

No. 28

REVISTA
IUSTITIA
ET
PULCHRITUDO



Panamá
2014

IUSTITIA et PULCHRITUDO
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Dr. Víctor Delgado

Decano de la Facultad de Derecho y C. Políticas

Dra. Celis Caballero

Directora de la Escuela de Derecho y C. Políticas

Laurentino Díaz López

Director de la Revista

La Universidad Católica Santa María La Antigua no se hace responsable de las ideas, opiniones y doctrinas expuestas por los autores de los trabajos publicados.

Quedan reservados todos los derechos de propiedad intelectual sobre lo publicado en esta revista.

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad Católica Santa María La Antigua
Editorial La Antigua
ISSN 1607-4319
Imprenta USMA

INDICE

EL DERECHO ANTE LAS PROBLEMATICAS DERIVADAS DE LOS AVANCES CIENTIFICOS EN LA GENETICA

Celis C. Caballero Mojica 5

LAS MODALIDADES DE FILIACION EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL

Yvette Velarde D´amil 29

LAS MEDIDAS ANTIDUMPING COMO AMENAZA A LA LIBERTAD DE LOS MERCADOS EN PANAMÁ

Ilka Gissell Garibaldo Rivera 45

LA EVOLUCION DE LA CONTRATACION PÚBLICA EN PANAMA

Carlos Gasnell Acuña 65

IMPLEMENTACION Y CUMPLIMIENTO DEL CODIGO INTERNACIONAL PARA LA PROTECCION DE LOS BUQUES Y DE LAS INSTALACIONES PORTUARIAS (CÓDIGO PBIP) EN LA REPUBLICA DE PANAMA

Eric I. González Gaitán 97

EFFECTOS SOBRE EL FUNCIONAMIENTO DEL CENTRO DE CONCILIACIÓN, MEDIACIÓN Y ARBITRAJE MARÍTIMO EN PANAMÁ (CECOMAP)

Ana María Almanza 123

EL FACTORING EN PANAMA

Ingrid Pitti 149

LA PIRATERÍA MARÍTIMA EN EL OCÉANO ÍNDICO OCCIDENTAL:

Zaskya Cristofini 169

**EL DERECHO ANTE LAS
PROBLEMÁTICAS DERIVADAS DE LOS
AVANCES CIENTÍFICOS
EN LA GENÉTICA**

CELIS C. CABALLERO MOJICA

Abogada, panameña, Doctora en Derecho de la Universidad Católica Santa María La Antigua, Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá, Maestría en Derecho Marítimo, Posgrado en Análisis y Mediación para la Transformación de Conflictos de la OEA, Departamento de Asuntos Democráticos, Posgrado en Mediación, Diplomado en Genética Humana para abogados de la Universidad de Panamá, Especialista en Docencia Superior. Docente de Filosofía del derecho, Lógica y Argumentación Jurídica y actual Directora de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica Santa María La Antigua (USMA).

Durante los últimos años no dejamos de impresionarnos ante las innovaciones de la ciencia y la tecnología y los efectos que estas conllevan sobre nuestras vidas. El descubrimiento de la energía nuclear nos llevó a mejoras en el transporte, pero también a la bomba atómica capaz de destruir la vida en nuestro planeta. Las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación han avanzado aparatosamente en los últimos años, debido especialmente a su capacidad de interconexión a través de la red, lo que ha generado innumerables dilemas derivados de violación de la intimidad personal, por el acceso masivo que esta genera a redes sociales. El desarrollo tecnológico en todos los campos se supera día a día, lo mismo ocurre en el campo de las biociencias.

Los hechos históricos del pasado siglo XX nos demuestran el desarrollo de grandes hallazgos científicos y tecnológicos, los cuales han ido acrecentándose en forma constante e ininterrumpida en los últimos años. Hoy, a inicios de este nuevo siglo, los desarrollos de las biociencias, conjuntamente con las tecnologías de la información y la comunicación afectan las relaciones entre los individuos y las estructuras de las sociedades. En forma general, hay que advertir que pocos acontecimientos científicos tecnológicos han producido una conmoción económica, social, cultural y legal tan abierta y profunda, como el impulsado por los avances en las ciencias de la vida.

Con la ingeniería genética ha ocurrido igual que como hace algunos decenios con la energía atómica: sus primeros críticos han sido científicos de buena voluntad, que tras la creación de dichas técnicas han comprendido el potencial de poder que colocaban en manos de la industria y el consiguiente riesgo para la naturaleza y para la sociedad.

Debemos resaltar que estos progresos en las biociencias tienen lugar en una época de gran turbulencia, en la cual nuevos escenarios y actores irrumpen violentamente, destruyendo los viejos paradigmas existentes, que se nos presentan como obsoletos, para enfrentar las nuevas realidades sociales.

Partiendo de la idea de que la revolución científica, plantea problemas críticos a las concepciones tradicionales del derecho, en este sentido, las presentes observaciones tienen como propósito abordar la temática del surgimiento de los nuevos problemas biotecnológicos y biomédicos en especial los desarrollos genéticos, ofreciendo un panorama general de los nuevos avances tecnológicos y genéticos, así como también

de las posibles implicaciones que tienen para los individuos, para la sociedad, hasta para las futuras generaciones, para concluir que en el estado actual de la situación, es imprescindible brindar una adecuada regulación a los constantes desarrollos de las ciencias de la vida en especial la genética, creando los procedimientos correspondientes necesarios tendientes a la creación de esa nueva regulación, donde se requiere asegurar que haya una verdadera participación ciudadana, con interlocutores válidos que participan de una manera informada.

1. Consideraciones generales sobre las problemáticas bioéticas

En un contexto, signado por una fuerte reubicación de los actores sociales y una acelerada variación y movimiento de los objetivos, surge también una serie de nuevos problemas objetivos que tienen que ver con las ciencias de la vida, entre otros: los de la biotecnología, los del paradigma genómico, los de las ciencias biomédicas y problemas macro ambientales.

Es difícil señalar con exactitud el momento histórico en que empiezan a surgir estos nuevos problemas, productos de los progresos de las ciencias y las tecnologías, en especial la genética; sin embargo, empiezan a ser de un gran interés por la novedad de las temáticas y por la falta de uniformidad en las posiciones en torno a ellos.

En sus primeras fases, las problemáticas estaban vinculadas con las cuestiones éticas generadas por la investigación y práctica médica; con posterioridad, el foco de atención se amplió, para incluir todas las bioéticas, interesándose también en los problemas sociales relacionados con el acceso a los cuidados sanitarios, el bienestar de los animales, la conservación del ambiente, entre otros.

Cada avance biocientífico en las ciencias de la salud es causa de un aumento en el interés por estos dilemas éticos relacionados con las cuestiones sobre la vida y la muerte, el aborto, la concepción, la distribución de los recursos sanitarios, salud pública, el ambiente, las tecnologías de la reproducción, los trasplantes, la genética, la clonación, la biología molecular y, más recientemente, el genoma humano, entre otros.

Actualmente, los acontecimientos en las ciencias de la vida son de una connotada importancia porque las personas se plantean constantemente los mismos problemas éticos, ya que todos, como seres humanos, estamos en la posibilidad de enfrentarnos continuamente con difíciles alternativas éticas y cuestiones de justicia.

El nacimiento de todas estas nuevas problemáticas en las biociencias dieron origen a la bioética, que en sus inicios estuvo ligada al estudio de la conducta moral en las ciencias de la vida, abarcando los numerosos dilemas éticos generados por la investigación biocientífica y sus aplicaciones médicas, temas que son de una gran preocupación legal, científica, eclesiástica, universitaria, política, etc.

El proyecto genoma humano es el plan de las ciencias de la vida de los años noventa, una vez fue completado el mapeado del genoma humano, se descifra la información de los genes, aparecen nuevos dilemas éticos relacionados a las bases genéticas. Su poder podría compararse con el proyecto de los físicos de liberar el poder del átomo en los años cuarenta. Los beneficios potenciales de estos descubrimientos son enormes, pero asimismo son muchos los problemas éticos relacionados con ellos, ya que si no se debaten y norman adecuadamente implicarían serias amenazas para las estructuras de las sociedades actuales, e inclusive para la vida y futuro de la humanidad.¹

Las ciencias de la salud continúan expandiéndose y teniendo importancia, por lo que se requiere que la sociedad ejerza su función, al establecer normas éticas, normas jurídicas, tanto a nivel nacional como internacional. El imperativo del progreso tecno-científico está presente en todos los lugares, por lo que ninguna sociedad puede permitirse el lujo de dejar sin regular esos avances técnicos científicos, buscando la manera de equilibrar los derechos de los sujetos destinatarios de las prácticas científicas con la necesidad de progresar científicamente.

2. Algunos de los dilemas genéticos más relevantes

Durante la primera mitad del siglo XX se afirmaba que, en comparación con el intenso desarrollo experimentado por la física y la química, la biología era la cenicienta de las ciencias. Una de las disciplinas de la biología como la genética² solo podía ofrecer a la industria y la sociedad las leyes de la herencia que Mendel había descubierto en torno a 1900. Esto cambia radicalmente en los años cincuenta con el descubrimiento de la estructura del ADN³ (ácido desoxirribonucleico) y de

¹ CELY GALINDO, Gilberto. *Bioética y universidad. La universidad pertenece a la comunidad humana y a ella debe rendir cuentas*. En: Revista Orientaciones Universitarias. Universidad Javeriana. Bogotá. No. 35. 2004. Pág. 35.

² Herencia: Es la transmisión de rasgos genéticos de una generación a otra. Es el proceso por el que recibimos las características de nuestros padres y los transmitidos a nuestros hijos.

