conclusiva, porque tiene como objetivo determinar de forma fehaciente, el calibre de la bala que fue disparada, la marca de esta y del arma utilizada. Ambas pericias son y deben ser realizadas por profesionales idóneos, porque resulta que no cualquiera conoce los métodos necesarios para hacer una planimetría o los estudios que requeridos para determinar el origen de una bala o casquillo hallado en la escena de un delito. Juzguen por ustedes mismos.

Ahora bien, el escenario ideal en todo Juicio Oral es que los jueces y/o el Tribunal de Jurados puedan observar y escuchar una prueba informática presentada y desgranada por un perito idóneo en la materia, es decir, quien la estudió, quien la analizó y quien la elaboró.

Siendo así, una vez aclarada y conocida la acreditación del perito (o los peritos, recuerde que la normativa así lo permite), entonces procede que a través de las preguntas, el experto rinda al Tribunal una explicación coherente, razonada, motivada, cierta y verosímil de lo que analizó, empezando por supuesto, con las técnicas

e instrumentos utilizados para hacer su pericia, hasta llegar a sus conclusiones o las descripciones, como sea el caso.

Y es justo aquí, en esta fase, cuando comienzan las preguntas que no tiene absolutamente nada que ver con la labor del perito.

Para dar claridad: al perito informático no se le pregunta sobre el contenido de las fotos o mensajes que extrajo, porque él no tomó esas fotos, no subió o bajó los archivos encontrados, no escribió esos mensajes, no estuvo en esos lugares, no posteó su ubicación, no dio retuit a una información, ni mucho menos me encanta, me gusta, me entristece o me molesta respecto de una publicación. El perito informático no debe leer en Juicio Oral, los mensajes que fueron intercambiados en whatsapp o messenger o través de otras plataformas de mensajerías electrónicas, mucho menos debe describir lo que observa en una foto, porque no forma parte de su labor como tal.

Hay que internalizar que el perito no es un testigo. No es una persona que presenció a través

de sus propias percepciones el hecho punible, tampoco lo escuchó de otra persona que de forma directa pudo percatarse del hecho; dicho en otras palabras, no es testigo ni directo ni de referencia, razón por la cual el tratamiento del perito, en ninguna circunstancia puede ser igual al del testigo, a menos por supuesto, que se trate de un testigo experto, escenario que siempre merece otro tipo de manejo en cuanto a las preguntas que se le ha de hacer.

El perito realizó un análisis, un estudio a través del método científico que permitirá a los jueces, determinar si realmente la situación que importa al Derecho ocurrió como lo planteó la parte que lo llevó ante el Juicio Oral. No va a relatar una historia, va a declarar sobre un área de la ciencia, de la técnica o del arte, cuyo conocimiento es fundamental para resolver un caso.

Entonces ¿qué se le debe preguntar a un perito informático en su declaración? La respuesta a esta pregunta puede ser más de una opción, que a continuación me permito enumerar, sin que

esto en ninguna circunstancia signifique *numerus clausus*, muy por el contrario, en virtud de todas las posibilidades que la evidencia electrónica trae como prueba en los procesos penales:

- ¿A quién pertenece el equipo informático estudiado según lo indicado en la cadena de custodia?
- De haber realizado la pericia en conjunto ¿quiénes le coadyuvaron en la elaboración y confección de la misma?
- Describa el equipo informático que se le brindó para ser analizado (marca, color, modelo, compañía telefónica, descripción del chip, de la tarjeta madre entre otros)
- ¿Diga cuántos equipos tuvo que analizar para este caso en específico?
- ¿Diga cuáles fueron los instrumentos, herramientas, artículos o artefactos que tuvo que utilizar para efectos realizar las extracciones solicitadas?
- ¿Diga el rango de tiempo que se le ordenó investigar en el equipo informático?

- Indique (para el caso de celulares) a cuáles líneas de teléfono le fueron extraídos los datos y a quiénes les pertenecen las mismas.
- ¿Describa cómo fue el proceso de extracción de los datos solicitados por quien le ha traído al Juicio Oral?

- Indique si encontró alguna dificultad al momento de la extracción de los datos que le fueron solicitados por la parte que le pidió su participación en el Juicio Oral.
- Indique si el equipo se encontraba encriptado o no. De ser

afirmativa su respuesta, señale la manera como logró la desencriptación del mismo.

- Describa el proceso de triangulación de llamadas.
- ¿Diga cuáles fueron los contactos encontrados o hallados más relevantes para la presente causa penal?
- ¿Diga cuántas fotos se encuentran relacionadas al presente caso, conforme al contenido de la comisión que se le encomendó?
- Indique si las fotos encontradas ¿fueron bajadas del internet, tomadas directamente con la cámara del celular o enviadas a través de aplicaciones de mensajerías?
- Indique si es posible determinar si las fotos encontradas fueron alteradas o editadas de alguna forma, ya sea en su propio contenido o en sus detalles, tales como fecha, hora y lugar del momento en que fueron captadas.
- ¿Diga cuántos mensajes de whatsapp u otro servicio de mensajería fueron extraídos y cuál es su rango de tiempo?



Imagen de Leandro Aguilar en Pixabay.

- ¿Diga si los equipos informáticos revisados ofrecieron algún tipo de dificultad para la extracción de datos?

El catálogo anterior, sin ánimo de ser arbitrario ni mucho menos antojadizo, son las preguntas que en un principio deben ser realizadas a un perito informático, sin que en ninguna circunstancia eso signifique que dicho compendio no pueda ser ampliado. Obsérvese que las preguntas son técnicas, buscan verificar aspectos objetivos de la experticia realizada, que el perito explique al tribunal los pasos requeridos para realizar su labor. Por otro lado, no es ocioso indicar que los ejemplos de cuestionamientos deben ser adaptados a cada rol, porque mientras que en contrainterrogatorio se permiten las preguntas sugestivas, en el interrogatorio no: se trata de saber preguntar y de dominar las técnicas de litigación oral.

De igual forma, quien pregunta debe estar preparado para hacer los cuestionamientos debidos, es decir, por lo menos debió haber

leído sobre la materia, para efectuar preguntas que se encuentren vinculadas de forma directa con la pericia realizada.

En esa línea, me permite ejemplificar la razón de los cuestionamientos expuestos en los párrafos precedentes: En un Juicio Oral, se trajo al perito informático y se le pidió que leyera los mensajes de whatsapp que habían sido intercambiados entre la víctima y la acusada (los cuales se encontraban siendo reproducidos en la pantalla del salón de audiencias). Nótese que no era una pregunta como tal y el perito se negó a leer los mensajes, aduciendo y con razón que, él solo había extraído los mensajes, no podía dar fe del contenido de estos (ni en tiempo, ni en modo, ni en lugar, ni en palabras), porque dicha investigación no era parte de su pericia.

Y es que, a medida que va realizando las preguntas pertinentes, las partes pueden mostrar todas las evidencias electrónicas (siempre y cuando se encuentren debidamente consignadas en el auto de apertura a juicio oral) y de esa manera el Tribunal puede

a través de su propia percepción (principio de inmediación) leer el contenido de los mensajes. Posteriormente, la parte que trajo al perito logró su real cometido con la prueba antes mencionada: sentó a la víctima como testigo y al mostrarle lo recabado por el experto, como quiera que ya había sido una información introducida al juicio no hubo objeciones a volver a proyectarlas, no solo reconoció el intercambio de mensajes, sino los que él había escrito, el contenido de los mismos y ofreció al Tribunal las explicaciones pertinentes. ¿Cuál fue el final? Una condena.

Y es que la fórmula es sencilla:

- Primero, el perito explica de forma amplia su pericia: desde que le fue encomendada hasta su finalización. Con esto se prueba la parte objetiva.
- Segundo, quien o quienes hayan participado de estos mensajes (o cualquier otro tipo de evidencias electrónicas), se les sienta como testigos para efectos de corroborar el aspecto subjetivo.

De esa manera, el Tribunal contará con suficiente información de calidad que le permitirá tomar una decisión apegada al Derecho y a la sana crítica.

CONCLUSIÓN

A lo largo del presente escrito me he permitido hablar de las falencias que se han verificado en Juicio Oral al momento de presentarse y evacuarse la prueba pericial informática, pero a la vez, también he brindado soluciones y ejemplos de preguntas que pueden hacer que, de forma efectiva, se introduzca al juicio, información de calidad.

La práctica de la prueba pericial informática, considerando los avances de la tecnología actual, es preponderante y en muchos casos imperativa, para la resolución de los casos. Por ello, contar con un perito idóneo desde el principio, es una exigencia vital del propio sistema penal acusatorio.

Así mismo, utilizar de forma correcta las técnicas de litigación es primordial para lograr extraer del perito, la información requerida y necesaria, no solo para probar

la teoría del caso esgrimida, sino también para explicar a quienes no cuentan con ese conocimiento, de una forma sencilla las razones por las cuales un hecho ocurrió de tal o cual manera.

Culmino el presente escrito indicando que no es ocioso recordar que el control es horizontal entre las partes, por ende, al momento de solicitar la pericia informática, deben estar realmente

seguro de cuáles son los elementos necesarios e imprescindibles para la teoría del caso planteada, puesto que como quiera que esta experticia es técnica en toda su extensión, se hace importante ser puntual en cada una de los datos que se pretendan obtener, salvaguardando siempre los derechos y garantías fundamentales de todos y cada uno de los involucrados en el proceso.

BIBLIOGRAFÍA

- CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ. Panamá: Sistemas Jurídicos S.A., s.f.
- DUCE, M. *La prueba pericial*. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2014.
- Lam, R. *La cadena de custodia de los elementos de pruebas y las ilicitudes probatorias en el proceso penal*. Bogotá, D.C.: UniAcademia Leyer Editorial, 2017.
- Ley No. 79 de 22 de octubre de 2013 por medio de la cual se aprueba el convenio sobre la ciberdelincuencia, hecho en Budapest. 23 de noviembre de 2001.
- NEPTUNE, V. *La evidencia electrónica. Autenticación y admisibilidad*. San Juan, Puerto Rico.: Ediciones Situm., 2017.
- PABÓN PARRA, P. *La prueba pericial. Sistema Acusatorio. Partes General y Especial*. Bogotá, D.C: Ediciones Doctrina y Ley, 2015.
- PELÁEZ, R. *Manual para el manejo de la prueba con énfasis en el proceso civil, penal y disciplinario*. Bogotá, D.C.: Ediciones Doctrina y Ley, 2015.
- PETRONE, D. *Prueba informática*. Provincia de Buenos Aires: Ediciones Didot, 2017.

Problemáticas en la investigación de accidentes de tránsito en la República de Panamá, una mirada desde el razonamiento probatorio

EDUARDO EMILIO CAMPBELL*

SUMARIO

El presente ensayo aborda un resumen de las problemáticas más sobresalientes detectadas en el ámbito de la investigación penal de hechos de Tránsito terrestre en la República de Panamá, a partir de nuestra experiencia profesional como perito investigador y abogado. Donde vemos cómo incide la participación de cada uno de estos factores en la práctica pericial y en la decisión jurisdiccional; finalizando con una serie de recomendaciones, cuyas soluciones implicaría reconocer el cambio de paradigmas a nivel jurídico y pericial.

Palabras claves: Dictamen pericial, perito, juez, accidentología, reconstrucción, admisión, valoración, deferencia, fiabilidad, física mecánica, investigación criminal, sistema penal acusatorio, comunidad epistémica.



* Licenciado en Investigación Criminal y Seguridad de la Universidad Especializada de las Américas, Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Latina de Panamá, Maestría en Derecho Penal y Derecho Procesal del Instituto de Estudio e Investigación jurídica; Diplomado en Ciencias Forenses y Peritaje del Instituto de Criminología de la Universidad de Panamá; Diplomado de Mediación y Negociación de la Universidad de Panamá; Diplomado en Investigación de Siniestros viales, del Centro de Estudios Jurídicos y Criminológicos (Córdoba-Argentina); Diplomado en Peritaje de Tránsito y Transporte Terrestre de la Universidad de Panamá. Diplomado en Reconstrucción Analítica de Accidentes de Tránsito del Centro de Entrenamiento de Investigación y Reconstrucción de Accidentes de Tránsito (Argentina). Laboró por aproximadamente ocho años en el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Panamá con el cargo de perito forense de la sección de Accidentología Forense; miembro del Colegio Nacional de Investigación Criminal y Seguridad de Panamá, miembro del Colegio Nacional de Abogados de Panamá. Actualmente, abogado litigante, investigador y perito Accidentólogo.