³ ADN: Ácido nucleico en forma de hélice doble, se forma a partir de nucleótidos, consistentes en una de cuatro bases nitrogenadas (adenina, guanina, citosina y timina), además de desorribosa y un grupo fosfato; la información genética está codificada en los nucleótidos. En 1961 el científico norteamericano Marschall W. Nirenberg descifra la primera parte del código genético: tres bases de los nucleótidos que componen la doble hélice del ADN, los

los cuatro nucleótidos que lo constituyen, formados por un grupo fosfato, un azúcar (la desoxirribosa) y una base: simbolizadas por las letras A (adenina), C (citosina), G (guanina), y T (timina).⁴

El progreso alcanzado por el desarrollo de la genética en nuestros días, abre las puertas al conocimiento de las particularidades más profundas que caracterizan a una persona, las posibles predisposiciones genéticas a enfermedades, entre otras informaciones de índole genéticas.

El desarrollo tecnológico lleva implícito, la paradoja⁵ del aparente beneficio en términos de la salud, de la calidad de vida, conjugado, a la vez, al potencial deterioro del concepto de la vida humana, sus valores e incluso el riesgo de su destrucción.⁶ Es así como surge la necesidad, inevitable, de analizar en su justa y real dimensión los beneficios de la aplicación de tal tecnología, como la exigencia de normar el desarrollo tecnológico y la búsqueda de los mecanismos más apropiados que conduzcan a obtener normativa legítima, válida y eficaz.

Este desarrollo científico tecnológico en las denominadas ciencias de la vida, en especial la genética, en los últimos años ha traído beneficios indudables a la humanidad, pero a la vez ha abierto las entradas a serios problemas que hoy debemos afrontar, entre los cuales mencionaremos los siguientes:

2.1. El proyecto de genoma humano

Partiendo del esquema de las 4 letras, antes mencionado, aparecen 64 posibilidades de combinación, y se descubre que las proteínas, sustancias fundamentales para todos los organismos vivos, están compuestas por solo veinte aminoácidos diferentes. El ADN de la célula contiene la clave del desarrollo del ser vivo: los genes que llevan en los tripletes los planes en clave para construir proteínas. En 1965 el biólogo norteamericano R. W. Holley leyó por primera vez la información total de un gen de la levadura compuesta por 77 bases. En 1970 otro científico

llamados tripletes forman una unidad de información. Partiendo del mencionado esquema de 4 letras, aparecen 64 posibilidades de combinación, y se descubre que las proteínas, sustancias fundamentales para todos los organismos vivos, están compuestas por solo veinte aminoácidos diferentes. El ADN de la célula contiene la clave del desarrollo del ser vivo, los genes llevan en los tripletes los planes en clave para construir proteínas. La escritura de las cuatro letras tiene validez universal en todos los seres vivos, sean bacterias, virus, levaduras, plantas, animales o seres humanos, a los biólogos de los años setenta se les presentaba la gigantesca tarea de ir descifrando las secuencias de ADN de los múltiples seres vivos.

⁴ SUMMER, Susan. *Genética, Clonación y Bioética*. 2da. Edición. Editorial Biblos. Buenos Aires, Argentina, 1998. Pág. 33 y ss.

⁵ Como bien lo expresa Diego Gracia en el prólogo de su libro *Fundamentos de Bioética: La ciencia es hoy, a la vez, la gran amenaza y la gran esperanza de la vida humana*

⁶ GRACIA GUILLÉN, Diego. *Democracia y Bioética*. Acta bioética., 2001, vol.7, no.2. ISSN 1726-569X. <http://www.paho.org/Spanish/bio/publica.htm>

estadounidense, Har Gobind Khorana, consiguió reconstruir en el laboratorio todo un gen, luego de que se dedicara 10 años a esto. El mismo biólogo sintetizaba en 1976 una molécula de ácido nucleico compuesta por 206 bases.

A finales del siglo XX se logra conocer el mapa estructural de la célula, los mecanismos del metabolismo y regulación genética, como resultado de la investigación en modelos celulares in Vitro, modelos animales in vivo y la investigación clínica en pacientes.

En la actualidad la lectura de genomas⁷ avanza con cierta rapidez gracias a los ordenadores especializados para estas tareas; los de la última generación son capaces de leer al día unas 300.000 bases. En otras palabras, lo que Khorana y veinte colaboradores consiguieron en diez años, lo lleva a cabo hoy un ordenador especializado solo en doce horas. Este avance ha abierto la posibilidad de leer el complejo genoma humano, al que se calculan unos tres mil millones de pares de bases; hasta la fecha existe información genética en torno a 3.000 genes humanos.

A pesar de que, desde sus inicios, el proyecto de genoma humano⁸ ha mostrado preocupación por los aspectos éticos, sociales y jurídico del desarrollo científico-tecnológico, ya que son muchos los beneficios que otorga el conocimiento de ese mapa genético, tanto para el diagnóstico y predicción de las enfermedades hereditarias, para el tratamiento correspondiente a través de la ingeniería genética, a su vez, el mismo plantea una serie de problemas sociales, jurídicos y éticos: para el enfermo, su familia y la sociedad, como consecuencia de la dimensión y tipo de información que se maneja, de allí que surja la necesidad de abordar una reflexión sobre los previsibles impactos de estos nuevos conocimientos y la manera en que la sociedad podría ser afectada por sus resultados.⁹

El proyecto de genoma humano abre un nuevo paradigma en la concepción de la salud. "En gran medida nuestro destino está en nuestros genes"¹⁰. Identificados los genes, sus funciones, surge la posibilidad de diseñar una nueva medicina preventiva o genómica. Se amplía la capacidad de detectar anomalías genéticas, incluso antes de que se manifieste el fenotipo de la enfermedad. Esto implica el surgimiento de una nueva categoría de individuos en el sistema de salud: los enfermos sanos o potenciales. Hoy en día, los exámenes genéticos se emplean para

⁷ Conjunto de genes de un ser vivo

⁸ Proyecto en el que se logró la determinación de los 3,500 millones de letras, contenidas en los 24 tipos de cromosomas humanos

⁹ MESSINA, Graciela. *La Responsabilidad Civil en la Era Tecnológica*. Editorial Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina, 1997. Pág. 173 y ss.

¹⁰ BAZELL R. Informing the public about genome Issues. En: Rothstein M. *Legal and ethical Issues raised by the HGPÁG*. Proceeding of the conference Held in Houston, Texas, 79 March, 1991.

diagnosticar enfermedades, inclusive para personas asintomáticas. Es indiscutible, la importancia del conocimiento que la predisposición genética tiene en el caso de enfermedades comunes, como: la enfermedad coronaria, la hipertensión, la diabetes mellitus, enfermedades mentales, el cáncer, entre otras. La práctica de pruebas genéticas, en estos casos, servirán para ayudar al tratamiento más eficaz de la enfermedad, inclusive previo al desarrollo de los síntomas, como por ejemplo: que el enfermo tenga una dieta, adecuada y saludable, un ambiente y prácticas sociales preventivas, lo que disminuye los riesgos y mejora la eficacia del tratamiento.¹¹

Ahora bien, la detección de un determinado gen puede dar lugar también a estigmatización y discriminación. Se pueden identificar personas sanas portadoras de factores genéticos que predispongan o causen en el futuro determinadas enfermedades, por lo que la información del proyecto de genoma humano podría tener repercusiones sociales al marcar al enfermo y a su familia.¹²

En este sentido, es obvio que los nuevos conocimientos genéticos ofrecen a la humanidad múltiples beneficios, nuevas posibilidades, pero a su vez, paradójicamente, la utilización de estos nuevos desarrollos también plantean nuevas interrogantes y problemáticas de complejas consecuencias éticas, jurídicas y sociales, entre las que podemos mencionar: los aspectos referente a la privacidad de los datos genéticos, las posibles discriminaciones que se produzcan en relación a información obtenida de los hallazgos genéticos, los test para conocer las posibles enfermedades que pudiera tener un ser humano en el futuro, los derecho a conocer y a no conocer de los resultados de exámenes genéticos de los sujetos a quienes se les practiquen y de sus familiares, entre otros.¹³

Otro de los problemas que enfrentamos radica en el hecho de que este nuevo instrumento, también parece estar dirigido para una minoría, aquella que económicamente tiene la posibilidad de usarla, ya sea porque tiene los medios económicos para hacerlo, o porque está informado de sus beneficios, mientras que para la mayoría de la población de los países latinoamericanos en desarrollo, las consecuencias del proyecto genoma humano son desconocidas.

¹¹ SOMMER, Susan. *Genética, Clonación y Bioética*. Ob. Cit. Pág. 24 y ss.

¹² Las enfermedades hereditarias pueden ser monogénicas o poligénicas, existe además diferente susceptibilidad y expresión en un polimorfismo genético, entre los genes que predisponen o causan una enfermedad podemos mencionar los de la enfermedad de Alzheimer, la de Huntington, distrofia muscular de Dúchenne, enfermedad de la fibrosis quística, algunas formas de hemofilia, anemia de células falciformes, fenilcetonuria, y cáncer de mama, entre otras.

¹³ LUNA, Florencia, RIVERA LÓPEZ, Eduardo. *Ética y Genética*. Editorial Catálogos. Buenos Aires, Argentina, 2004. Pág. 8 y ss.

2.2. La manipulación genética

La manipulación genética¹⁴ permite modificar la información y el caudal genético de la especie. Es un procedimiento cuyas técnicas podrán ser utilizadas en beneficio de la humanidad, así como también, puede usarse para la procreación y la experimentación sobre seres humanos, con la posibilidad de que los hijos estén dotados de determinadas características a gusto y elección de sus padres, sin ninguna enfermedad, entre otros aspectos.