INTRODUCCIÓN

Adentrase en el análisis de las problemáticas asociadas a la investigación penal de hechos de tránsito en la República de Panamá, lejos de ser una tarea fácil, implica desde nuestra perspectiva un asunto de naturaleza compleja, que amerita ser reconocida y examinada desde la óptica de la práctica pericial y el razonamiento probatorio, a fin de poder identificar una variedad de antecedentes y factores adversos, que desde hace mucho tiempo se oponen al éxito de la Investigación del delito; fenómeno que de antemano aclaro, no se deriva con exclusividad de la actuación directa del especialista, y mucho menos atañe solamente a la realidad panameña, ya que también se escapa de nuestras fronteras.

Así las cosas, iniciamos aclarando que el presente ensayo, no pretende vulnerar la autodeterminación pericial ni infra estimar el trabajo y empeño individual que ejecutan los peritos; muy por el contrario a cualquier apasionamiento, tiene como objetivo

contribuir someramente con la comunidad jurídica y de investigadores panameños, desde una crítica constructiva para el fortalecimiento de las técnicas y metodologías científicas, poniendo de manifiesto reflexiones y recomendaciones que inciden en la profesionalización, fiabilidad y calidad de las actuaciones y dictámenes arrojados durante una investigación penal por hecho de tránsito terrestre.

Por cuanto, es oportuno abordar este tema, con la objetividad que exige el caso, identificando de manera individual las principales circunstancias del problema, describiendo de qué manera se presenta para la investigación y el proceso, y cómo ha perdurado e ido enquistándose en la praxis pericial; en ocasiones disfrazadas de buenas prácticas, distorsionando manifiestamente la percepción de la realidad del suceso, y comprometiendo el imprescindible auxilio que requiere la administración de Justicia de la pericia Accidentológica.

CONTENIDO

En primer lugar se hace necesario recordar que Panamá, hasta hace poco, logró implementar plenamente su sistema de procedimiento penal¹, pasando de un sistema de procedimientos inquisitivos, caracterizado por rigurosos formalismos escritos, a un modelo de tipo acusatorio, el cual entre otras cualidades, se diferencia del anterior por la relevancia que toma el respeto a la dignidad humana, como base de los derechos fundamentales y humanos; lo que entre otras cosas viene a significar el control jurisdiccional que el Juez tiene sobre diferentes fases del proceso.

En cambio, para el Ministerio Público, en su potestad constitucional de perseguir el delito, el nuevo modelo procesal, contempló el ejercicio de la acción penal, desde la dirección de los organismos de investigación, a fin de esclarecer los hechos y

¹ Mediante Ley 63 de 2008. El Sistema Penal Acusatorio entró en vigencia de manera paulatina desde el año 2011, y empezó a regir en toda la república desde el año 2016.

confirmar o desvirtuar el estado de presunción de inocencia que le asiste al investigado, empero sobre el deber de acopiar elementos de convicción “ajustados a protocolos de actuación propios de las técnicas o ciencias forenses”.²

De modo tal, que aquello supone investigar lo favorable o desfavorable para el indiciado, desde la base de elementos objetivos, convirtiéndose el Ministerio Público, de una u otra manera en el primer control y garante que el procedimiento penal pone a la prueba pericial.

Por consiguiente, nótese que el sistema penal acusatorio, descansa en gran parte sobre la prueba pericial, lo que representa un giro completo en cuanto a la forma que venía tratándose la prueba, ahora significativa su recopilación desde la fase de In-

vestigación y de forma particular en la presentación y admisión de ésta para el juicio oral, sujeta al ejercicio del derecho de defensa y las reglas del contradictorio, la inmediación, concentración, igualdad de armas entre las partes y la publicidad.

Por lo anteriormente expuesto, debemos reconocer que mientras se encontraba en vigencia el sistema de procedimiento penal inquisitorial, la prueba testimonial de entre otros medios de prueba, ocupaba un sitial preponderante, y para muchos incluso era considerada como la madre de todas las pruebas. No obstante, según como lo plantea Paul, L. el problema se derivaba en que “estos testimonios, eran recabados por el Ministerio Público, en la mayoría de ocasiones sin ser sometidas a las reglas del contradictorio y muy pocas veces el juez tenía intermediación con la misma, ya que los juicios se concretaban a un resumen de prueba recabada en la fase del sumario y las alegaciones de las partes”. (Paul 275-276)

En consecuencia, vemos como el trabajo pericial, entre estos los

de hechos de tránsito, (aportado tanto por peritos oficiales y de parte), no pasaba por una fase de admisión, práctica y valoración probatoria lo suficientemente rigurosa o exigente como para garantizar la pertinencia, conducencia y licitud de los elementos de convicción aportados.

Aunado a ello, en múltiples casos la pericia de Accidentológica, era practicada por peritos empíricos, muchos de los cuales, vertían sus consideraciones en sus informes y ante el tribunal, sin pasar por la debida acreditación de las credenciales mínimas de idoneidad y experiencia en la materia, dejándose las habilidades, formación académica y experticia del experto a la buena fe y sana crítica del juzgador.

De manera que estas vulnerabilidades procesales, no garantizaban al proceso, una mayor probabilidad de certeza en los testimonios y datos técnicos arrojados por los expertos además tampoco aseguraba probabilidad de acierto en las decisiones que tomaba el juez.

Por ejemplo, en lo que respecta

² El art. 276 del CPP establece: Es deber del Ministerio Público promover la investigación de los delitos perseguibles de oficio y de los promovidos por querrela, mediante el acopio de cualquier elemento de convicción ajustado a los protocolos de actuación propios de las técnicas o ciencias forenses necesaria para esa finalidad.

a dictámenes y sus resultados, la ley tampoco definía, ni exigía un contenido específico para fundar de manera clara y precisa el dictamen pericial. Lo que pudiese explicar (salvo excepciones) porque muchos de estos dictámenes, solían concretarse en informes ametódicos y asistemáticos, sostenidos por transcripciones literales de la norma administrativa de tránsito y del mero análisis comparativo de testimonios obtenidos de entrevistas, indagatorias y diligencias de reconstrucción en el lugar de los hechos; dando como resultado hipótesis y conclusiones carentes tanto del rigor científico como del respaldo de la comunidad epistémica de relevancia.³

Pero bien, la gravedad de estas prácticas a todas luces inexcusables para la Accidentología analítica, consistía principalmente en

³ Una comunidad epistémica se define según Maldonado A. como una red de profesionales con reconocida experiencia y competencia en un campo particular. Debido a su conocimiento especializado, las comunidades epistémicas cuentan con suficiente "legitimidad" en el área de políticas dentro de un campo determinado.



Imagen de Walter Knerr en Pixabay.

que el método de hacer la pericia era improvisado y no estaba sujeto a ningún tipo de control legítimo y/o protocolo avalado por la comunidad epistémica, y a pesar de ello era aceptado de manera inconsciente y generalizada por los peritos, replicándose el modelo a los aprendices.

De allí, que en la actualidad, como herencia del pasado, estas prácticas antes mencionadas se están instalando en el nuevo sistema, y lo que es peor apreciándose sus resultados periciales como una suerte de pseudo verdad para los operadores de justicia, particularmente en las primeras fases del proceso, donde incluso podrían estar incidiendo sus conclusiones, en las motivaciones de las partes para redireccionar el caso hacia métodos alternos de solución del conflicto, atendiendo quizás a la fragilidad que pueden tener las pruebas periciales de ser sometidas al debate del juicio oral.

En otro orden de ideas, observamos con preocupación los constantes recortes presupuestarios que el Estado cada año le aplica al Ministerio Público,

particularmente al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses; bien definida por el Dr. Silvio Guerra como “Una especie de Cenicienta que aún no termina de encontrar el zapato que le hace falta” (sic) (Guerra). Definición, para nada favorable al auxilio que el Derecho Penal espera de las investigaciones periciales, las cuales en proporción con las exigencias que supone la inmediatez del sistema acusatorio y el incremento de accidentes de tránsito, se ve reflejada en déficit de: peritos, capacitación, tecnología especializada y el incremento de la mora pericial.

Simultáneamente, advertimos con pesar, la omisión (parcial) en el cumplimiento de la ley que instituye la carrera del Ministerio Público⁴ y otras leyes de profesionales, diseñadas entre otras cosas, para asegurar a los servidores públicos y/o profesionales,

⁴ Concretamente la Ley 1 de 2009; de carrera de Ministerio Público, aplicable a los servidores públicos del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Así mismo la Ley 15 del 20 de febrero de 2018 (Que regula el ejercicio de la profesión de Investigación Criminal y Seguridad).

*...no es de extrañarnos
que los resultados
periciales de
Accidentología por lo
menos a nivel oficial,
(salvo excepciones)
fueran muchas veces
abordados de manera
superficial...*

”

una remuneración adecuada y el reconocimiento de exclusividad, ascensos e igualdad de oportunidades, conforme a la promoción de concursos de méritos basados en la profesión, el cargo y la antigüedad. Situación que evidentemente socaba derechos que requieren hacerse respetar y exigirse, a fin de garantizar la moral, la excelencia y el desarrollo profesional que necesita la administración de justicia de los peritos del IMELCF. Disposiciones legales de obligatorio cumplimiento, pero que a la fecha lamentablemente siguen sin ejecutarse en su totalidad, acarreando la migración o éxodo de peritos, muchos de ellos altamente capacitados.

Por cuanto, a partir de todas estas problemáticas, no es de extrañarnos que los resultados periciales de Accidentología por lo menos a nivel oficial, (salvo excepciones) fueran muchas veces abordados de manera superficial, especialmente donde las competencias territoriales son más exigentes y de mayor demanda; siendo éste, sin duda otro de los factores negativos que afectan el

análisis integral que requiere la reconstrucción analítica de un siniestro de tránsito.

En ese orden de ideas, vemos que parte del problema, parece estribar no solo en las vulnerabilidades del proceso, en la técnica pericial o en la poca disposición presupuestaria que asigna el Estado al Ministerio Público, sino que también apunta a la “deferencia absoluta”⁵ que el público en general y principalmente los juristas, suponen hacia la opinión y cientificidad del experto, sin poner en duda, u objetar, siquiera por sentido común, cualquiera de sus observaciones y conclusiones, en especial aquellas aportadas por los peritos oficiales, como si la calidad del dictamen dependiera del origen institucional.

Así lo pone de manifiesto la Dra. Carmen Vázquez en su obra denominada “De la prueba científica a la prueba pericial” (Vázquez, De la Prueba Científica a

la Prueba Pericial) quien, en su condición de doctrinaria en razonamiento probatorio, nos refiere entre otras cosas lo siguiente:

“Hay que asumir una actitud crítica respecto a lo que los expertos nos dicen más allá de sus propias credenciales, o de lo que afirman en un proceso judicial concreto, solamente de esta manera tendremos cierta racionalidad en el uso del conocimiento experto que fundan nuestras decisiones judiciales. (Vázquez, La Prueba Pericial en el Razonamiento Probatorio) El juez no debe en ningún caso diferir en los expertos una decisión que le corresponde tomar, tienen la obligación de diferir con conocimiento experto y de evaluar con ese conocimiento que se tiene”. (sic)

De manera que, la deferencia involucra la confianza excesiva que los operadores de justicia muestran hacia la prueba pericial, en especial aquellos casos donde no existen otras pruebas

⁵ El concepto “deferencia”, de acuerdo con el *Diccionario Enciclopédico Vox 1* (2009), Larousse Editorial, S.L. corresponde a la adhesión al dictamen o proceder ajeno, por respeto o por excesiva moderación.

periciales que puedan confirmar o descartar la metodología y resultados del experto. De ahí la importancia de que las partes se procuren la participación de sus peritos desde los primeros actos de investigación.

A propósito de la aludida deferencia, Gascon M. nos advierte que:

“El problema más serio radica en que el proceder deferencial implica una falta de control judicial sobre la fiabilidad de lo que el experto declara (y en particular sobre la fiabilidad de los conocimientos y técnicas usadas), lo que muchas veces permite la entrada en el proceso de auténtica basura pericial (datos con poco o nulo fundamento científico que son aceptados por los jueces y que pueden conducirles a cometer serios errores)”. (Gascón)

Y continúa diciendo:

“El exceso de confianza entraña un riesgo adicional, un

efecto adverso desde el punto de vista institucional: en la medida que el informe pericial se asume sin mayor control, podría decirse que al final es el propio perito quien indica al juez lo que debe creer sobre el *factum provandum*, sin que este pueda separarse de tal juicio sin poderosas razones. Pero de este modo se termina convirtiendo a los peritos en decisores de la causa y, por consiguiente instaurando un nuevo sistema de pruebas fundado en la autoridad de los expertos” (sic) (Vázquez, *La Prueba Pericial en la Experiencia Estadounidense el caso Daubert*)⁶

Como consecuencia, a los objetivos de este escrito, no podemos pasar por alto esta problemática, ya que es evidente que esta confianza desmedida y enfoque de “túnel” en los operadores de justicia, puede contri-

buir a que, en procesos penales, particularmente por hechos de tránsito, gente responsable resulte absuelta y lo que es peor, gente inocente resulte condenada, (caso paradigmático el Proyecto de la Inocencia).⁷

Por lo delicado de ello, es que consideramos importante fijar nuestra atención en destacar que los dictámenes de hechos de tránsito en Panamá, normalmente son arrojados a partir de una única diligencia pericial de reconstrucción de los hechos, la que aparte de ser programada por la autoridad mucho tiempo después de la fecha del suceso, supone en muchos escenarios, junto con otras piezas procesales (declaraciones testimoniales, parte policivo, exámenes médico legal y toxicológico), las únicas fórmulas y elementos de convicción utilizados por los peritos para determinar las complejas causas que envuelve un siniestro de tránsito terrestre.

⁶ Referido dentro del prólogo del libro denominado “De la prueba científica a la prueba pericial” de Vázquez, C. (2015)

⁷ Según *Innocence Project* (2019, agosto 29): “La misión del Proyecto Inocencia es liberar a la asombrosa cantidad de personas inocentes que permanecen encarceladas y llevar una reforma al sistema responsable de su encarcelamiento injusto”.

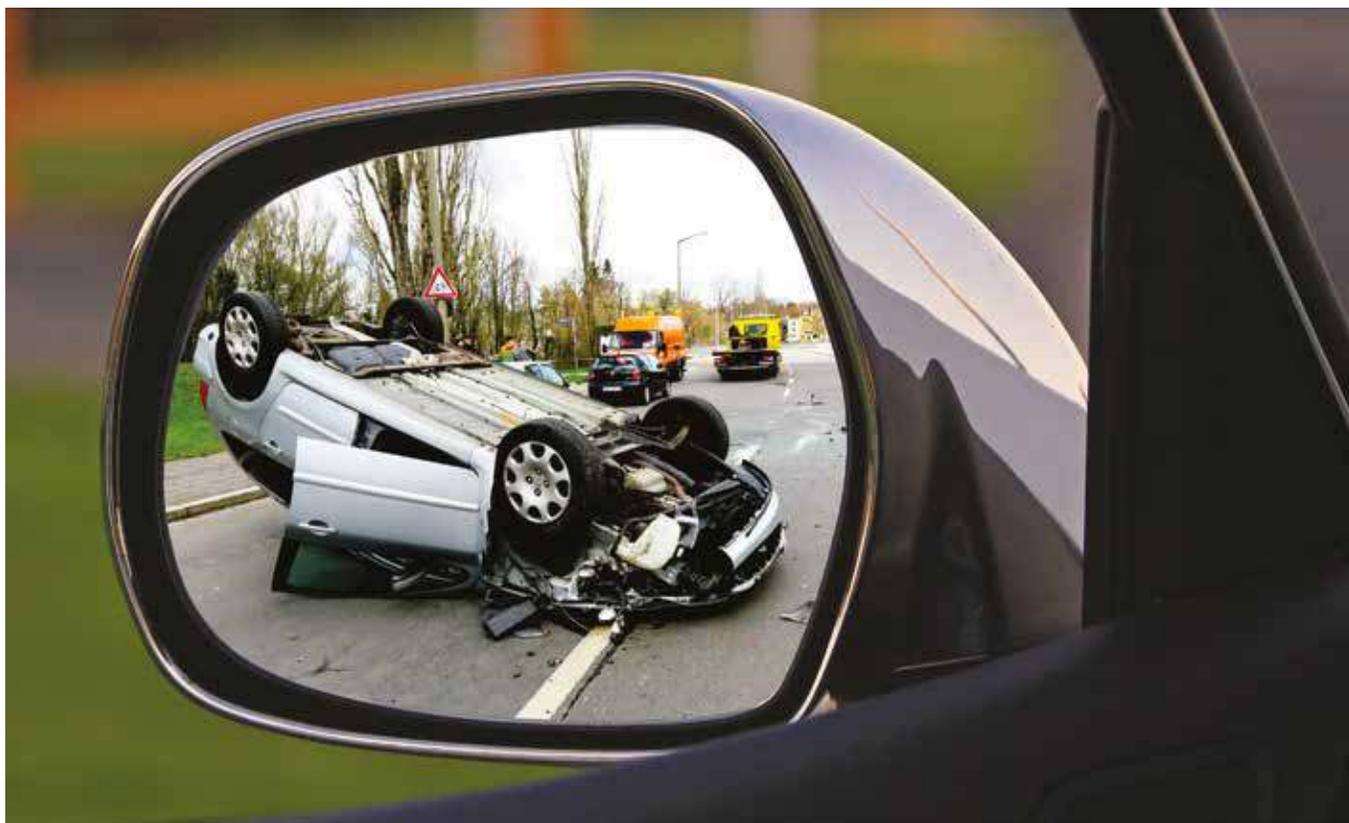


Imagen de Hier und jetzt endet leider meine Reise auf Pixabay aber en Pixabay.

Situación que debo reconocer, limita significativamente el criterio pericial de su dictamen, al verse subordinado al relevamiento de datos que consigna el inspector de tránsito de la Policía Nacional dentro del parte policivo y su respectivo diagrama, como único intermediario y responsable técnico que se apersona de forma inmediata al lugar del suceso.⁸

8 El Ministerio Público salvo excepciones, comisiona a los peritos oficiales a apersonarse inmediatamente al lugar de los hechos, en casos con resultado de muerte (Específicamente cuando el cadáver permanece en el lugar).

Al respecto de esta diligencia de reconstrucción, debemos indicar que aún se continúa practicando, ahora denominada con el concepto de “Recreación en el lugar de los hechos”⁹, y representa para muchos peritos, fiscales, y abogados, uno de los actos de investigación más importantes y de obligatoria práctica en la investigación de un siniestro de tránsito. Esto a pesar de que a nivel de la región¹⁰ y la comunidad de ex-

9 Los objetivos de la diligencia de recreación en el lugar de los Hechos son descritos en el Directorio de Servicios Periciales de IMELC, Sección de Accidentología Forense. Pág. 50.
10 Hispanoamérica y Estados Unidos.

peritos de relevancia, esta técnica no goza de aceptación general.

En habidas cuentas, hemos observado que la practicidad y fiabilidad que involucra la aplicación de esta diligencia de recreación en el lugar de los hechos, en base a versiones de las partes o testigos, ciertamente deja dudas más allá de lo razonable, que vale la pena poner de manifiesto, puesto que lejos de aportar elementos de convicción objetivos para reconstruir el suceso fáctico, hemos constatado que este tipo de técnica pericial, ha propiciado en múltiples casos, a que las partes involucradas y/o testigos presen-

ciales, durante sus aclaraciones, sean susceptibles de variar significativamente la realidad de lo que sucedió.

Esto, basado en que los testigos, durante las entrevistas, tienen que recurrir a la memoria, cuya calidad y precisión según Loftus, F. y Greene, L. es distorsionada por factores asociados a la adquisición de esa información durante la percepción; como lo son factores inherentes al suceso mismo; como por ejemplo el entorno, la iluminación, la velocidad, distancias, duración, violencia o emotividad del suceso, y factores inherentes al testigo como la disminución de la atención, estrés, miedo, entrenamiento, género, edad, etc. (Loftus, Greene y Doyle)

En ese contexto, Lipton, J. nos señala que “la recuperación de los sucesos de la memoria, sin una estrategia de interrogación, puede malograrse” (Lipton); lo que además significa que desarrollar estas diligencias, con peritos sin los conocimientos necesarios en métodos de interrogación; puede contribuir a que las partes en su afán de librarse de respon-

sabilidades o el deseo de incriminar a otros, presenten relatos y dinámicas de los hechos inexactas, incluso amañadas y deliberadamente modificadas, todo esto aunque medie la gravedad del juramento como una garantía de la verdad.¹¹ Dando pie, a que los entrevistados puedan variar a su favor las conclusiones que sobre la diligencia debe verter el dictamen de los peritos.

Por tal motivo se advierte que el problema no aplica solamente a la memoria del testigo sino también a la experticia que el perito ostente sobre la dinámica de interrogatorio, influyendo esto en la poca fiabilidad y los serios problemas que plantean las pruebas ofrecidas por testigos presenciales durante una diligencia de recreación en el lugar de los hechos del accidente de tránsito.

¹¹ La declaración bajo la gravedad del Juramento se contempla en el código Penal de la República de Panamá, dentro de los delitos contra la Administración de Justicia. (art. 385) que indica que el Testigo, perito, interprete o traductor que, ante la autoridad competente, afirme una falsedad o niegue o calle la verdad, en todo o en parte de su declaración, dictamen, interpretación o traducción, será sancionado con prisión de dos a cuatro años.

En tal sentido, aspirar a que conductores, testigos (hombres, mujeres, niños y ancianos) basados en su “recuerdo”, puedan después mucho tiempo, definir sobre la vía y “con precisión”, la ubicación específica de un determinado punto de la dinámica del hecho, y peor aún, bajo condiciones climáticas, de visibilidad e iluminación adversas, representa a nuestro juicio una técnica imprecisa y carente de objetividad; precisamente por las grandes posibilidades de margen de error que acarrea la marcación de puntos de dinámicas a través del testimonio.

Pero más allá de las inconsistencias en los señalamientos del testigo, el verdadero error pericial, a nuestro juicio, se constituye cuando el perito en la confección de su dictamen utiliza estos datos testimoniales (imprecisos), como fuente real, exclusiva y determinante para calcular y medir físicamente la evolución o cadena de eventos, evitabilidad y las causas que dieron origen al siniestro.

Como ejemplo práctico de lo anteriormente expuesto, simulemos que un vehículo viaja a una

rapidez constante de 60 km/h, por tanto, recorre una distancia de 16.6 m en cada segundo de su desplazamiento. No obstante, mientras el vehículo avanza por la vía, el conductor sorpresivamente detecta la existencia de un peligro potencial de colisión; por lo que inmediatamente ejecuta una maniobra de tipo evasiva y de frenado a fin de evitar la colisión. ¿Qué distancia habrá recorrido el vehículo desde el instante en que el conductor percibió el riesgo, hasta el momento que el vehículo empezó a ejecutar la maniobra evasiva o de frenado aplicada por el conductor para evitar la colisión?

Para responder a esta pregunta, de antemano se requiere reconocer que a través de resultados experimentales, se ha comprobado que las personas suelen reaccionar de diferentes maneras y en tiempos distintos, de acuerdo a como se le presenten las condiciones de visibilidad y otras circunstancias del entorno, de manera que no podemos utilizar un valor único o constante para el tiempo de reacción humano; de ahí que Hernández, J. nos ad-

vierte del riesgo de asumir valores estandarizados de reacción y percepción. (Hernández)

Por lo cual Hernández, J. (2016, p.169) nos asegura que:

“los tiempos de reacción medidos en laboratorio van desde 0.2 s a 1.6 s, (En condiciones donde el sujeto conoce que debe actuar cuando se le presente el estímulo), y de entre 2.5 s a 7.0 s. (cuando el sujeto no se espera o es sorprendido por el estímulo).” (Hernández 169)

Por lo cual, para contestar a la cuestión, se requiere contemplar estas variables de reacción humana, y aventurarnos a estimar que el conductor del vehículo en comento posee un tiempo de reacción “mínima” de 2.5 s (cuando el sujeto es sorprendido por el estímulo), sumado al tiempo de reacción mecánica del vehículo que de acuerdo con Berardo, M. e Irureta V. oscila en una duración media de 0.20 s. (Berardo y Irureta). De tal manera que el tiempo de reacción mínimo al peligro

El caso práctico en comento nos refleja una relación causal directamente proporcional entre la velocidad, la distancia y el tiempo, lo que significa que, a mayor velocidad y tiempo de reacción, mayor será la distancia recorrida por el vehículo.



equivaldría a un tiempo de 2.70 s, conllevando para el vehículo una distancia de desplazamiento de aproximadamente 44.82 m. En cambio, si tomamos el tiempo de reacción máxima, equivalente a 7.20 s, vemos que conlleva una distancia de 119.52 m para el desplazamiento del vehículo.