Alterar la estructura de la especie, mediante la manipulación genética, pone en peligro la estructura ética de la especie. En este sentido, es necesario mencionar que la amenaza que existe en sociedades liberales, con el auge de la globalización, es la eugenesia liberal, lo que en EE.UU. ya llaman "*shopping in the genetic supermarket*". Es decir, poder escoger el sexo, la estatura, características físicas. Para Habermas las consecuencias de algo así serían gravísimas. "¿Qué pasa si un hijo no está de acuerdo con lo que le han diseñado sus padres? podrá pedirles cuentas. Además, ¿cómo podemos saber lo que es potencialmente bueno para otros? Nadie puede saber si una ligera discapacidad no va a resultar una ventaja en el futuro." La selección genética sobre las células sólo puede realizarse para evitar enfermedades graves, sin embargo este tema deberá ser establecido por consenso.¹⁵

En este sentido, también agrega Habermas que: "Los hombres sólo son libres e iguales si no han sido predeterminados genéticamente", por lo que, de haber manipulación, "en la cabeza de los afectados tendrá lugar un cambio". "Su autocomprensión como seres humanos éticos y libres se verá afectada, porque habremos reducido enormemente la distancia entre las personas y las cosas, que son fabricadas según nuestra voluntad." Usando la metáfora divina, Habermas sostiene que "Dios determina al hombre en el sentido de que lo dota para ser libre y le obliga a serlo". "Agrega que no hay que creer en las premisas teológicas para ver que si un par sustituye a Dios, se altera algo fundamental: la simetría e igualdad entre seres humanos", por lo que "el primer hombre que intervenga en la combinación casual de la secuencia cromosómica de otro" puede dar el

¹⁴ Los biólogos y los químicos empezaron en los años sesenta a manipular la información hereditaria con objeto de desconectar los mecanismos naturales con los que cada célula protege a su ADN, los científicos recurrieron a determinados virus y bacterias capaces de eludir estos mecanismos de seguridad e inyectar su propio ADN en la célula que infectan. Estos microorganismos son llamados "tijeras" genéticas, ya que cortan la doble hélice del ADN por un punto determinado. Este nuevo avance ha permitido la manipulación directa, los estudios de la actividad y funcionalidad de los genes.

¹⁵ AYÉN, Sabih. Llega "*El Futuro de la Naturaleza Humana*". Habermas, contra Sloterdijk. Barcelona, España, julio de 2002.

primer paso para "destruir aquellas libertades que aseguran la diversidad de las personas".¹⁶

Nos enfrentamos aquí entonces a la determinación de si los clones o las células madres embrionarias son ya sujetos de derechos humanos, es decir, son persona o no lo son. Tanto la ciencia, el derecho, la filosofía y las religiones tienen sus propias teorías al respecto y evidentemente el valor de cada teoría depende del Estado o sociedad en la que se pretende aplicar. En un Estado laico, por ejemplo, voces con pretensión de universalidad, como la ciencia, el derecho o la filosofía, tienen que tener un peso específico superior al de las religiones, que son voces privadas (y sólo públicas en la medida en que convengan al resto de los ciudadanos). La cosa cambiaría, lógicamente, en un Estado confesional en el que la voz de los valores queda en manos de los clérigos.¹⁷

Las intervenciones biotecnológicas sobre las bases naturales de la vida del hombre nos confrontan al desafío de una necesidad de regulación a escala planetaria, incluyendo la relación con las cuestiones éticas.¹⁸ En efecto, ya no se trata de cuestiones de justicia, susceptibles de ser definidas sobre la base de los derechos humanos. Al mismo tiempo, la controversia por lo que respeta a las diferentes "visiones del hombre" que están en concurrencia adquiere una significación directamente política, y el terreno en que se desarrolla esta controversia es el de la *ética de la especie humana*.

La vida tiene un valor inconmensurable y sagrado. Sin embargo, estamos inmersos en un proceso tan vertiginoso, y en el que se mezclan tal cúmulo de intereses, que existe el gran peligro de falta de perspectiva y de reflexión¹⁹. Nos limitamos a debatir cuestiones muy concretas como, por ejemplo, la clonación, cuando en realidad necesitamos centrarnos en la totalidad del proceso.

Todo este análisis, en última instancia, pone de relieve la importancia que ha adquirido en este nuevo contexto social la pregunta por el *sentido* de nuestras acciones. Responder a esta pregunta trasciende las posibilidades de los paradigmas puramente científicos o técnicos y nos pone frente a los dilemas éticos, particularmente a todo lo relativo a la responsabilidad, la cual no es sólo un asunto individual.

¹⁶ HABERMAS, Jürgen. citado por AYÉN, Sabih. Llega "El Futuro de la Naturaleza Humana. Habermas, contra Sloterdijk. Barcelona, España, julio de 2002.

¹⁷ MATE, Manuel. *La Estructura Ética de la Especie*. Instituto de Filosofía CSIC.

¹⁸ <http://www.xtec.es/~asarsane/habermas.htm>

¹⁹ HABERMAS, Jürgen. *El futuro de la naturaleza humana*. Editorial Paidós, España, 2002, Pág. 33.

El drama de las sociedades actuales es que cuando más se exige de la dimensión política y jurídica menos posibilidades está mostrando para enfrentar estos desafíos. En nuestro país por ejemplo, las posibilidades para llegar a acuerdos sobre la materia por estos mecanismos son prácticamente nulas, como quiera que la tradición jurídica imperante es producto del positivismo.

2.3. Protección de la información genética

Al analizar las problemáticas y dilemas sociales que las nuevas tecnologías científicas derivadas del desciframiento del código genético pueden suscitar, en el fondo exterioriza la preocupación social sobre la posibilidad del mal uso de los datos genéticos.²⁰ Si bien es cierto, el desciframiento del genoma humano aumentó la posibilidad de predecir enfermedades genéticas, asimismo, permitió conocer las características que individualizan a las personas y que las distinguen de los demás. De esta manera, los dilemas en torno a este nuevo logro, giran alrededor de los riesgos e implicaciones, tanto éticas como jurídicas en el manejo de esa información genética. Ya hicimos referencia a que esta información puede crear distinciones entre las personas, lo que traería consigo, probablemente discriminaciones²¹, toda vez que la información genética está ligada a dos aspectos importantes: por un lado, es una información sensitiva, porque revela el origen y características del individuo, y por el otro lado, también crea una vinculación de su vida privada con la estructura social a la que pertenece, donde esta información también puede ser sensitiva para otros miembros de ese conglomerado social, lo que amplía la gama de consideraciones jurídicas de relevancia que se pueden emplear en torno al tema²².

Las nuevas tecnologías de las ciencias de la salud han dado un giro a las relaciones humanas dentro de la sociedad; han entrado en debate aquellas reflexiones, que caracterizaban a la vida moderna, en torno a la protección de la vida privada. El paradigma liberal imperante, hasta estos momentos, independientemente, si estamos en la raíz de *common law* o romano-germánica, resuelve la situación con los principios generales del derecho, defendiendo la vida privada del individuo de la divulgación de la información.²³

²⁰La historia de las ideas eugenésicas ligadas a la primera guerra mundial ha generado la sombra de la duda, en el sentido de que la información genética sirva para discriminar a individuos, inclusive a poblaciones enteras violando derechos fundamentales.

²¹ ROTHSTEIN, Mark A., "Discrimination Based on Genetic Information", *Jurimetrics Journal*, Fall, 1992)

²² Para ampliar este tema CFR. SÁNCHEZ CARAZO, Carmen. *Derecho a la Protección de los datos Genéticos*. Revista Latinoamericana de Bioética. Publicación de La universidad de Nueva Granada. Edición 2. Colombia. Pág. 104 y ss.

²³ VANDEN BERGHE, Hugo, "Approche de la notion de vie privée", *Actes du Colloque Banques de Donnes*, Cieau-Creadif, Pág. 75).

Esta situación se ve modificada ante el surgimiento de circunstancias y condiciones de vida diferentes que caracterizan a las sociedades posmodernas. En una sociedad postindustrial²⁴ que gira en torno a la información y a la acumulación de conocimientos, se observan cambios en las formas de propiedad, sobre todo en lo que respecta al conocimiento, que pueden llegar a generar modificaciones tanto en los principios jurídicos como en los pensamientos inspiradores de una determinada regulación, así como en los valores que los rigen.

Bajo esta perspectiva nos enfrentamos entonces, a la información derivada del material genético²⁵, y bajo qué marco se va a manejar la información derivada de este conocimiento, ante las disyuntivas que se derivan y en una sociedad caracterizada por un pluralismo moral, donde el otrora monismo moral no puede imponerse si queremos marcos normativos eficaces.

El acceso y divulgación de datos genéticos a terceras personas, a empresas empleadoras²⁶, compañías de seguros²⁷, Ministerio Público, entre otras, implicaría un atentado a la intimidad y poner en riesgos al involucrado en diversos ámbitos (familiar, educativo, de salud, laboral, de seguros, etc.). También puede llevar a nuevas formas de discriminación, que puede vulnerar los derechos y garantías del ser humano; se habla de temas como ¿qué sucedería con el derecho de los familiares a conocer la información? o, ¿con el derecho de *no conocer la información genética*?

3. El Derecho como medio de superación de la crisis de las problemáticas bioéticas

De la información obtenida del ADN surgen problemas como la violación a la intimidad, ligado al derecho a la privacidad, ya que por el carácter personal e íntimo del individuo, es información extremadamente vulnerable. La información genética ofrece la posibilidad de un conocimiento total de la información de los ciudadanos a terceras personas, como quiera que existen diversas maneras para obtener las muestras, esto sin hablar, de la creación de bancos de ADN sin las limitaciones necesarias, lo que permite que se ponga al descubierto

²⁴ Denominación utilizada por el sociólogo Daniel Bell.

²⁵ Constituido por unidades de información llamadas genes, que guían la síntesis de productos específicos con funciones biológicas y que son capaces de auto duplicarse.

²⁶ El uso de la información genética por los empleadores puede ocasionar la estigmatización del trabajador, al que le resultaría difícil encontrar empleo aun cuando no sufra todavía la enfermedad.

²⁷ En igual medida el uso de la información por las compañías de seguros podría provocar la negación de coberturas a determinados individuos o exigir altas cantidades en conceptos de primas, cuando exista una predisposición a una determinada enfermedad como por ejemplo la corea de Huntington, que es una enfermedad que se desarrolla tardíamente, pero que conlleva a muchas erogaciones por salud.

información que puede afectar la vida del individuo, sus relaciones familiares, sociales, su salud física y mental, lo que podría llevar a una cosificación del ser humano, siendo imposible evitar la estigmatización.

Ante esta situación surgen innumerables interrogantes sobre los límites de lo que va a ser permitido y justificable, ya que a pesar de los constantes avances en los desarrollos de la genética, y en general de las ciencias vida, los límites de actuación se encuentran difusos, porque aun las sociedades no han logrado imponer fronteras éticas claras en las técnicas permitidas. Es allí entonces cuando debemos preguntarnos sobre cómo encontrar esos límites que se deben establecer, sobre cual va a ser el procedimiento y mecanismos que vamos a utilizar para establecer identificar y crear esos límites?.

El incesante avance de las ciencias y las tecnologías, abre un mundo de nuevas posibilidades sociales no exentas de riesgos, que colisionan con los sistemas sociales, y culturales y jurídicos del momento, generan variados y múltiples conflictos, no sólo tecnocientíficos, sino sociales, culturales, éticos, religiosos, morales y, por supuesto, jurídicos.

De igual manera, los espectaculares avances de la ciencia y la tecnología también han sobrepasado la capacidad de comprensión del hombre sobre las posibles repercusiones de la aplicación de estos desarrollos a los seres vivos, la sociedad, al ambiente, y a las futuras generaciones. Esa conflictualidad y falta de comprensión son la que crea la premura de encontrar los espacios de discusión y de debate sobre las problemáticas que se presentan.

De esta manera tenemos que los nuevos conocimientos científicos del campo de la genética han supuesto una revolución en muchos campos y donde el derecho no puede permanecer incólume, antes bien, se encuentra en una situación en la que la realidad del contexto social requiere de pronunciamientos y la toma de decisiones urgentes por la fundamental importancia de los temas para las sociedades.

Ahora bien, habiéndose generado una serie de problemáticas bioéticas que no han encontrado solución bajo los paradigmas tradicionales, por la crisis de la modernidad y teniendo presente que las categorías jurídicas ya no dan respuestas acabadas a una infinidad de problemas, en medio del caos, se abren las posibilidades para que los caminos de las respuestas necesarias a esas problemáticas no sean sólo los paradigmas previstos por las ideologías modernas, sino que estemos dispuesto a la búsqueda de un régimen jurídico legítimo, válido y eficaz; para abordar una problemática compleja como la expuesta, se requiere de una especificidad que no descuide la visión global de la realidad problemática.

Es en esa exploración donde mayormente se generan conflictos, por la concurrencia de la crisis de la especialización de la ciencia, que se interesa en ciertos aspectos de la problemática, sin tomar en cuenta el resto o la totalidad. Aunado a lo anterior, tenemos también la crisis de valores de las sociedades actuales y a la imposibilidad de aplicar una cosmovisión universal, ante el pluralismo moral imperante, que se ve reflejada en la diversidad de posturas morales existentes en torno a los temas, lo que dificulta la posibilidad de encontrar consensos, sin la ejecución de los procedimientos adecuados para lograr este objetivo.

Conjuntamente a lo anterior, también se ha producido un cambio fundamental en la calidad de los problemas sujetos a decisiones políticas. Uno de los retos centrales que enfrenta actualmente la gestión política es que tiene que ocuparse cada vez más de aspectos tradicionalmente vinculados a la esfera privada, pero respetando la diversidad y la posibilidad de proyectos individuales. Incluso las decisiones más tradicionalmente políticas, como son las relativas a la salud, derivadas de los nuevos avances y desarrollo de las biociencias, afectan directamente los destinos individuales más que en el pasado.

Dentro de este contexto cobra trascendencia el derecho como medio para superar esa crisis. El papel del derecho intenta superar la ausencia, dispersión y el carácter incompleto de la legislación existente,²⁸ procura crear la normativa correspondiente, pero sin perder de vista el horizonte de la interdisciplinariedad en el que le corresponde actuar, para lograr una mejor comprensión de la realidad problemática derivada de las ciencias de la vida, en especial la genética.

3.1. Nuevos hechos, nuevas normas, nuevos procedimientos.

La necesidad de la humanidad de incrementar cada vez más el conocimiento sobre los fenómenos y procesos que tienen lugar, tanto en la naturaleza como en la sociedad, ya sea para prevenirlos, utilizarlos en beneficio propio o ejercer acciones modeladoras sobre éstos, ha compulsado el desarrollo de la ciencia a lo largo de la historia. Durante este proceso de adquisición de conocimientos han ido surgiendo y desarrollándose diversas herramientas para este propósito, las cuales

²⁸ No es que no existan normas totalmente sobre los problemas de los que estamos hablando, tal y como lo señala Teodora Zamudio de la siguiente manera: “No es una materia que tenga, tampoco que carezca, de legislación...las normas se hallan dispersas por la variedad de la temática influida e impactada por valores e intereses imbricados, incluso puede estar desarrollada con ánimo diferencial: económico, contractual, filosófico, sociológico...entre otras vertientes. ZAMUDIO, Teodora. Sitio web. Cátedra de Biotecnología, Biodiversidad & Derecho. Facultad de Derecho de la UBA: www.biotech.bioetica.org.

deben ser normadas y reguladas de manera que se cumpla con los parámetros establecidos por la misma sociedad.

Los vertiginosos avances de la ingeniería genética, y el conocimiento del mecanismo de la vida ofrecen unas perspectivas dramáticas próximas a la ciencia-ficción. Por una parte, crean esperanzas encaminadas a aliviar enfermedades de transmisión hereditaria con el inicio de la terapia génica y por otra, abren una serie de interrogantes respecto a cómo vayan a utilizarse estas técnicas. Se puede afirmar que existe un progreso ambivalente, porque su utilización puede responder a propósitos contrarios al bien común, así como también puede resultar beneficiosa para el descubrimiento de terapias contra enfermedades que hasta el momento se desconoce su cura. No cabe duda que la tecnología progresa constantemente dándonos medios para alcanzar nuestros fines; pero en sí misma, no aumenta nuestra capacidad para discernir cuáles deban ser esos fines, por ende, para valorarla adecuadamente hay que buscar modelos meta científicos.

Todos estos nuevos acontecimientos científicos han desbordado las previsiones normativas existentes. Hay actividades que afectan al hombre como individuo: a su vida incipiente, a la alteración de las peculiaridades de transmisión hereditaria y al mismo futuro de la naturaleza humana. La clonación ha excedido la imaginación de los individuos, se piensa que podemos repetirnos, siguiendo el sueño de la inmortalidad. Por otro lado, el uso inadecuado de la procreación artificial, podría ocasionar una gran perturbación en las relaciones familiares y por ende, incidir en la configuración de la sociedad. Inclusive, se puede transformar la propia especie humana, generada por la modificación de los caracteres hereditarios, cuando se manipula el hábitat en el que los genes se expresan, o aspirar, incluso, a algo más paradójico: la fecundación interespecies. No cabe duda, que el desarrollo extraordinario de las ciencias biogenéticas constituye la base del poder abrumador que estamos adquiriendo sobre nosotros mismos y sobre los otros, incluyendo los que no tienen voz, como son los embriones, los enfermos terminales y los incapaces, entre otros.

La tecnología que ha permitido la manipulación genética directa, también ha abierto la posibilidad de estudios de la actividad y funcionalidad de los genes sujetos ahora a examen. Pero al mismo tiempo, esta transformación no está controlada por ser una materia novedosa, hasta ahora desconocida en donde los efectos de los avances y sus límites se desconocen. Esos avances nos ha ocasionado una modificación sustancial en las relaciones de las personas, al igual que en el establecimiento de los límites de lo humano y lo no-humano, lo objetivo y subjetivo lo que implica disminuir la posibilidad de promover una moral

absoluta, una moral basada en obligaciones frente a exigencias ya sean de tipo religioso o secular.

Al respecto, resulta pertinente retomar a Habermas, para quien hoy los ciudadanos se ven confrontados con cuestiones cuyo peso moral supera ampliamente las cuestiones políticas tradicionales. Estamos ante la necesidad de “moralizar la especie humana”.²⁹ El reto que tenemos es mantener las condiciones sobre las cuales se basa nuestro reconocimiento de actuar como personas autónomas y autores responsables de nuestra historia y nuestra vida. Mantener cierta parte de casualidad y de contingencia en nuestro capital genético no podría interpretarse como una resistencia al progreso científico, sino un acto político producto de una actividad moral autorreferencial, que se corresponde sociológicamente con el desarrollo de una posmodernidad y una ciudadanía reflexiva.