Por ende, a partir del anterior análisis, se evidencia que durante el desplazamiento del vehículo a 60 km/h, cualquier estímulo o peligro que se le presente al conductor de forma sorpresiva, solo podrá ser receptado, procesado y respondido, según como se presenten las condiciones y circunstancias del hecho, posterior a un recorrido de aproximadamente 44.82 m. (en el mejor de los casos) y un recorrido de 119.52 m. (en el más amplio de los casos).

A sí que, el caso práctico en comento nos refleja una relación causal directamente proporcional entre la velocidad, la distancia y el tiempo, lo que significa que, a mayor velocidad y tiempo de reacción, mayor será la distancia recorrida por el vehículo;

esta relación despeja cualquier duda respecto al amplio margen de error que involucran señalamientos o marcaje de posición, dispuesto sobre percepciones, puntos de impactos, maniobras y otros. Particularmente en condiciones de oscuridad, velocidades elevadas, y estado físico y mental del conductor, entre otros.

Similar situación ocurre cuando se les pide a las partes manifestar a cuál velocidad circulaba el vehículo momento antes del impacto o durante el impacto, ya que puede haber variaciones entre un testigo y otro. Así lo expone la investigación de Marshall, J. quien, en una prueba administrada al personal del ejército americano, los cuales sabían de antemano que les preguntarían sobre la velocidad de un automóvil en movimiento, las estimaciones oscilaron entre 10 y 5 millas por hora, para un vehículo que en realidad circulaba a 12 millas por hora. (Marshall)

De manera simultánea, vemos que Leibowitz descubrió en su estudio de colisiones en un cruce de tren, que las estimaciones de velocidad estaban influidas por

ciertos errores perceptuales en los conductores, que demostraban que el tamaño de los objetos contribuye a las estimaciones de velocidad, en donde los objetos grandes parecen moverse a menor velocidad a diferencia de objetos pequeños, a pesar de que ambos realmente se mueven a la misma velocidad. Determinando así que el gran tamaño de los trenes puede causar que su velocidad sea infra estimada, generando que la gente calculara erróneamente el tiempo que tarda el tren en llegar al cruce. (Leibowitz)

Por consiguiente, sobre la base de estos ejemplos, difícilmente podríamos convencernos de que el dictamen pericial de un accidente de tránsito pueda arrojar sin mayor problema resultados fiables de velocidades, determinación de evitabilidad o no del accidente, e incluso aseverar responsabilidades y elementos de culpa (competencia privativa del juzgador), basado todo "exclusivamente" en el análisis y comparación de testimonios de los testigos presenciales y/o de las partes involucradas.



Imagen de Siobhan Dolezal en Pixabay.

Con esto no queremos tachar la importancia que los testimonios aportan a una investigación criminal, ya que están comprobados los beneficios que tiene la prueba testimonial, pero para confirmar o descartar hipótesis y datos, siempre y cuando se utilicen con cautela, por medio de la interpretación de la evidencia y de los datos objetivos recopilados durante la investigación. Por lo cual insistimos en que un dictamen confeccionado solo a base de testimonios, en su esencia es todo menos un dictamen pericial. A pesar de lo anterior, la tendencia pericial continúa desviándose

al resabio de valorar la prueba testimonial por encima de la evidencia y el método científico.

En ese orden de ideas, debemos advertir que la verdadera Accidentología como disciplina multidisciplinaria de la Criminalística, en su complejidad técnica, va más allá, de lo que a simple vista se discrimina, por ejemplo enfocando su estudio a los fenómenos de la física mecánica, la psicología, la ingeniería vial, la planimetría, fotogrametría, estadística, seguridad vial, entre otros, pero con especial relevancia hacia los fundamentos de la física mecánica y la evidencia física; rea-

lizando a su paso un sin número de técnicas, exámenes y diligencias plenamente fiables, verificables, reproducibles, validados y amparados por la tecnología y el método científico, para luego entonces poder arribar a conclusiones con la mayor probabilidad posible.

Ahora bien, apreciamos con optimismo que desde que inició el sistema penal acusatorio en el primer distrito judicial, las autoridades del Ministerio Público, hayan considerado la necesidad de apersonar en situ, sin intermediarios y de forma inmediata a la ocurrencia de los hechos, a los peritos oficiales del Instituto de Medicina

Legal y Ciencias Forenses, (Sección de Fotografía Forense y Sección de Accidentología Forense) con la finalidad de inspeccionar físicamente el lugar de los hechos y los vehículos involucrados¹², para buscar y documentar fotográficamente y planimetricamente cuantos detalles e indicios se ubiquen en la escena. Aunque aquellas comisiones, en algunas regiones solo estén solicitándose en mayor grado a casos con resultado de muerte en el lugar del hecho.

De la misma forma, vemos con entusiasmo la mayor participación de los peritos de parte en el lugar de los hechos (previo nombramiento) quienes en uso de las facultades que la ley le otorga¹³, pueden también visitar e inspeccionar el sitio del suceso y realizar

*Podemos afirmar
que el trabajo pericial de
Accidentología,
no solo se limita
a la mera participación en
el lugar de los hechos, sino
al ímpetu
con el que el experto
minuciosamente procede
a buscar, documentar, fijar
y extraer datos
y evidencias del lugar
del hecho.*



¹² Los objetivos de la diligencia de recreación en el lugar de los Hechos son descritos en el Directorio de Servicios Periciales de IMELC, Sección de Accidentología Forense. Pág. 51.

¹³ El art. 410 del CPP, de acuerdo con las Funciones del Perito, dispone entre otras cosas: Los peritos personalmente estudiarán la materia del dictamen y están autorizados para solicitar aclaraciones de las partes, requerirles informes, visitar lugares, examinar bienes, muebles o inmuebles, ejecutar calcos, planos, relieves y realizar toda clase de experimentos, que consideren conveniente para el desempeño de sus funciones.

toda clase de experimentos que consideren convenientes para el desarrollo de sus funciones, independientemente del trabajo que simultáneamente ejecute el perito oficial; esto como efecto del principio de igualdad de armas que propugna el sistema penal acusatorio, donde el Juez debe valorar la prueba independiente de que parte la aduzca.

Por tanto, podemos afirmar que el trabajo pericial de Accidentología, no solo se limita a la mera participación en el lugar de los hechos, sino al ímpetu con el que el experto minuciosamente procede a buscar, documentar, fijar y extraer datos y evidencias del lugar del hecho. Trabajo de naturaleza compleja, que sin lugar a duda exige de personal calificado y competente para aplicar los principios de la cadena de custodia y los diferentes protocolos de la materia, para así asegurar que la adquisición de esa información y datos técnicos sean legítimos y vinculantes al accidente de tránsito.

Como ejemplo de estos protocolos, recomendamos el “Manual de buenas prácticas en la escena

del crimen” de la Academia iberoamericana de Criminalística y Estudios Forenses (AICEF)¹⁴, y de forma especial los protocolos y artículos científicos publicados por la Sociedad de Ingenieros de Automoción (SAE), organismo mundial de referencia en estándares de investigación de siniestros de tránsito.

Para finalizar, estimamos oportuno, atisbar sobre la experiencia estadounidense, concretamente sobre el “Veredicto Daubert”¹⁵, caso que actualmente es utiliza-

do en los Estados Unidos, como estándar jurisprudencial para la valoración judicial del testimonio de expertos en los tribunales, y desde la óptica del derecho comparado hay varios sistemas jurídicos que han llevado los criterios Daubert a su jurisprudencia e incluso su legislación (México, Perú, Italia, Argentina, Colombia). Por tanto, estimamos viable su recomendación al caso concreto de la admisión y valoración de la prueba pericial de Accidentología en Panamá.

Posición que evidentemente se ajusta a los argumentos que hemos venido describiendo a lo largo de este ensayo, y que exponencialmente se ve reflejado en los siguientes cuatro criterios que la Suprema Corte de los Estados Unidos, recomendó para la admisión y valoración de pruebas periciales:

- Si la teoría o técnica puede ser (y ha sido) comprobada. Pre-suponiendo que lo distingue a la ciencia de otro tipo de actividades humanas es el método científico que se basa en la

generación reacción y contrastación de hipótesis para ver si pueden ser falsables.

- Si la teoría o técnica empleada ha sido publicada o sujeta a mirar revisión. Esto “solo” como un componente de la buena ciencia y no condición sine qua non de la admisibilidad.
- Cuando se trata de una técnica científica, será necesario valorar su margen o rango de error conocido o posible, así como la existencia y el cumplimiento de los cambios durante su proceso.
- El grado de aceptación de la teoría o técnica empleada, por parte de la comunidad científica relevante, aun cuando no se deba considerar como condición necesaria de la fiabilidad de estos elementos probatorios. (Vásquez, La Prueba Pericial en la Experiencia Estadounidense el caso Daubert)

CONCLUSIÓN

En ese sentido, somos del criterio que gran parte del éxito de una investigación y/o reconstrucción de hecho de tránsito, se de-

14 El Instituto de medicina legal y Ciencias Forense de Panamá, forma parte de las instituciones miembros de la AICEF, de modo que asumió por voluntad de compromiso las recomendaciones previstas en el Manual de buenas prácticas en la escena del crimen; creado por el Grupo iberoamericano de Trabajo en la escena del crimen (GITEC).

15 El “veredicto Daubert”, fue un juicio civil, presentado a la Corte del Estado de California, por la familia Daubert et al en contra de Merrell Dow Pharmaceuticals Inc. A raíz de supuestos daños tóxicos asociados a malformaciones congénitas a niños, causadas durante la gestación, por la ingesta del fármaco Bendectin. Juicio que llevó a un análisis exhaustivo de las pruebas periciales aportadas por los peritos de ambas partes y a que posteriormente La Corte del Estado, resolviera la exclusión de pruebas de la parte demandante, considerando que las pruebas científicas para ser admisibles deberían “estar lo suficientemente fundadas como para tener la aceptación general del área de conocimiento correspondiente” y ésta no cumplía tales criterios.

riva en la voluntad de exigirnos como peritos, mayor calidad y profesionalización de la práctica pericial, tomando como referencia estos criterios y los mejores métodos universalmente aceptados por la comunidad de expertos, de tal forma que nuestros resultados en caso de ser llevados al control jurisdiccional, sean bien admitidos y valorados, independientemente de la parte o institución que nos pidió el auxilio, rindiendo honor a la verdad y la justicia a través de la ciencia.

En conclusión, el propio sistema penal acusatorio con todas sus exigencias y garantías será quien pondrá de manifiesto la relevancia que tiene la solución de todas estas problemáticas. Por cuanto, comprendemos que el reto, no solo representa un cambio a nivel del procedimiento jurídico penal, sino también el cambio de paradigmas a nivel del ámbito pericial, para los cuales no bastará la sola emisión del dictamen o informe pericial, sino también la obligación del perito de acudir al llamamiento del juicio oral, lugar donde legítimamente se genera

la prueba, y someter la experticia pública y oralmente al contradictorio de las partes, todo ello ante

la mirada crítica del tribunal (*peritus peritorum*), pero sobre todo de la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

- BERARDO, M y V. IRURETA. *Influencia de la correcta evaluación del tiempo de percepción y reacción*. Instituto Vial Iberoamericano., s.f.
- BREND, R. «El veredicto Daubert». 2006.
- GASCÓN, M. *Conocimientos expertos y deferencia del juez. Apunte para la superación de un problema. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. Universidad de Castilla-La Mancha, 2016.
- GUERRA, Silvio. «Viderut et audierut». *El Panamá América*, 31 de marzo de 2016: 1.
- Hernández, J. *Guía de investigación y reconstrucción de accidentes de tránsito terrestre. Evidencias criminalísticas y solución matemática*. Flores Editor y Distribuidor, S.A., 2016.
- IMELCF. Pág. 50 - 51. «Directorio de Servicios Periciales». 2016. 50-51.
- LEIBOWITZ, H. W. «Grade crossing accident and human factors engineering». *American Scientist* Vol. 73.No. 6 (1985): 558-562.
- LIPTON, J.P. «On the Psychology of Eyewitness Testimony». *Journal of Applied Psychology* (1977): 62,90-93.
- LOFTUS, E. F. 02, 413-421. «Misfortunes of memory. Philosophical Transactions of the Royal Society», Vol. 302. 1983. 413-421.
- LOFTUS, F., L. Greene y M. Doyle. *La Psicología del testimonio del testigo presencial. Métodos psicológicos en la investigación y pruebas criminales*. Editorial Desclee De Brouwer, S.A., 1990.
- MALDONADO, A. «Comunidades epistémicas: Una propuesta para estudiar el papel de los expertos en la definición de políticas en educación superior en México». *Revista de la Educación Superior* Vol. XXXIV.No. 2 (2015): 108.
- MARSHALL, J. *Law and Psychology in conflict*. New York: Bobbs-merrill, 1966.
- PAUL, L. *La importancia y técnicas en la prueba pericial: II Congreso Panameño de Derecho Procesal Penal Acusatorio*. Panamá: Sigma Editores, S.A., 2016.
- «Project Innocence». 29 de agosto de 2019. <<https://www.innocenceproject.org/about>>.
- VÁSQUEZ, C. *De la prueba científica a la prueba pericial*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2015.
- . *La prueba pericial en el razonamiento probatorio*. 2019.
- . *La prueba pericial en la experiencia estadounidense. El caso Daubert*. Università degli Studi Pavia, s.f.