Un sistema democrático debe exigir para su eficacia, la participación dinámica de la sociedad civil, al mismo tiempo con todos los sectores integrantes de la sociedad como equipos científicos, médicos y empresas en la búsqueda de los consensos adecuados sobre los avances de las tecnologías genéticas. En la actualidad, puede observarse que las capacidades para la regulación de las intervenciones en el cuerpo humano son más virtuales que reales, pues, en el fondo, las decisiones siguen siendo tomadas por expertos científicos y médicos, o bien por otros poco informados como son los ciudadanos, jueces y políticos, especialmente, por lo que se requiere articular el diálogo interdisciplinario y la diversidad o pluralidad de cosmovisiones en el espacio y tiempo, sin perder de vista que todo discurso, cualquiera que sea su naturaleza: filosófica, teológica o científica, parte de un conjunto de creencias o preconcepciones acerca de la realidad, del mundo y del hombre que muchas veces emergen de la tradición cultural; de ahí la variedad de sus percepciones y la importancia del contexto donde se produce el diálogo.

La colonización tecnológica del mundo de la vida hace necesario fijar límites al deseo de poder hacer, de poder intervenir, mientras mayor sea el desarrollo, donde el derecho está llamado a ser una categoría de mediación entre la facticidad y la validez en los términos de Habermas.

No cabe duda de que los avances científicos en lo que se refiere a la ingeniería genética son los que han provocado el interés en regular situaciones hasta ahora desconocidas.³⁰ Esto nos obliga a discernir sobre

²⁹ HABERMAS, Jürgen. *El futuro de la naturaleza humana. ¿Hacia una eugenesia liberal?* Trad. R.S. Carbó, Editorial Paidós, Argentina, 2004.

³⁰ ROMEO CASABONA, Carlos M. *La Genética y el Derecho hacia el Siglo XXI*. IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario. <http://www.aeds.org/congreso4/4congre-18.htm>

cuáles deben ser los fundamentos para normar estos nuevos escenarios que parecen fuera del alcance de los supuestos previsibles del ser humano y cuál va a ser el procedimiento que utilizaremos para fundamentar y legitimar las normas que se produzcan.

Partiendo de la afirmación de que los dilemas en torno a la genética son de tal complejidad y de tan poderosa repercusión social que, por ello mismo, la responsabilidad de los modelos de comportamiento que se impongan en la sociedad no pueden dejarse sólo al arbitrio de los científicos y de los profesionales de la filosofía moral; es preciso conocer la realidad de los valores que están siendo sometidos a juicio y participar en la toma de decisiones sobre la materia.

La modernización social, en el ámbito global y nacional exige brindar cada vez más información y oportunidades a la población para decidir sobre su bienestar biológico. Sin embargo, hay que mencionar que el grado de conocimiento sobre lo que se decide no está adecuadamente identificado. La población, incluso con educación superior al promedio, no cuenta con los conocimientos para entender sobre qué tiene que decidir y, por lo tanto, no es plenamente consciente de los riesgos de sus decisiones. Paralelamente se aprecia que las decisiones en un Estado democrático irán, paulatinamente, exigiendo, para su validez, la participación activa de la sociedad civil, incluyendo dentro de ésta a todos los sectores que son parte de la sociedad como equipos de científicos, médicos y empresas, en la búsqueda de los consensos adecuados sobre los avances de las tecnologías genéticas.

En la actualidad, puede observarse que las capacidades para la regulación de las intervenciones en el cuerpo humano son más virtuales que reales pues, en el fondo, las decisiones son tomadas por expertos científicos y médicos, o bien por otros, poco informados como son los ciudadanos, jueces y políticos especialmente; de allí la necesidad de un procedimiento discursivo en torno a la materia.

Nuestra hipótesis apunta a la idea de que la normativa que ha de crearse sobre la investigación, implementación y práctica de técnicas de manipulación genética debe ser abordada a través de un procedimiento discursivo público donde todos los sectores comprometidos y la sociedad en general tengan intervención para buscar un consenso sobre los principios básicos que deben imperar en las normas jurídicas que se generen.

En nuestros días dentro del horizonte de la filosofía moral de las ciencias de la vida se ha esbozado un paradigma al cual nos vamos a referir como el paradigma moral dialógico, *ética del discurso* o ética de la comunicación. Este paradigma discursivo se ha ido desarrollando en

Alemania desde los años setenta, inspirado en las pretensiones fundamentadoras de Kant, y como reacción contra el subjetivismo radical existencialista y contra el emotivismo, doctrinas ambas que niegan radicalmente la esencia y la existencia de cualquier verdad moral. Dentro de sus máximos exponentes, encontramos a Apel y Habermas, quienes retornan al reconocimiento de la validez y por tanto de la obligación de "lo bueno" como principio de lo que "debe ser". En el ámbito práctico sostienen que es posible, desde la razón comunicativa, un conocimiento intersubjetivo de las normas más correctas. Este paradigma, no viene a proponer normas de conducta o valores morales concretos, sino principios procedimentales, un método a través del cual se va a elegir las normas que van a regir determinada situación, en este caso las investigaciones genéticas a fin de que éstas sean racionales y correctas. El procedimiento formal aquí no es otro que el *diálogo entre los afectados* por una norma, en el que se parte ya de unos supuestos (que éste se produzca en un clima de verdad, que el discurso sea inteligible por ambos, correcto, orientado al acuerdo, etc.), es decir, en una situación ideal de diálogo, donde se ve el conflicto no en la categoría de observador, sino en la categoría de participante.

Aquí, como puede verse, tampoco el contenido u objeto de las investigaciones y técnicas de manipulación genéticas determinan su corrección moral, sino que la moralidad del acto se hace depositar sobre el procedimiento de la comunicación. En suma, adquirirían básicamente la condición de correctas sólo aquellas normas que todos los hombres pudieran admitir. Habermas denomina a esto: principio discursivo en el cual se deben fundamentar las normas y señala lo siguiente; "*Validas son aquellas normas (y sólo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discurso racionales.*"³¹ Este es un principio del Derecho y es el principio de la moral; el que discute, y debate está apostando a este principio.

Señala Habermas que hasta este momento las controversias o conflictos sobre las investigaciones y técnicas genéticas han estado girando con respecto al estatuto moral de la vida humana personal, pero es necesario orientar las acciones a segundas personas con cuya conformidad también se puede contar. En el mundo de la genética, la repercusión de estos planteamientos procedimentales discursivos es indudable, pues proyecta la imagen de participante, bien informado, dialogante y tolerante, elementos que son muy apreciados. Quienes previamente, por la fuerza de sus convicciones morales, se ven incapaces de ceder en un diálogo acerca de acciones o actos cuyo cumplimiento

³¹ Habermas, Jürgen. *Facticidad y Validez*. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Editorial Trotta. 3^{ra}. Edición, Barcelona, España, 2001. Pág. 172.

estiman intrínsecamente rechazable jamás podrán ir a un diálogo sobre temas genéticos en la disposición *a priori* que exige el discurso.

En ese orden de ideas, la acción comunicativa servirá de base a un exigible diálogo en las sociedades democráticas acerca de los deberes mínimos que habrían de ser obligatorios para todos, para defender, en el contexto del pluralismo moral de la sociedad, unos mínimos, unas normas fundamentales que todos deberíamos respetar.

El modelo ha permitido apuntar el valor y la racionalidad de las normas mínimas ("ética de mínimos") en la medicina y en la vida social. En Francia el "Comité Consultivo Nacional de Ética para las Ciencias de la vida y de la Salud" ha integrado la ética dialógica de origen alemán con el personalismo francés y especialmente con la denominada "filosofía de la reciprocidad de las conciencias" (Nédoncelle, Ricoeur, Lévinas), lo cual ha permitido por vía de diálogo racional la afirmación -a propósito del uso de los tejidos fetales- de que el embrión humano o feto "es una persona humana..... desde el inicio, y que por tanto, debe ser tratado con respeto y no como mero material de laboratorio o de comercio..... una afirmación elemental, pero obvia, para los que afirman la dignidad de la persona humana también como corporeidad, pero con indudable carácter afirmativo en el seno de una sociedad pluralista.

Por su parte, el "Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina" (1996), elaborado por el Consejo de Europa, y el Protocolo adicional sobre prohibición de clonar seres humanos (1997), de la UNESCO, son ejemplos de este modelo. En suma, no cabe duda de que, para quienes creen que la razón puede llegar a las fronteras de la eticidad de las acciones humanas, la ética de la comunicación contiene elementos muy positivos de un gran significado.

Es importante señalar que estas decisiones ya no podrán ser limitadas espacialmente al ámbito del territorio nacional. La responsabilidad también asumirá una dimensión internacional que afectará al género humano. Como toda etapa crucial de la historia, abre siempre la opción de la incertidumbre o la esperanza.

Conclusiones

La genética con el denominado “*proyecto genoma humano*”, ha tenido un gran progreso, derivándose también una serie de aplicaciones generadas por los nuevos conocimientos que se van adquiriendo sobre el genoma y que van impregnando, sin parar, la vida personal y las relaciones de los seres humanos, en diversos ámbitos, como los son: la salud, la medicina legal, el Derecho Penal, la Administración de Justicia, las industrias farmacéuticas, Derecho de Seguros, Derecho Laboral, etc.

Los avances biotecnológicos, de las ciencias de la salud y en especial la genética, que se han realizado en estos últimos años, han sido de una significación trascendental para toda la humanidad, pudiéndose en la actualidad, con los logros de las tecnologías, interferir en el ambiente, en las poblaciones en general, realizar análisis genéticos, reproducción asistida, diagnósticos genéticos, terapias génicas, entre otras, lo que demuestra la complejidad cognoscitiva de la problemáticas derivadas de los surgimientos y avances de las biociencias en especial la genética, a las que se requiere buscarle posible soluciones.

Los progresos tecnológicos en las biociencias encierra en sí una ambivalencia, una paradoja, según la manera cómo se lo utilice; puede ser beneficioso o peligroso, usados correctamente, pueden servir para beneficiar a la salud y bienestar del hombre, sin embargo, también existe los riesgos de que sean usado incorrectamente.

No cabe duda que, por ejemplo, el proyecto de genoma humano, ha generado un optimismo con respecto a las posibilidades de lucha contra las enfermedades, pero a su vez, el conocimiento de la información por parte de terceros, engendra desconfianza y temores, ante las posibilidades de distinta utilización por otros, sobre todo por la vulnerabilidad del sujeto ante estos terceros, que pueden llegar a afectar esa tan preciada autonomía de las que nos habló Kant.

La crisis generalizada que afronta el presente milenio, dentro de la cual se encuentra comprendida la que afecta a los avance de la ciencias de la salud, en especial la genética, constituye una realidad que no puede ser desconocida; lo importante entonces es la búsqueda de los mecanismos que nos ayuden a superarla. Frente a los dilemas producidos por los desarrollos de las ciencias y la tecnología en lo referente al genoma humano y sus implicaciones que se constituye en diferentes problemáticas que se ciernen sobre la humanidad, que en forma directa o indirecta puede llegar a afectar inclusive a las generaciones futuras, se hace necesario que los actuales límites imprecisos de estos progresos sean establecidos con claridad, así como la jerarquía de valores que deben primar en las normas jurídicas.

Es importante anotar que los problemas que surgen de las ciencias de la vida no son solamente de contenidos; es una problemática extremadamente compleja, limitar la problemática a las cuestiones únicamente de políticas o normativas, sin tomar en cuenta los aspectos éticos y sociológicos de fondo, ocasiona que la normativa lograda, no consiga la eficacia requerida.

Ante tales acontecimientos, consideramos que el procedimiento discursivo es el instrumento idóneo como modelo a seguir en el establecimiento de la normativa sobre la materia de genética, ya que permite el diálogo entre participantes y la búsqueda de los consensos necesarios sobre los temas derivados de los avances de las biociencias en especial la genética.

El reconocimiento de que las sociedades actuales están caracterizadas por un pluralismo moral, en donde el desarrollo de las ciencias de la vida ha creado una serie de problemas que tenemos que comprender con diversidad de posturas, nos lleva a concluir que es necesario establecer los procedimientos tendientes a la creación de normas que traten sobre dilemas que se están generando con los progresos de las biociencias, en especial la genética, tomando en cuenta los valores éticos, de manera que se pueda lograr la validez, eficacia y legitimidad de las normas.

Bibliografía

- AYÉN, Sabih. Llega "El Futuro de la Naturaleza Humana. Habermas, contra Sloterdijk. Barcelona, España, julio de 2002.
- BECK, Ulrich 1998. *La teoría de la sociedad del riesgo reformulada* (traducción de Fernando Robles), en Revista Chilena de Temas Sociológicos. Universidad Católica Blas Cañas, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Sociología, N° 4 – 5 AÑO III 1999.
- CASADO María. *Reproducción humana asistida: los problemas que suscita desde la bioética y el derecho*. Universitat de Barcelona. Departament de Sociologia i Metodologia de les Ciències Socials. 68/4. 08034 Barcelona. Spain.
<http://216.2.41.104search.www.bib.uab.es/pub/papers/02102n53p37.humana&h>
- CELY GALINDO, Gilberto. *Bioética y universidad. La universidad pertenece a la comunidad humana y a ella debe rendir cuentas*. En: Revista Orientaciones Universitarias. Universidad Javeriana. Bogotá. No. 35. 2004.
- GIDDENS, Anthony. *Vivir en una sociedad postradicional*, en Beck, Ulrich, Giddens, A. y Lash Scott. *Modernización reflexiva: política, tradición y estética en el orden social moderno*. Alianza Editorial. Madrid. 1997.
- GRACIA GUILLÉN, Diego. *Democracia y Bioética*. Acta bioética., 2001, vol.7, no.2. ISSN 1726-569X. <http://www.paho.org/Spanish/bio/publica.htm>
- HABERMAS, Jürgen. *Entre Democracia y Genética*. Entrevista con Alexandra Laignel-Lavastine. Trad. Ramon Alcoberro. Publicada en Le Monde, 20 de diciembre 2002.
- HABERMAS, Jürgen. *El futuro de la naturaleza humana. ¿Hacia una eugenesia liberal?* Trad. R.S. Carbó, Editorial Paidós, Argentina, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y Validez*. Traducción de Manuel Jiménez Redondo. Editorial Trotta. 3ª. Edición, Barcelona, España, 2001.
- HABERMAS, Jürgen. *Ciencia y técnica como "ideología"*, Madrid, Tecnos, 1992.
- JOUBE, Nicolás, Gerez, Gabriel y Saz, J. María. (coord.) *Genoma Humano y Clonación: perspectivas e interrogantes sobre el hombre*, Alcalá de Henares, Aula Abierta, 21, Universidad de Alcalá, 2003.
- JOUBE, Nicolas. "La vida humana: singularidad genética de principio a fin" Congreso Mundial. Universidad de Alcalá Madrid, España.
<http://www.provida/pensamiento/Publicaciones/NicolasJouve.htm>
- MATE, Manuel. *La Estructura Ética de la Especie*. Instituto de Filosofía CSIC.
- MÁRQUEZ. Rafael. Identificación Genética
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/salud/marquez>.

MELINA, Livio. *Reconocer la vida. Problemas epistemológicos de la Bioética. En A. Scola ¿Qué es la vida?. La bioética a debate.* Ediciones Encuentro, Madrid. 1999.

PAREJA Enrique. *Ética del uso de Embriones.* Departamento de Microbiología e Instituto de Biotecnología. UNIVERSIDAD DE GRANADA, España.

PÉREZ, Verónica, Rey, Cecilia; Silva, Florencia; Susena, Ximena *Bioética y Ética del Investigador. Ética y aplicaciones de la terapia génica,* Curso 2001.

ROBLES, Fernando 1998. *Responsabilidad versus irresponsabilidad organizada. Un dilema de las sociedades de riesgo, en Sociología y Política,* Nueva Época, Número 10, Universidad Iberoamericana de México

SANTIAGO, Manuel. *Una perspectiva acerca de los fundamentos de la Bioética.* Profesor asociado de Endocrinología (Universidad Autónoma de Madrid). Presidente de la Asociación Española de Bioética (AEBI).

SPAEMANN, R., "Sobre el concepto de dignidad humana", *Lo natural y lo racional,* Rialp, Madrid, 1989.

SUMMER, Susan. *Genética, Clonación y Bioética.* 2da. Edición. Editorial Biblos. Buenos Aires, Argentina, 1998

http://personales.ciudad.com.ar/M_Heidegger/tatian/introduccion1.htm

http://members.fortunecity.es/robertexto/archivo7/clon_y_manip3.htm

<http://www.xtec.es/~asarsane/habermas.htm>

<http://catios.udea.edu.co/~revudea/Habermas.html>

<http://www.monografias.com/trabajos14/manipul-genetica/manipul-genetica.shtml>

<http://www.cidb.org/Castellano/Publicaciones/Anuarios/anuario.html>

<http://www.ugr.es/~eianez/Biotecnologia/clonetica.htm>

<http://www.ugr.es/~eianez/Biotecnologia/clonetica.htm>

www.lafacu.com/apuntes/biología/gene/default.htm

<http://www.genetics-and-society.org/espanol/desafio.html>

LAS MODALIDADES DE FILIACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

YVETTE VELARDE D'AMIL

La filiación es la institución jurídica que consiste en establecer legalmente la relación de un hijo con su padre y con su madre.

Ahora bien, y partiendo del contenido del artículo 14 de la Constitución Española, que consagra el principio de igualdad ante la Ley en concordancia con su artículo 39.2 que equipara a los hijos, con independencia de su filiación, podemos concluir que todos los hijos, tendrán los mismos derechos frente a los padres sin importar su origen o de la forma en que quede atribuida su filiación.

En todo caso, las disposiciones generales en materia de filiación en el ordenamiento jurídico español, vienen determinadas por el artículo 108 y siguientes del Código Civil que dispone *“La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí. La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código”*

Sin embargo, este esquema en principio dual, establecido en el artículo 108 comentado, por la redacción dada al mismo por Ley 11/1981, de 13 de mayo que estipula dos tipos de filiación:

- filiación por naturaleza, que a su vez puede ser, matrimonial y no matrimonial; y
- filiación por adopción.

De manera tal, que se ha visto sustancialmente alterado por modificaciones normativas posteriores que han sido introducidas en la materia, bien a través de normas con rango de ley, (Ley 14/2006, de 26 de mayo, *sobre técnicas de reproducción humana asistida TRHA*), e incluso por normas de rango inferior a la ley (Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, *sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución*).

En definitiva, podemos afirmar, que en la actualidad coexisten en el ordenamiento jurídico español, por lo menos, cuatro tipos diferentes de filiación.

1.- Filiación por naturaleza o biológica.-

- Es aquella que tiene lugar por los medios naturales de concepción. Se produce, cuando un hombre y una mujer, casados o no entre sí, engendran a un niño, aportando sus respectivas células reproductivas masculinas y femeninas.