La fehaciencia de la prueba digital y el Novum Ius¹

SANDRA DELGADO RODRÍGUEZ*

SUMARIO

Una vez que nació el Derecho, se fueron creando las leyes bajo unos principios que siglos más tarde desarrollaron ampliamente los Romanos y derivaron en el reconocimiento de los abogados bajo el término “Doctus Docto”, pues estos personajes tenían a su favor la credibilidad que ganaban de las personas por su sabiduría y gran expresión oral, creando ambientes de seguridad absoluta al momento de defender las causas de sus clientes ante sabios y autoridades. Como es bien sabido por los letrados, cuando hablamos de Derecho Probatorio debemos basarnos en el aforismo latino “*Da mihi factum, dabo tibi ius*” que traducido al español significa “Dame la prueba, yo te daré el derecho”, que desarrollaría la evolución de la prueba en los tribunales de justicia a través de los tiempos, y que será el precepto del desarrollo de este artículo, para expresar a los juristas los cambios a los que nos estamos viendo enfrentados al darnos cuenta que la prueba ya no solo es material sino digital y que tenemos pocos abogados realmente capacitados para defender esto.

¹ Por las particularidades de este trabajo de investigación, la Comisión de Publicaciones Jurídicas de la cual forma parte el director de la *Revista Lex* ha decidido conservar el formato de citación de este trabajo de investigación.



* Sandra Delgado Rodríguez, Abogada colombiana y panameña, Politóloga e Internacionalista con cursos en Derechos Humanos, Ética y Anticorrupción, Auditora en Cumplimiento Normativo, Auditora Forense, Oficial de Cumplimiento y Oradora Internacional, autora del Canal de Youtube “El ABC del Compliance”. Además, cuenta con un MBA en Recursos Humanos de la Universidad Internacional de La Rioja - UNIR, estudió becada al 100% y es graduada con diploma Magna Cum Laude del MBA en Finanzas y la Especialización en Alta Gerencia en la Universidad Interamericana de Panamá - UIP y también es Diplomada en Gerencia de Sistemas de Gestión de Calidad ISO 9001 con actualización en el SENA de Auditora Interna de Calidad 2018, con cursos en AML, SARLAFT, TRADING, LegalTech, contando con experiencia laboral de más de 20 años como empresaria y administradora. Por último, tiene un curso de arbitraje con la Universidad de Panamá y CESCÓN y diplomas en Derecho Administrativo Iberoamericano y Procedimiento Contencioso Administrativo.

Podemos decir que gracias a la introducción de la tecnología y la manera de comunicarse de hoy en día, el Derecho ha evolucionado creando lo que los autores denominamos el origen del "Novum Ius", es decir, el Nuevo Derecho como un bagaje conceptual que registrará de ahora en adelante la humanidad y que no solo se dirige a todo lo que vamos a establecer en este escrito, sino que toca tangencialmente otros temas especiales que tienen que ver con la tecnología dentro del ámbito de los hechos y actos jurídicos. Sin embargo, dentro del tema probatorio creemos que la expectativa será mayor, debido a que actualmente contamos con abogados con una orientación marcada hacia las escuelas clásicas y modernas, quienes solo ven las condiciones de la prueba material y se apartan un poco de las desmaterialización de las piezas documentales como fuente de derecho en la justicia, creando una dicotomía entre la manera de pensar y proceder del abogado tradicional y la del abogado del siglo XXI, siendo este último rezagado tanto por los operadores de justicia que muchas veces tampoco entienden la era digital que estamos viviendo, como por la gran mayoría de abogados conservadores que no manejan debidamente estas pruebas electrónicas o digitales, cerrando la brecha ante el nuevo escenario y las nuevas realidades del derecho.

Por todo lo anterior, creemos que estamos listos después de haber recorrido un importante número de años trabajando con estas nuevas realidades, para aportar nuestro conocimiento y experiencia a otros colegas, dando las pautas que creen un nue-

vo escenario donde haya un despliegue profesional completamente diferente y el mejor punto de partida será comenzar a hablar de la manera efectiva de la introducción de la prueba digital en el proceso y los nuevos conceptos del derecho a donde prontamente juristas tradicionales o no, deberemos estar enfocados en prestar nuestros servicios. No cabe duda de que este artículo ayudará a los abogados en general, a poder presentar unas pruebas intangibles o digitales de manera correcta y entender las razones por las cuales no hay que tomar tan a la ligera el mundo electrónico y la era digital, entendiendo que las pruebas derivadas de este nuevo derecho, no pueden dejar de ser efectivas y mantener su fe-haciencia a través de los procedimientos legales que cada ordenamiento jurídico ha dispuesto para ello.

Palabras claves: Validez de los documentos digitales, correo electrónico, mensajes de texto, pantallas de *WhatsApp*, redes sociales, nuevo derecho, era digital, prueba digital, documentos electrónicos.

INTRODUCCIÓN

La vida de hoy no se concibe sin el uso de la tecnología, en especial sin la informática. Lo que antes era un sueño y ciencia ficción se ha vuelto realidad, de tal manera que vivimos en una sociedad en donde la computación y lo digital son aspectos omnipresentes y tenemos una dependencia cada vez mayor hacia una laptop, tableta o smartphone para desarrollar cualquier actividad en el siglo XXI, por lo que se espera que la incidencia de la tecnología en el futuro sea cada vez mayor en las vidas humanas. El mundo de ahora está tan *hiperdigitalizado*, que hemos tenido que llegar al punto de crear nuevas profesiones, mientras prescindimos de otras que particularmente han ido desapareciendo, y el derecho no será la excepción, así algunos de nuestros juristas pretenden el establecimiento de una ciencia inmutable. Cada vez con mayor frecuencia avanza lo tecnológico sobre las disciplinas del Derecho y la desmaterialización de las pruebas ya es una realidad.

Por su parte, los abogados tradicionales estamos acostumbrados a utilizar la frase "*scripta manent verba volant*", que quiere decir que solo lo que está escrito vale pues lo que se habla se lo lleva el viento, tratando de dar validez solo a lo que vemos físicamente y está por escrito, sin darnos cuenta que la realidad del mundo cambió y que existen hechos jurídicos que derivan derechos intangibles para los individuos, garantizados por la constitución y las leyes de cada Nación.

En Panamá recientemente, han existido casos en donde a pesar de que la evidencia digital tenía una carga probatoria contundente, la misma ha sido desvirtuada tajantemente por abogados que entienden la necesidad de una plena prueba que esté más allá de toda duda razonable, en especial cuando se trata del sistema penal acusatorio, pues lo que está en juego es el segundo bien más importante del ser humano después de la vida, que se trata nada menos que de la libertad de la persona que está sometida a un juicio. En ese orden de ideas, es allí en donde se focaliza el objetivo del presente artículo, en un intento de desarrollar una dogmática jurídica que ayude a los litigantes y operadores de justicia, a acercarse a la verdad por medio del derecho probatorio cuando se trate de piezas digitales. Sin embargo, hay momentos en que los abogados no tienen la capacidad física de abarcar todo y es por ello que deberán soportarse en técnicas de ingenieros e informáticos que conocen más sobre el tema, para explicar como peritos la forma correcta en que una prueba digital sea fehaciente y cumpla el objetivo para la cual es recolectada y presentada en juicio.

NORMAS DE COMERCIO ELECTRÓNICO EN LATINOAMÉRICA Y LOS DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

A finales de los años 90 y comienzos del siglo XXI, se empieza a tener una fuerte influencia de la documentación electrónica y digital en los diferentes procesos que maneja la justicia en todo el mun-

do y de allí nace la necesidad de los legisladores y organismos internacionales por regular la materia y dar un marco legal a esta tendencia de fin de siglo.

Cabe recordar, que la reglamentación de esta nueva necesidad se origina en las Naciones Unidas, bajo el marco de la "Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico con la Guía para su incorporación al derecho interno 1996 con el nuevo artículo 5 aprobado en 1998"², es así que muchas de las normas tendrán semejanzas a la hora de su incorporación en los ordenamientos jurídicos de cada nación.

Por esta razón, cada país comienza a crear leyes denominadas de comercio electrónico, las cuales tendrán por objeto el manejo de los datos, los mensajes de texto, la firma electrónica, los certificados digitales, los contratos electrónicos y telemáticos, la prestación de servicios electrónicos que incluyan el comercio electrónico, entre otros.

Siendo una nueva tendencia mundial en ese momento de la historia, analizaremos de forma cronológica, la evolución de cuatro jurisdicciones cuya estructura jurídica es muy parecida para explicar lo que se quiere con este escrito.

Para comenzar, en Colombia se crea una de las primeras leyes sobre este tema, siendo la Ley 527 de 1999, "Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se

establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones"³, teniendo como objetivo primordial el tratamiento legal de los documentos digitales que se manejarán en el país y su valor probatorio en los tribunales.

En esta norma se define: "Mensaje de datos. La información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI⁴), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax."⁵, lo que delimita claramente los mecanismos y maneras de identificar los documentos que para la época eran los más conocidos. Pero está claro que pasados 20 años de esta Ley, se han creado otros documentos digitales que tendrán que acomodarse a la norma que establece una serie de parámetros para su validez.

Para eso, la norma citada establece: "Artículo 11. Criterio para valorar probatoriamente un mensaje de datos.

Para la valoración de la fuerza probatoria de los mensajes de datos a que se refiere esta Ley, se tendrá en cuenta las reglas de la sana crítica y demás criterios reconocidos legalmente para la apreciación de las pruebas. Por consiguiente, habrán de tenerse en cuenta: la confiabilidad en la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la confiabilidad en la forma en que se

² Ver https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453_S_Ebook.pdf. Consultado el 23 de marzo de 2020.

³ Ver http://www.hostingred.com/ley_527_1999.pdf. Consultado el 23 de marzo de 2020.

⁴ EDI son las siglas en inglés de "electronic data interchanged".

⁵ *Ibidem* num. 5.



Imagen de Shutterstock75 en Pixabay.

haya conservado la integridad de la información, la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente.”⁶ Entonces, queda establecido que para mantener los documentos digitales como pruebas se requiere que la información sea clara para el juez como un documento original, que no se encuentre alterado o modificado y que sea totalmente confiable a la luz de la sana crítica del operador judicial y las normas legales vigentes.

Luego, en Panamá se expide la Ley 43 de 31 de julio de 2001 bajo el mandato de la Presidenta Mireya Moscoso. En ésta se denota “*Que define y regula los documentos y firmas electrónicas y las entidades de certificación en el comercio electrónico, y el in-*

tercambio de documentos electrónicos”⁷, fijando la base de legalidad de los documentos digitales para este país.

Más adelante define claramente la Ley 43 como “*Documento electrónico. Toda representación electrónica que da testimonio de un hecho, una imagen o una idea.*”⁸, que, para el efecto de este análisis, se tomará como sinónimo de documento digital, debido a que trata sobre el mismo tema relacionado en este escrito.

También se encuentra definido el término “Mensaje de datos. Información generada, enviada, reci-

6 Ibidem num. 5.

7 Ver [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/EB7DDCF2F27E8A5605257D1C005DFAE7/\\$FILE/unpan043147.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/EB7DDCF2F27E8A5605257D1C005DFAE7/$FILE/unpan043147.pdf). Consultado el 23 de marzo de 2020.

8 Ibidem.

bida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.”⁹, muy similar a la norma colombiana, debido a lo que explicamos sobre la Ley modelo de las Naciones Unidas de mediados de los años 90.

En cuanto a la validez de los documentos digitales, se establece: “Artículo 11. Criterio para valorar probatoriamente los documentos electrónicos, firmas electrónicas y mensajes de datos. Para la valoración de la fuerza probatoria de los documentos electrónicos, las firmas electrónicas y de los mensajes de datos a que se refiere esta Ley, se tendrán en cuenta las reglas de la sana crítica y demás criterios reconocidos legalmente para la apreciación de las pruebas.