En este sentido, cuando los padres estén casados entre sí, la determinación de la filiación matrimonial se regirá por lo previsto en los artículos 115 y siguientes del Código Civil. No obstante lo dicho, también se considerará filiación matrimonial, cuando el matrimonio haya recurrido a las técnicas de reproducción humana asistida, según lo previsto en la referida Ley sobre TRHA:

- Cuando tanto la mujer progenitora como su marido hayan prestado su consentimiento formal, previo, libre, consciente y expreso para que se realice la fecundación con contribución de donante o donantes, quedará determinada la filiación matrimonial del menor nacido como consecuencia de la utilización de dichas técnicas reproductivas. Aunque ninguno de los miembros de la pareja haya aportado sus células biológicas, conforme pautan los artículos 6 y 8 de la LEY 14/2006 TRHA.
- También se admite por esta Ley, que en caso de premoriencia del marido, si consta que éste ha prestado su consentimiento en el documento a que se refiere el artículo 6.3; en escritura pública; en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los 12 meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer, la procreación así generada, surtirá todos los efectos de la filiación matrimonial, estando ante un caso particular de paternidad *post-mortem*

En esos casos, se presume otorgado el consentimiento anterior, si el cónyuge superviviente ya estuviera sometido a un proceso de reproducción asistida, antes de su fallecimiento.

Por el contrario, cuando los padres no estén casados entre sí, la filiación no matrimonial se determinará por lo previsto en los artículos 120 y

siguientes del Código Civil. No obstante, la Ley sobre TRHA, también prevé el supuesto de que una pareja no casada se someta, para tener descendencia, a las técnicas reproductivas reguladas por la Ley:

- El artículo 9.3 en relación con el artículo 8.2, de la Ley sobre TRHA, establece la posibilidad de que el varón no unido por vínculo matrimonial, con anterioridad a la utilización de las técnicas, pueda prestar su consentimiento a la fecundación con contribución de donante, por medio de documento extendido ante el centro o servicio autorizado. Dicho consentimiento se considerará escrito indubitado y servirá como título para iniciar el expediente de reconocimiento (artículo 49 de la Ley del Registro Civil), sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad.

2.- Filiación por adopción.-

En ocasiones, la filiación se obtiene por medio de la adopción. Esto decir, que consiste en la adquisición de vínculos parentales a través de un riguroso procedimiento administrativo y judicial en el que se atribuye por medio de sentencia judicial, la filiación a favor de la persona o pareja que se considere más idónea para el ejercicio de la patria potestad.

Más concretamente, es el segundo medio de determinación de la filiación consagrado en el artículo 108 del Código Civil. Es regulado por los artículos 175 y siguientes del mismo cuerpo legal.

En todo caso, este tipo de filiación adoptiva, lleva aparejada con carácter general, la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia biológica, integrándose con plenos derechos en la familia del adoptante o adoptantes.

3.- Filiación por afinidad.-

En cambio, nos encontramos ante una casuística muy particular contemplada en la Ley 14/2006 TRHA, en el apartado 3 de su artículo 7, redacción según Ley 3/2007, de 15 de marzo, *reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas*.

Más específicamente, en ella se permite que cuando una mujer estuviere casada y no separada legalmente o de hecho con otra mujer que dé a luz, la cónyuge de la parturienta pueda manifestar al Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, su consentimiento para que también se determine a su favor la filiación del hijo de su cónyuge.

Así, la Ley denomina este supuesto como “*filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida*”.

En este caso concreto, no podemos hablar de filiación ni por naturaleza o biológica, ni por adopción. Es una posibilidad prevista expresamente para que sea reconocida la filiación a favor de la cónyuge de la gestante, sin pasar por los trámites de la adopción.

Tampoco puede decirse que sea asimilable este supuesto a uno de los tipos de filiación por naturaleza o biológica, porque para la gestación se requerirá necesariamente de un donante (anónimo o conocido) de células reproductivas masculinas.

4.- Filiación por reconocimiento de resolución judicial extranjera.-

Por último, esta modalidad de filiación es introducida en Derecho español, mediante la publicación en el Boletín Oficial del Estado de 7 de octubre del 2010, de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, *sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución*. (IDGRN)

De esta manera, este tipo de filiación permite el reconocimiento por vía reglamentaria, de la maternidad/paternidad de los menores nacidos como consecuencia de acuerdos internacionales de maternidad subrogada, que sería considerado nulo de pleno derecho conforme al artículo 10 de la Ley 14/2006, *sobre técnicas de reproducción humana asistida*, vigente en la materia.

Y ello es así, porque la Exposición de Motivos de la referida Instrucción, parte del reconocimiento de la proscripción expresa de los contratos de gestación por sustitución en el ordenamiento jurídico español.

Al respecto, el artículo 10.1 de la Ley 14/2006 TRHA dispone claramente en su postulado:

“Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero...”

En la misma línea apunta la Instrucción cuando reconoce, que según el apartado 2 del artículo 10, que la filiación materna le corresponderá a la mujer que dé a luz:

“La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto...”

En cualquier caso, la categórica prohibición del citado artículo 10, no priva, sin embargo, de filiación a los menores producto de un acuerdo internacional de gestación por sustitución.

En consecuencia, lo que determina indubitablemente es que la maternidad, y por consiguiente, la filiación materna vendrá determinada por el parto. Esto es, que la mujer que dé a luz, será considerada la madre legal a todos los efectos.

Por otra parte, el tercer apartado del artículo 10, como reconoce la Instrucción en su Exposición de Motivos, admite que la filiación paterna pueda determinarse a través de los mecanismos que establece el ordenamiento civil:

“Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”

Además, la Exposición de Motivos continúa describiendo las vías legales que establece la legislación española para la atribución de la paternidad:

“Esta previsión legal contempla la posibilidad de atribuir la paternidad del nacido mediante esta técnica, por los medios ordinarios regulados en nuestra legislación, permitiendo la inscripción del menor en el Registro Civil. En efecto, el artículo 10.3 de la Ley 14/2006, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, permite el ejercicio tanto de la acción de reclamación de la paternidad correspondiente al hijo como la de reclamación por parte del padre biológico de la filiación paterna. Las acciones a las que se refiere el precepto referido son las generales de determinación legal de la filiación, reguladas en los artículos 764 y siguientes de la LEC, siendo competentes los Tribunales españoles, en virtud de los criterios sobre competencia judicial internacional fijados en el 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”.

En este sentido, también serán de aplicación los artículos 120, 175 y siguientes del Código Civil, aunque no los mencione la Instrucción.

A la vez, téngase en cuenta que la Instrucción pretende dar respuesta a los recursos interpuestos contra resoluciones de distintos Encargados de Registros Civiles consulares por la denegación de la inscripción de los nacidos como consecuencia de contratos de gestación por sustitución suscritos en el extranjero por ciudadanos españoles, en los que las madres incubadoras han renunciado a su filiación materna.

Ahora bien, la Dirección General de los Registros y del Notariado, dicta esta Instrucción al amparo de las competencias que le atribuye en materia de Registro Civil, el artículo 9 de la Ley del Registro Civil y el artículo 41 de su Reglamento.

Además, en estas disposiciones se establece que los Encargados de los Registros Civiles Consulares deberán cumplir, en los asuntos referentes al Registro Civil, las Órdenes e Instrucciones que dicte dicho Centro Directivo.

Por otro lado, los Encargados de los Registros Civiles Consulares están vinculados igualmente, por el artículo 23 del mismo cuerpo legal y por los artículos 81 y 85 del Reglamento del Registro Civil, que les impone la obligación de comprobar previamente, que se ajusta a la legalidad española, toda solicitud de inscripción de nacimiento que se presenta a su calificación. Por consiguiente, cuando constaten que la solicitud es producto de un contrato de gestación por sustitución, expresamente prohibido por una ley española vigente, deberán, consecuentemente, denegar la inscripción. Es una situación contradictoria a la que deberán dar respuesta en cada supuesto concreto.

Obviando la disyuntiva a la que se enfrentan en su labor calificadora, los Encargados de los Registros Civiles Consulares de las ciudades donde la maternidad subrogada es una práctica regulada legalmente. La Instrucción dispone que *“Atendiendo a la finalidad de dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor, así como de otros intereses presentes en los supuestos de gestación por sustitución, resulta necesario establecer los criterios que determinen las condiciones de acceso al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante esta técnica de reproducción asistida”*.

En cambio, el primero y más importante de estos criterios es ***“La inscripción de nacimiento de un menor, nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución, sólo podrá realizarse presentando, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido”***.

Pero para ello, en la resolución judicial ha de constar, entre otros aspectos, la identidad y la renuncia a la maternidad de la madre gestante así como la verificación de que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores.

En cualquier caso, la publicación de la Instrucción comentada, ha supuesto una profunda transformación en la concepción tradicional de los

mecanismos legales para la determinación de la filiación en nuestro ordenamiento jurídico.

Y ello es así, porque en Derecho español, únicamente la Ley 14/2006 TRHA se refiere de manera explícita a la maternidad subrogada considerando nulo de pleno derecho todo acuerdo gratuito u oneroso, por el cual una madre dé a luz y renuncie a su filiación materna, a favor de los contratantes o de un tercero.

En consecuencia, la madre legal será, conforme el espíritu de esta ley, la que haya parido. No obstante lo cual, en su apartado 3, el artículo 10, reconoce el derecho a la reclamación de la paternidad del padre biológico conforme a las reglas generales. El texto del artículo 10 es de una claridad meridiana.

En el mismo sentido, esto es, en considerar que la denegación de inscripción por parte de los Encargados de los Registros Civiles Consulares, de menores nacidos como consecuencia de contratos internacionales de gestación por sustitución, contrato prohibido en la legislación española, se ajusta a Derecho, ha sido la línea jurisprudencial mantenida en la materia.