Por consiguiente, al valorar la fuerza probatoria de un documento electrónico, firma electrónica o mensaje de datos se habrá de tener presente la confiabilidad de la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la confiabilidad de la forma en la se haya conservado la integridad de la información y la forma en la que se identifiquen a su iniciador y a cualquier otro factor pertinente.”¹⁰

Podemos determinar entonces que Panamá tiene la norma específica y el procedimiento idóneo para que los abogados hagan la introducción de este tipo de pruebas digitales en los tribunales panameños.

Seguidamente, en Ecuador se crea la Ley 2002-67 denominada “*Ley de comercio electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos*”¹¹, estableciendo el marco legal y jurídico para la información manejada de forma digital. El objetivo de la norma ecuatoriana establece que “*Esta Ley regula los mensajes de datos, la firma electrónica, los servicios de certificación, la contratación electrónica y telemática, la prestación de servicios electrónicos, a través de redes de información, incluido el comercio electrónico y la protección a los usuarios de estos sistemas*”¹², lo que demuestra que es otra ley derivada de la norma colombiana y pionera en la región.

En cuanto a la manera de valorar la prueba, el legislador estimó conveniente establecer esto en el “Art. 55.- Valoración de la prueba.- La prueba será valorada bajo los principios determinados en la ley y tomando en cuenta la seguridad y fiabilidad de los medios con los cuales se la envió, recibió, verificó, almacenó o comprobó si fuese el caso, sin perjuicio de que dicha valoración se efectuó (sic) con el empleo de otros métodos que aconsejen la técnica y la tecnología. En todo caso la valoración de la prueba se someterá al libre criterio judicial, según las circunstancias en que hayan sido producidos.

Para la valoración de las pruebas, el juez o árbitro competente que conozca el caso deberá designar los peritos que considere necesarios para el análisis y estudio técnico y tecnológico de las pruebas

9 Ibidem.

10 Ibidem.

11 Ver https://www.oas.org/juridico/spanish/cyb_ecu_ley_comelectronico.pdf. Consultado el 24 de marzo de 2020.

12 Ibidem.

*Es necesario introducir
un análisis técnico
de la prueba digital por parte
de un tercero objetivo,
bajo el presupuesto
de que el juez o el operador
de justicia no es la persona
más idónea para determinar
si la prueba obtenida
por medio electrónico
es una fuente clara
de información original...*



presentadas¹³, sumándole un elemento muy importante a este procedimiento, ya que a diferencia de las dos anteriores normas de Colombia y Panamá, que delegan al operador de justicia el determinar la validez de los elementos probatorios digitales, es necesario que un perito intervenga para estudiar la prueba y validar su autenticidad.

Es así que podemos ver que esta jurisdicción entiende que es necesario introducir un análisis técnico de la prueba digital por parte de un tercero objetivo, bajo el presupuesto de que el juez o el operador de justicia no es la persona más idónea para determinar si la prueba obtenida por medio electrónico es una fuente clara de información original y contiene los datos íntegros e inalterados que requieren dar la certeza al juzgador sobre el negocio jurídico que está dirimiendo en su despacho.

Y finalmente en Costa Rica entra a regir la Ley 8454 del 30 de agosto de 2005, que se denomina “Ley de certificados, firmas digitales y documentos electrónicos”¹⁴, estableciendo el marco legal del manejo de la información electrónica y digital que se validará en los tribunales costarricenses.

Dicha norma establece “Ámbito de aplicación. Esta Ley se aplicará a toda clase de transacciones y actos jurídicos, públicos o privados, salvo disposición legal en contrario, o que la naturaleza o los requisitos particulares del acto o negocio concretos resulten incompatibles.

13 Ibidem.

14 Ver <http://www.firmadigital.go.cr/Documentos/ley%208454.pdf>. Consultado el 24 de marzo de 2020.

El Estado y todas las entidades públicas quedan expresamente facultados para utilizar los certificados, las firmas digitales y los documentos electrónicos, dentro de sus respectivos ámbitos de competencia.¹⁵

Esta norma se distingue por haber sido expedida más tarde que las otras leyes analizadas en este escrito, y con esto, se puede notar que los legisladores esperaron el momento oportuno para entender el fenómeno probatorio que marcaba la necesidad de reglamentar el tema de los documentos electrónicos o digitales en su país.

En cuanto a la validez procesal establece la norma los siguientes artículos: "Artículo 3°. Reconocimiento de la equivalencia funcional. Cualquier manifestación con carácter representativo o declarativo, expresada o transmitida por un medio electrónico o informático, se tendrá por jurídicamente equivalente a los documentos que se otorguen, residan o transmitan por medios físicos.

En cualquier norma del ordenamiento jurídico en la que se haga referencia a un documento o comunicación, se entenderán de igual manera tanto los electrónicos como los físicos. No obstante, el empleo del soporte electrónico para un documento determinado no dispensa, en ningún caso, el cumplimiento de los requisitos y las formalidades que la ley exija para cada acto o negocio jurídico en particular.

Artículo 4°. Calificación jurídica y fuerza probatoria. Los documentos electrónicos se calificarán como públicos o privados, y se les reconocerá

fuerza probatoria en las mismas condiciones que a los documentos físicos"¹⁶, siguiendo claramente la línea normativa de darle equivalencia física al documento digital.

Queda claro por medio de todo el análisis realizado a las diferentes jurisdicciones que existe una plena validez de los documentos electrónicos o digitales asemejándolos a los documentos físicos, lo que permite asegurar para los litigantes unas herramientas legales idóneas para utilización de este tipo de pruebas en los diferentes procesos que conduzcan en los tribunales, siempre y cuando se cumplan los presupuestos jurídicos establecidos para tal fin en las normas vigentes. Una característica importante en todas las jurisdicciones es la importancia que las leyes le dan a la manera de conservación de la integridad de la información y los datos a la hora de introducirlos como prueba en un proceso, siendo este procedimiento el más significativo cuando el operador de justicia valora la pieza digital basado en la sana crítica.

Finalmente, podemos establecer que, en las normas consultadas y comparadas en las diferentes jurisdicciones, una parte fundamental que es común en ellas, y por lo tanto, no se citaron en el análisis para no ser repetitivos en el escrito pues son elementos fundamentales de todo documento digital, es que en su totalidad las leyes de comercio electrónico exigen que los documentos electrónicos y la información que contienen, cumplan los siguientes principios:

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Ibidem.

Integridad: Se dice que una prueba es íntegra cuando la información contenida en el documento electrónico o digital no ha sido parcialmente suprimida, alterada o modificada y se presume auténtico frente a una situación o hecho que necesita ser probado, tal cual lo sería un documento original y físico.

Disponibilidad: Es imperativo el hecho que la prueba digital tenga la posibilidad de conocerse por el juez u operador de justicia, y por ende, se entenderá que deberá estar disponible de manera idónea para su valoración.

No repudio: Será el mecanismo idóneo y absoluto para que el abogado dé certeza al juez u operador de justicia de la autenticidad de la prueba digital, dando garantía de la participación de las partes en litigio dentro de una comunicación, ya que si se logra demostrar que tanto el remitente como el destinatario de la información la conocían y así la aceptan, no hay duda de su originalidad y no hay manera de rechazarla o controvertirla.

Otro punto indispensable para el manejo de la información electrónica, tiene una estrecha relación con la seguridad informática, y es el hecho de la implementación de firmas y certificados digitales dentro de los sistemas y bases de datos que se manejan a diario en las organizaciones, ya que esto deja una huella ineludible que junto con una entidad certificadora autorizada o avalada por la Ley, dará fe de la integridad del contenido, identificando siempre

a los autores de la creación, distribución y manejo de la información digital, pudiendo determinar la autenticidad de los datos contenidos y almacenados en el documento electrónico. Solo con este elemento, siempre que la entidad certificadora verifique la legitimidad de los datos, será suficiente la fehacencia de los documentos digitales ante el operador de justicia. Teniendo en cuenta todo lo anterior, podemos asegurar que las pruebas digitales se constituyen en plena prueba ante los tribunales.

TIPOS DE DOCUMENTOS DIGITALES

Cuando se hablan de documentos digitales, básicamente se trata sobre aquellos que no están materializados, son intangibles y no pueden demostrar su existencia por sí solos, es decir, se requiere un dispositivo que los reproduzca para poder conocerlos. Los más comunes son textos, imágenes, sonidos y videos, aunque puede haber otros contenidos en algún grupo de estos. Algunos autores hacen diferencia entre el documento electrónico y el documento digital, pero para el tema legal es irrelevante esta diferencia, siempre que lo que se busque es la posibilidad de mantener intacta la originalidad del documento que se quiere hacer reconocer como válido en un tribunal de justicia.

Cuando los abogados conocen de cualquier negocio en cualquier rama, ya sea civil, administrativo, laboral o penal, entre otras, muchos clientes recurren a entregar correos electrónicos, mensajes de *WhatsApp*, fotos y grabaciones para probar el caso y tener



del jurista la respuesta a la defensa de sus intereses particulares. Sin embargo, cada una de estas pruebas tienen unos protocolos legales que necesitan ser acatados para que sean aceptados por el operador judicial, ya que el juzgador a través de su poder de inmediación tiene la potestad de admitir o rechazar cualquier prueba introducida en el proceso.

MANERAS DE PRESENTAR LOS DOCUMENTOS DIGITALES ANTE LOS TRIBUNALES

Para cualquier abogado será de utilidad tener ejemplos de la manera de aportar y hacer valer las pruebas en juicio, sin que esto sea una biblia o la verdad absoluta, pero si queremos aportar la expe-

riencia que hemos podido recopilar en el transcurso de nuestro ejercicio profesional como abogados, informáticos y auditores forenses, cuando se trata de este tipo de pruebas digitales.

¿CÓMO INTRODUCIR LAS PRUEBAS DE TEXTO CONTENIDOS EN CORREOS ELECTRÓNICOS?

Teniendo en cuenta los principios de integridad, disponibilidad y no repudio explicados anteriormente, la mejor manera de entregar un correo electrónico dentro de un proceso deberá ser:

1. Los correos electrónicos tienen un sistema de codificación o *encriptación* básico de la información, que identifican el usuario que es

dueño del buzón de correo y además pueden identificar tanto el remitente como el destinatario de los mensajes que, al pasar por el servidor de correos, dejan huellas electrónicas de lo que se ha enviado. Los servicios de correos ya sean privados o públicos, (los más conocidos en la red como Gmail, Yahoo, Outlook, etc.), tienen la posibilidad certificar por medio del nombre de usuario y la dirección electrónica, las acciones que se han realizado desde el buzón de correo.

2. Sabiendo esto, se deberá solicitar al proveedor del servicio de correo que certifique si el buzón existe y si el correo al que se necesita dar fuerza probatoria se originó en el destinatario y fue entregado al receptor o remitente, ya que por sí mismo, este proveedor en primera instancia se constituye como la entidad certificadora idónea del documento electrónico, por ser la autora del código fuente que hizo posible la comunicación. Previamente se debe tener la información precisa de remitente y destinatario, ya que, de lo contrario, el proveedor del servicio puede negar la solicitud de esta certificación, puesto que la ley de protección de datos evita que se vulnere la confidencialidad de los usuarios sin causa justa.
3. Si la certificación del proveedor de correo es entregada sin mayor problema, dicho documento digital deberá ser entregado a un perito forense con especialidad en informática,

para que haga el análisis técnico al mensaje y verifique que el mismo tienen intactos los metadatos, que es la información que sale del destinatario vía electrónica por medio del servidor de correo. Esto quiere decir que se requiere una prueba técnica para determinar la integridad del correo electrónico.

4. Sin embargo, puede darse el caso de que la entidad certificadora, es decir, el proveedor del servicio de correo se niegue a certificar que el correo electrónico salió de determinado buzón del usuario, ya que según sus políticas pueden argumentar que por cuestiones de confidencialidad y protección de datos no pueden entregar esta información, entonces el abogado que tiene la carga de la prueba deberá solicitar al juez de conocimiento dentro del proceso, que pida esta prueba por medio de una orden judicial y esto será suficiente para que se entregue dicha información.
5. La única forma de que no se requieran los pasos 2 y 3 para constituir como plena prueba un mensaje de correo electrónico, es que tanto el destinatario como el remitente de dicho correo, declaren ante el juez o autoridad respectiva, que están de acuerdo y reconocen que la información contenida en el documento electrónico es íntegra, genuina y auténtica, configurando con esto el principio de no repudio.

Una vez se cumplan los anteriores pasos, el operador judicial puede estar seguro de que la prueba

digital cumple los presupuestos jurídicos necesarios para ser valorada como tal.

Un error muy común, es pretender que un notario valore la prueba sin tener claridad en las habilidades que éste tenga para confirmar técnicamente que el mensaje es original y fidedigno, ya que para que este proceso sea confiable, se debe conocer si el funcionario que emite el concepto de integridad del documento entiende o tiene formación informática, para asegurar que los metadatos no están alterados y que son suficiente prueba de que el mensaje sea auténtico. En nuestra experiencia, no es suficiente que un notario tenga el computador en su presencia y pueda visualizar el mensaje, porque el documento puede ser objeto de alteraciones o de una construcción fraudulenta para simular su existencia y veracidad de este documento digital, pero no existe un fundamento técnico para ver la integridad y originalidad del mensaje de datos, como si lo puede hacer un ingeniero o informático cuando tiene la fuente del correo electrónico y analiza los metadatos. A nuestro modo de ver, esta una práctica que muchas veces conduce a equívocos y perjudica el proceso, así la costumbre panameña la acepte.¹⁷

Y por último, queremos hacer notar que la falla más constante de los abogados a la hora de intro-

ducir un correo electrónico como prueba, es imprimirlo y entregarlo dentro de la demanda o en el periodo de pruebas para que sea valorado como tal por el operador de justicia, pero existe la manera de subsanar este yerro, utilizando el mecanismo legal que se encuentra en nuestro ordenamiento jurídico, el cual indica que ya sea por medio de proceso sumario o incidente, se le pida a la contraparte que reconozca el documento digital como válido e íntegro dentro de un proceso, a solicitud de la parte interesada hacia el juez.

No obstante, este camino es incierto y un arma de doble filo, ya que, en nuestra experiencia, según la ética de las personas y dependiendo del caso y las pretensiones que se estén litigando en ese momento, no siempre las personas admiten las cosas y dicen la verdad.

En nuestra práctica como abogados litigantes y auditores forenses, la mejor manera de entregar un correo electrónico será la de ceñirse al procedimiento legal idóneo para que la prueba digital no sea controvertida y aunque pueda existir la suerte de tener una contraparte honesta, es mejor ir a lo más seguro y formal.

¿CUÁL SERÍA LA MANERA CORRECTA DE ENTREGAR LAS PRUEBAS CONTENIDAS EN IMÁGENES ANTE UN TRIBUNAL?

Cuando se trata de introducir en un proceso una imagen ya sea por medio de fotografías o videos, lo más apropiado para esto será lo siguiente:

¹⁷ No es nuestra intención herir susceptibilidades de colegas y notarios que utilizan este tipo de prácticas para darle validez a sus documentos digitales, sino que lo único que pretendemos es mostrar la manera correcta de aportar esta documentación para el bien del proceso y que los operadores judiciales tengan herramientas que permitan ejercer una verdadera justicia objetiva.

1. En caso de ser fotografías, deberán ser impresas en alta calidad, de manera en que el juez pueda tener certeza de la información que muestran las imágenes. Sin embargo, si esta fotografía es digital, es necesario aportar la fuente del documento digital, esto es, el archivo que contiene dicha fotografía. Al igual que el correo electrónico, las fotografías digitales tienen registros de fechas, horas, tamaño y otras variables que pueden contener los autores y dispositivos usados para tomar esas fotografías, es así, que esa información deberá ser entregada al operador judicial para demostrar la integridad de dicho documento digital.
2. En caso de ser un video, se deberá aportar al proceso el dispositivo de almacenamiento con el cual se captó originalmente dicho video, y en caso de necesitarse sacar una copia para aportar la misma al proceso, este procedimiento debe hacerse ante un notario que de fe pública que se ha sacado una copia íntegra del video en un DVD, CD o USB y este dispositivo debe cerrarse para que no se pueda sobrescribir, alterar o borrar, ya que se deben preservar los metadatos de la grabación de dicho video como la fecha, hora y demás información pertinente a dicha prueba digital.
3. Una parte importante a tener en cuenta a la hora de aportar este tipo de pruebas digitales, es que en caso de que las fotografías o los videos impliquen que fueron tomados a un individuo, la persona que tomó la fotografía o grabó el video debe comparecer ante el operador judicial para explicar la manera como se obtuvo la prueba, ya que es bien sabido que las imágenes de las personas están amparadas por el derecho a la intimidad que tiene orden constitucional, es así que como cualquier prueba, las fotografías y videos deberán estar libres de cualquier violación de derechos fundamentales de las personas y principios del derecho y ser obligatoriamente obtenidas por medios legales, so pena de ser tachadas como ilícitas.
4. Por otro lado, una vez entregada la información de la fotografía digital o del video, en caso de duda, solo un perito informático deberá certificar la autenticidad de las imágenes contenidas en los medios digitales y podrá certificar que dichas imágenes no han sido editadas y con esto se obtendrá la plena prueba y podrá ser admitida por el juez u operador de justicia.
5. De la misma forma que lo explicado en cuanto al correo electrónico, se configura el no repudio y plena prueba, si las partes reconocen frente al juez u operador judicial, que las imágenes contenidas son ciertas y con esta versión son incorporadas al proceso para ser valoradas.

Una vez los jueces puedan tener certeza de la integridad de la información contenida en imágenes

y videos, se puede decir que se ha logrado el objetivo de justicia dentro de un proceso.

¿CUÁL ES LA MEJOR MANERA DE INCORPORAR LAS PRUEBAS CONTENIDAS EN AUDIOS?

Para estos casos, operan los mismos procedimientos que para los dos anteriores tipos de documentos digitales, buscando que la integridad de los datos pueda asegurarse dentro del proceso.

Sin embargo, en cuanto a las grabaciones de voz, muchas veces y dependiendo de los casos, por ejemplo, cuando se hacen escuchas telefónicas, éstas deben ser autorizadas previamente por un juez, pues se entiende que hay una intervención de las comunicaciones, lo que está claramente prohibido por la constitución y las leyes si no hay una justificación. Además, las intervenciones de los teléfonos solo podrán hacerse por medio de cuerpos o fuerzas de seguridad del Estado y no por particulares.

En Panamá, el Código Penal tiene tipificado como delito la interceptación de telecomunicaciones en el siguiente artículo: *Artículo 167. Quien, sin contar con la autorización de la autoridad judicial, intercepte telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción de conversaciones no dirigidas al público será sancionado con pena de dos a cuatro años de prisión.*¹⁸

Así mismo, se han tomado medidas para que la autoridad judicial competente para autorizar interceptaciones sea la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, poniendo las pautas y delegando a los especialistas para esto, ya que como ya lo dijimos, es necesario contar con equipos técnicos y personal idóneo para este tipo de trabajos especiales. Pero hacemos énfasis en que estos son casos excepcionales, porque la Constitución Política de Panamá en su artículo 29 establece que la correspondencia y demás documentos privados son inviolables y no pueden ser examinados ni retenidos, sino por mandato de autoridad competente y para fines específicos, de acuerdo con las formalidades legales, destacando los apartes subrayados, porque en esencia deberá existir una razón fundamentada para que las autoridades necesiten tomar esta medida.

Por otro lado, en muchos casos se han aceptado como prueba grabaciones de voz donde uno de los interlocutores es el interesado en aportar esta prueba digital, pero dependiendo de la jurisdicción y de la jurisprudencia que exista sobre la materia, se requiere que ambas partes estén consientes y aprueben la grabación de las conversaciones para que sean tenidas como pruebas dentro de un proceso. De todos modos, será por medio del poder de inmediatez que tienen los jueces, lo que decida si hay condiciones especiales demostradas en el proceso, para determinar que dicha grabación de voz cumple los elementos legales para ser admitida o no como prueba.

En casos muy delicados y apremiantes, los operadores de justicia podrán admitir grabaciones de

¹⁸ Ver <https://ministeriopublico.gob.pa/wp-content/uploads/2016/09/codigo-penal-2016.pdf>. Consultado el 25 de marzo de 2020.

voz sin el lleno de los requisitos formales solo como indicio, con el fin de darle la oportunidad a las partes de defender su causa y cumplir con su objetivo judicial, pero para nada se puede creer que estos audios serán considerados como plena prueba.

¿CUÁL SERÍA LA MANERA DE INTRODUCIR LAS PRUEBAS CONTENIDAS EN VIDEOS?

Queremos ser específicos con este tipo de pruebas, pues cuando se aportan videos se debe combinar los procedimientos de las imágenes y la voz, para asegurar la integridad de los datos que contengan los videos, que prueben la autenticidad y legalidad de la prueba obtenida mediante este tipo de medios y cumpliendo siempre los procedimientos normativos dispuestos en el Código Judicial para la presentación de pruebas.

Lo más relevante de este tipo de pruebas, recalando lo que ya hemos dicho anteriormente, es entregar las fuentes de datos que dan origen al video aportado y la justificante que se tiene para aportarlo como prueba. Sin embargo, hoy en día es muy común que existan sistemas de seguridad que involucren la instalación de cámaras en sitios públicos o comunales, ya sea por particulares o por la misma fuerza pública, lo que permite que esta prueba sea más fácil aceptada por los operadores judiciales, ya que tácitamente el Estado ha permitido que el derecho a la intimidad sea un poco restringido en vista de la necesidad de un derecho colectivo a la seguridad.

*Lo más relevante
de este tipo de pruebas,
recalando lo que ya hemos
dicho anteriormente,
es entregar las fuentes
de datos que dan origen
al video aportado
y la justificante que se tiene
para aportarlo como prueba.*

”

Con esto, no quiere decir que todos los videos obtenidos de cámaras de seguridad sean válidos per se, pero si los abogados que tienen la carga de la prueba logran demostrar al operador de justicia que los mismos han sido obtenidos bajo la legalidad de un sistema de seguridad reconocido por la comunidad o instalado por la fuerza pública, se podrá apelar a la eficiencia de esta prueba dentro del proceso para defender los intereses de los clientes o ejercer una efectiva defensa.

Por otro lado, aquellos videos obtenidos con otros dispositivos como cámaras de video, teléfonos, tabletas, entre otros, si deberán tener que cumplir un proceso más específico para demostrar la legalidad de la obtención de la prueba y las características y motivación para requerir la misma. No obstante, como en cualquier proceso, la libertad de las partes de controvertir las pruebas sigue intacta en lo que respecta a las pruebas digitales, así que mientras no exista una manifestación inequívoca que lo presentado es auténtico se podrán utilizar los recursos legales para defender los derechos e intereses de los clientes.

Es verdad que muchos de estos procedimientos que están contenidos en la norma son obviados tanto por los abogados como por algunos jueces, pero lo que se quiere por medio de este artículo, es crear un poco de conciencia de lo que se debe hacer para evitar perjuicios a los clientes, ya que el ejercicio del derecho debe volver a tener la misión de hacer siempre lo correcto.

Debe ser claro para los abogados litigantes que puedan leer este artículo, que los procedimientos

descritos no son una mera interpretación nuestra para explicar la manera correcta de aportar pruebas digitales, ni el ánimo de este escrito es desincentivar la aportación de este tipo de pruebas, sino por el contrario, queremos dar a conocer las normas aplicables que están vigentes en los ordenamientos jurídicos actuales y aportar por medio de las experiencias que hemos tenido a lo largo de procesos en los que hemos sido partes, para ayudar a otros colegas con el objetivo de ganar sus litigios.

¿ES EL PANTALLAZO DE UN MENSAJE UNA PRUEBA FEHACIENTE?

Lo que más frecuentemente se ve en la práctica legal, es que los clientes traten de demostrar su caso por medio de pantallazos de mensajes recibidos por Whatsapp, SMS y otros servicios de texto llamados de mensajería instantánea, que no cumplen los criterios y principios ya vistos en este escrito para determinar la validez de esta información digital. En nuestra opinión, los pantallazos de WhatsApp y otros textos no son admisibles, ya que para que una prueba digital sea tenida en cuenta por el operador de justicia, deben cumplir de manera obligatoria con los criterios universales de integridad, disponibilidad y no repudio de la información electrónica presentada, puesto que el operador judicial debe tener la capacidad de conocer que el origen de los metadatos no está corrupto, pues estos mensajes son fácilmente manipulables por los usuarios, independientemente de las habilidades tecnológicas que tenga.

En este tipo de mensajería instantánea, donde el servicio no se hace por medio de un servidor externo sino que se almacena en cada dispositivo usando protocolos de seguridad para garantizar el cifrado de la información y no está almacenado en el servidor del administrador, impiden que el operador judicial pueda solicitar a la empresa prestadora del servicio que certifique el contenido de mensajes enviados o recibidos, teniendo que recurrir a los dispositivos electrónicos que fueron usados para su comunicación. Ante esta perspectiva, ningún documento digital podrá ser válido sin tener el origen del hecho generador que da fuerza de prueba a este elemento, por ende, siempre se deberá demostrar que el mensaje no ha sido modificado, alterado o suprimido sin olvidar cumplir con el procedimiento legal para ello. Sin embargo, reiteramos que si los interlocutores y dueños de los mensajes admiten la autenticidad de los datos contenidos en los mensajes ante una autoridad competente o el operador de justicia que conoce del caso, esto siempre será una plena prueba admisible dentro del proceso.

En este caso y ante la gran cantidad de incidencias que se presentan dentro del sistema judicial a diario, en vista de que pueden haber elementos importantes y muchas veces graves dentro de esos pantallazos, los operadores judiciales han optado por valer como indicio de un hecho dicha información, con el fin de investigar a fondo y poder obtener pruebas fehacientes que apoyen el caso y en bastantes jurisdicciones se aceptan estos indicios como parte de la investigación para lograr otras pruebas

digitales que cumplan con los procedimientos legales y puedan ser aceptados como plena prueba.

¿HAY POSIBILIDADES DE RESTAURAR INFORMACIÓN ELECTRÓNICA CON VALOR PROBATORIO?

En muchos países es común que sean válidos los datos recuperados por peritos informáticos contratados por fuerzas de seguridad, para la recuperación de información contenida en discos duros, memorias, usb y otros dispositivos de almacenamiento que por causa accidental o provocada, ha sido borrada o destruida, para evitar que sus dueños tengan que responder a la justicia por dicha información que los involucra en actividades delincuenciales o simplemente tienen inmerso elementos probatorios inconvenientes para determinado individuo.

Siempre y cuando estos procedimientos sean llevados a cabo con el beneplácito de una autoridad competente y los encargados de la restauración sean personas calificadas y autorizadas por dicha autoridad que haya solicitado la restauración, los datos recuperados se constituirán como plena prueba dentro del proceso.

19 Convenio de la Ciberdelincuencia o también llamado Convenio de Budapest, se firmó el 23 de noviembre de 2001 en la ciudad de Budapest, República de Hungría y entró en vigor el 1° de julio de 2004. Es el primer tratado internacional creado con el objetivo de proteger a la sociedad frente a los delitos informáticos y los delitos en Internet, que promueve la elaboración de leyes adecuadas que controlen los contenidos en la red, desarrollen la mejora de las técnicas de investigación de las autoridades y aumenten la cooperación internacional en cuanto a contenidos sobre infracciones de derechos de autor, frau-

¿CUÁL ES EL VALOR DE LAS PRUEBAS QUE REPOSAN POR MEDIO DE REDES SOCIALES?

Al ser datos que han sido transmitidos por sus propios autores en fuentes abiertas al público por medio de Internet, si pudieran tener consecuencias jurídicas, por ejemplo, en materia penal, teniendo una fuerza probatoria importante en caso de que dichas personas se muestren a sí mismas cometiendo actos delictivos en las cuentas de estas redes sociales o en el caso de aquellos usuarios que amenazan a figuras públicas por medio de éstas.

En este sentido, la manera de investigar los hechos requerirá que se recurra a las fuentes y medios que permitan tener la colaboración de la empresa prestadora del servicio para identificar a los autores de estos mensajes públicos. Esto quiere decir que la información obtenida en las redes sociales debe orientarse a obtener el rastro digital de los autores del hecho punible, tanto para investigar un ilícito cometido en la red como fuera de ésta. Una manera de tener certeza de la titularidad de la cuenta y que deberá ser objeto de investigación, es averiguar la dirección IP utilizada para colgar el contenido ilícito y con esto, la autoridad judicial podrá obtener los datos de identificación y localización del dispositivo utilizado. Estos elementos serán las pruebas

de informático, pornografía infantil, los delitos de odio y violaciones de seguridad de red. Puede ser consultado en https://www.oas.org/juridico/english/cyb_pry_convenio.pdf.

suficientes que permitan a los fiscales presentar su teoría del caso y lograr una condena.

Existen convenios internacionales¹⁹ que hablan sobre la fehaciencia de los contenidos en páginas WEB y redes sociales, que colaboran a las autoridades en su lucha contra la delincuencia organizada y crímenes que se cometen por medio de las redes y el Internet y que han sido ratificados por más de 50 países en el mundo, incluyendo a Panamá. Este tipo de herramientas jurídicas ayudan a la justicia a entender más el fenómeno y saber cómo tratarlo en los procesos.

EL “NOVUM IUS” FRENTE AL PROCESO DE HOY

Para nadie es un secreto que el mundo cambió con la era digital y lo que para muchos jóvenes es normal porque nacieron inmersos en la tecnología, para aquellas personas que crecimos viendo como nos cambiaba la vida en nuestra profesión y hogares, todavía es un problema adaptarnos y es algo normal. Lo más interesante de todo es que los profesionales del derecho no tenemos la oportunidad de rezagarnos ante estos cambios, porque de estar actualizado y entender cómo funcionan las cosas depende nuestra supervivencia, ya que cada vez los problemas de los clientes son más complejos y no convencionales. No queremos decir que se hayan acabado o vayan a desaparecer los procesos legales tradicionales como los ejecutivos, ordinarios, laborales, comerciales, marítimos, penales,



Imagen de Rudy and Peter Skitterians en Pixabay.

administrativos y cualquier otro que se dirima en un tribunal en la actualidad, pero no hay que olvidar que el derecho y la tecnología tienen una brecha cada vez más corta en este tiempo, pues si nos dedicamos a analizar los temas nuevos que tienen que ver con los derechos patrimoniales por la creación de software, derechos intelectuales, títulos valores electrónicos, delitos informáticos, ciberdelitos, ciberderecho, cibersecurities, criptoderecho, wealthtech, legaltech, fintech, insuretech, regtech, supotech, jurídica informática y la informática jurídica, entre otros temas que van en aumento, debemos ser conscientes de que cada vez que alguna persona inventa un nuevo modelo de negocios, se crean nuevos derechos y nuevos problemas jurídicos, porque no hay que olvidar que el derecho nació

para regular el comportamiento humano y mantener un ambiente de convivencia pacífica.

Pero para entender aún más la situación, explicaremos algunos conceptos relevantes que van relacionados entre sí y que requieren ser estudiados en la actualidad, porque son tendencias que llegaron para convivir con los nuevos ejecutivos y ellos necesitarán profesionales de derecho preparados e idóneos y jueces de cuarta y quinta generación que entiendan la importancia de los derechos derivados de esta nueva justicia y los nuevos procesos que el legislador tarde o temprano tendrá que reglamentar a profundidad.

Para entender que es un ciberdelito, se deberá tomar en cuenta que el mundo del internet es un ciber-Estado o Estado digital, lo que significa que al

igual que un Estado físico, tiene unos usuarios virtuales que se comportan como una Nación y tiene unos derechos patrimoniales transformados en transacciones electrónicas, lo que implica tener unas bases de comportamiento que requieren normas para quienes conviven en este ciberespacio. Al igual que en la vida real, los derechos de usuarios que utilizan la WEB deben ser garantizados y los legisladores en los últimos años han entendido esta situación, extendiendo las garantías de los derechos a los usuarios virtuales que hacen uso de la red. Por esta razón, hoy en día robar un banco de manera tradicional, es tan grave como robarlo mediante el uso de la tecnología, tipificando estas conductas como delitos contra la Seguridad Informática.²⁰

Por su parte, el Ciberderecho lo deberemos entender entonces como la nueva rama del Derecho que nace por la necesidad del uso del Internet y las redes sociales, que busca establecer los procedimientos y normas jurídicas que ayuden a los operadores judiciales convencionales a juzgar los cibercrimes como el hacking, phishing, cracking, entre otros.

A raíz de los fenómenos anteriores nace el concepto de LegalTech, que hace referencia al uso de la tecnología y sistemas informáticos para prestar servicios jurídicos, como por ejemplo, cuando se busca que la tecnología agilice los procesos judiciales a través de la implementación del software Prometea, el primer sistema de inteligencia artifi-

cial (AI) que se aplica a la justicia argentina.²¹ Así mismo, esta nueva tendencia tiene que ver con los servicios legales que los abogados prestan alrededor del mundo como asesorías virtuales para clientes, colaboración entre despachos de diferentes jurisdicciones, sistematización de procesos y digitalización de documentos, herramientas de capacitación en línea, venta de servicios a través de e-marketplace, entre otros.

Pero como el mundo virtual es más interesante por no tener fronteras, nace el concepto de Fintech para apoyar a usuarios de productos financieros a hacer uso de la tecnología para el desarrollo de sus actividades e inversiones. De cierta forma, este fenómeno ha generalizado los modelos de financiamiento, minimizando los tiempos de respuesta para el acceso al crédito y la gestión de fondos por medio de bancos virtuales y financiamiento colectivo, que dan origen a proyectos nuevos que abren oportunidades a nuevos emprendedores que fusionan la tecnología y las finanzas.

Sin embargo, cuando se habla de actividades que son reguladas como la captación y manejo de fondos, es necesario cumplir con unas normas mínimas que garanticen la prevención de lavado de activos y otras conductas delictivas relacionadas con los capitales que se manejan en las nuevas plataformas tecnológicas. Es por eso por lo que se crea el concepto de RegTech, tendiente a cumplir con las re-

20 En el Código Penal panameño, los Delitos contra la Seguridad Informática se encuentran establecidos en los Artículos 289, 290, 291 y 292.

21 Ver <http://www.unidiversidad.com.ar/prometea-inteligencia-artificial-para-agilizar-la-justicia>. Consultado el 26 de marzo de 2020.

proceso de manera eficiente y correcta, manteniendo la fehaciencia, en el entendido de que la validez dependerá de la sana crítica racional de dichas pruebas por parte del operador judicial.

Finalmente, el Novum Ius será parte de las herramientas que, en el futuro cercano, den un valor agregado a la gestión de los abogados que se interesan por la integración del derecho con las nuevas tecnologías y la forma de proceder frente a los retos que se presentan hoy en día con los clientes. No hay

que olvidar que las conductas humanas necesitan reglas para una convivencia pacífica en sociedad, descubriendo cada vez comportamientos que no existen en el ordenamiento jurídico actual, que deberán ser reglamentados por el legislador para que se garanticen los derechos de los ciudadanos. Así mismo, el camino de la tecnología y su amplio espectro tendrá un valor muy importante para la justicia y para los reguladores de actividades supervisadas que utilizan la tecnología para operar.

BIBLIOGRAFÍA

- 25 de marzo de 2020. <https://www.oas.org/juridico/english/cyb_pry_convenio.pdf>.
- Código Penal de la República de Panamá. 25 de marzo de 2020. <<https://ministeriopublico.gob.pa/wp-content/uploads/2016/09/codigo-penal-2016.pdf>>.
- La Gaceta - Diario Oficial. 24 de marzo de 2020. <<http://www.firmadigital.go.cr/Documentos/ley%208454.pdf>>.
- Ley 527 de 1999 Agosto 18 de 1999. 24 de marzo de 2020. <http://www.hostingred.com/ley_527_1999.pdf>.
- Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico Guía para su incorporación al derecho interno con la 1996. 23 de Marzo de 2020. <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/05-89453_S_Ebook.pdf>.
- Ley No. 2002-67. 23 de marzo de 2020. <https://www.oas.org/juridico/spanish/cyb_ecu_ley_comelectronico.pdf>.
- Ley No. 43 de 31 de julio de 2001 . 23 de marzo de 2020. <[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/EB7DDCF2F27E8A5605257D1C005DFAE7/\\$FILE/unpan043147.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/EB7DDCF2F27E8A5605257D1C005DFAE7/$FILE/unpan043147.pdf)>.
- Universidad. 26 de marzo de 2020. <<http://www.unidiversidad.com.ar/prometea-inteligencia-artificial-para-agilizar-la-justicia>>.
- Vlex Panamá. 25 de marzo de 2020. <<https://vlex.com.pa/vid/plena-jurisdiccion-corte-suprema-754239545?ga=2.186941290.371334466.1585335180-1218072898.1582559532>>.



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

 PanamaCNA

 @PanamaCNA

 @PanamaCNA