Al respecto, la Sentencia de 15 de septiembre de 2010, del Juzgado de Primera Instancia N° 15 de Valencia, procedimiento 188/2010, dispone que:

Fj 3 "...El artículo 10 establece la nulidad del contrato de gestación por sustitución con independencia de que medie o no precio, es verdad, tal como argumenta el abogado del estado, que la declaración de nulidad del contrato no lleva aparejada en dicho texto legal sanción administrativa alguna ni la celebración del mismo tiene trascendencia penal pero ello significa simplemente que el acuerdo de voluntades que supone el contrato no tiene sanción, pero no implica que no tenga trascendencia jurídica alguna, no ya la celebración en sí mismo, sino su resultado, los hijos nacidos por gestación de sustitución, expresamente establece la ley, que su filiación será determinada por el parto, es decir que la filiación del menor así engendrado se otorga por disposición de la ley a la madre que lo ha dado a luz, lo que supone que la ley española prohíbe expresamente que la filiación en casos de gestación por sustitución no se inscriba a favor de persona que lo ha parido, en conclusión la legislación española prohíbe la gestación por sustitución y puesto que el encargado del registro civil consular debe conforme al artículo 23 de la LRC examinar la legalidad conforme a la Ley española del certificado extendido en Registro extranjero con carácter previo a su inscripción en el Registro Civil español, al estar prohibida en

España la gestación por sustitución debe impedirse el acceso al registro de la inscripción así intentada”.

En la misma línea y confirmando lo dispuesto por la Sentencia anterior, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 23-11-2011, número 949/2011 826, que a su vez dispone que:

Fj 2: También desde el punto de vista del llamado método del reconocimiento de las decisiones extranjeras, adoptado por la parte recurrente, que implica la consideración de las certificaciones registrales extranjeras como auténticas decisiones susceptibles de ser incorporadas al ordenamiento español, con los efectos en cada caso pertinentes, y que resultan de la aplicación de la norma de conflicto propia del Estado de origen, existen importantes obstáculos a la inscripción en Registro Civil español de la filiación pretendida, aun sin exigir, como preconiza este método, que la decisión extranjera coincida con la que se hubiera adoptado aplicando el Derecho español. Estos obstáculos radican en la infracción por la certificación registral californiana del orden público internacional español (tal como prescriben para sus respectivos ámbitos los artículos 954-3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.881 y el artículo 23 de la ley de Adopción Internacional y 34-1 del Reglamento 44/2001); y vienen a coincidir con las razones que llevaron al legislador español a prohibir, conforme al Derecho actualmente vigente en España, el contrato de gestación subrogada o por sustitución; en concreto, se trata de los problemas que suscita esta figura en relación con principios tales como el que la persona humana no puede ser objeto del comercio de los hombres, o lo que es lo mismo, que el niño no puede ser objeto de transacción, así la propia dignidad de la persona. principios reflejados, además de en el artículo 10-1 de la Constitución, en su artículo 15, que reconoce el derecho a la integridad moral, el artículo 39-2 de la misma norma fundamental, que proclama que los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos y de las madres cualquiera que sea su estado civil, el artículo 1.271 del Código Civil, que prescribe que pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres y el artículo 1.275 del mismo cuerpo legal, que impide la producción de efectos a los contratos con causa ilícita. Incluso puede considerarse al artículo 10 de la ley 14/2006 como una norma de policía, en el sentido del artículo 9-1 del Reglamento 593/2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: "una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, basta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación."

Se puede concluir, que el medio de determinación de la filiación de los menores nacidos en el extranjero, reconocida por resolución judicial de

Tribunal competente extranjero, en los supuestos en que ciudadanos españoles han recurrido a un contrato de gestación por sustitución de carácter internacional, es el introducido por la Instrucción.

La idea general, supone dotarlos de un marco normativo, aunque a través de una norma de rango inferior, contraviniendo lo expresamente prohibido por una ley.

¿Cómo se demuestra que uno de los progenitores es de nacionalidad española? La Instrucción no hace referencia a la necesidad de prueba de paternidad. No se exige constancia biológica que demuestre que el ADN de alguno de los padres intencionales ha sido aportado en la concepción.

¿Sólo se considera la nacionalidad española de alguno de los padres de deseo –los contratantes--por el hecho de figurar como padres en la resolución judicial que les atribuye la filiación de los menores producto de un contrato de gestación por sustitución?

Es así, como a la vista del desarrollo jurisdiccional concluimos que lo previsto en la Instrucción, permite que cualquier pareja sea homosexual femenina o masculina, o heterosexual e incluso hombres o mujeres solos, adquieran la paternidad/maternidad de los menores fruto de contratos de gestación por sustitución acordados en el extranjero, por el sólo hecho de haber suscrito el acuerdo y pagado el precio convenido.

En estos casos y dada la variada casuística de los contratos de gestación por sustitución puede ocurrir, por ejemplo, que la madre incubadora no haya aportado su óvulo, y que tampoco los padres de deseo (los que contratan la maternidad subrogada) hayan aportado sus células reproductivas. Por consiguiente, éstos adquirirán la filiación del menor sin que se exijan necesaria u obligatoriamente vínculos biológicos (filiación por naturaleza); ni de afinidad (filiación por afinidad) y sin pasar y superar los rigurosos trámites de la adopción, para ser considerados idóneos por un Juez (filiación por adopción).

Ahora bien, la Instrucción señala que para dotar de plena protección jurídica el interés superior del menor, se deberá cumplir con *“la exigencia de que no se haya vulnerado el derecho del menor a conocer su origen biológico, según se expresa en el artículo 7, número 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, artículo 12 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, así como en Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999”*.

Dicha Sentencia dispone que:

Fj 5: "...Sin embargo, en la actualidad, y tras la vigencia de la Constitución de 1978 entendemos que tal limitación, elusiva de la constancia clínica de la identidad de la madre, ha quedado derogada por su manifiesta oposición a lo en ella establecido, y no debe ser aplicada por los Jueces y Tribunales (artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), siendo nulos, por ende, los actos producidos bajo su cobertura. En concreto, el sistema diseñado en los artículos 167, 182 y concordantes del Reglamento del Registro Civil, y sus disposiciones de desarrollo pugnan con el principio de libre investigación de la paternidad (artículo 39-2 de la Constitución española), y con el de igualdad (artículo 14), además de erosionar gravemente el artículo 10 de la Constitución Española, al afectar a la misma dignidad de madre e hijo, a sus derechos inviolables inherentes a ella, y al libre desarrollo de su personalidad y al mismo artículo 24-1 en cuanto resulta proscriptivo de la indefensión. La coincidencia entre filiación legal y paternidad y maternidad biológica deben ser totales. Esta es la base desde la que decae la regulación reglamentaria permisiva de tal ocultación. Y desde ella deben ser contrastados sus elementos restrictivos. En líneas generales la regulación reglamentaria del Registro Civil supone una contradicción con el principio constitucional de igualdad e investigación libre de la paternidad, al situar a la madre biológica en situación relevante frente al padre, e incluso frente al mismo hijo, ya que al padre se le puede imponer coactivamente la paternidad, en tanto que la madre, que puede determinar libremente si va a continuar la gestación o cortar por completo sus relaciones con la persona nacida, tiene el camino despejado para eludir sus obligaciones. El hijo biológico, además, pierde por completo el nexo que le permitiría, en su momento, conocer su verdadera filiación, debido a un acto voluntario de la madre, expresivo de su no asunción de la maternidad y sus responsabilidades inherentes. Por último, el sistema encierra graves discordancias, no sólo con relación a los mismos padre e hijo biológicos, sino también frente a la unión matrimonial, en la que la madre no puede renunciar a su maternidad ni negar al hijo el hecho de su filiación, ni el padre deshacer por sí solo la presunción de su paternidad, lo que no resulta constitucionalmente congruente máxime, cuando las investigaciones científicas tienden, en la actualidad, a poner de relieve las interrelaciones biológicas que se desprenden de los antecedentes genéticos y su influencia, de manera, que cabe hablar del derecho de las personas a conocer su herencia genética. El sistema recientemente acogido por la Instrucción de 15 de febrero de 1999 sobre constancia registral de la adopción, que posibilita la cancelación de la inscripción principal de nacimiento, abriéndose una nueva, con un régimen de publicidad limitada de la inicial, trasladable al ámbito en que nos encontramos, sí sería admisible y compatible con el respeto a los principios constitucionales que hoy quedan en entredicho. La Sala, por tanto, estima, de conformidad con el Ministerio Fiscal, que el artículo 47 I de la Ley de Registro Civil de 8 de junio de 1957, (y sus concordantes) están derogados por inconstitucionalidad sobrevenida, en el particular, que permite

interpretaciones reglamentarias que hagan depender de la voluntad de la madre, la circunstancia registral de la maternidad. En consecuencia se consideran inaplicables, por derogación de la cobertura legal, en el mismo sentido, los artículos 167 y 187 del Reglamento.

Por otro lado, todo esto nos plantea las siguientes reflexiones que, desde el punto de vista jurista, habrán de responderse adecuadamente.

¿Cómo puede cohonestarse ese derecho del menor a conocer su origen biológico, con un contrato de gestación por sustitución que se caracteriza por la renuncia de la madre gestante a su filiación materna y por la consiguiente entrega del menor a los padres intencionales?

También, piénsese en las siguientes circunstancias y su incidencia negativa en el derecho del menor a conocer sus orígenes biológicos:

Ante una resolución judicial extranjera en la que se ordena :

- que se expida el certificado de nacimiento, donde ya no se hace mención alguna a la madre incubadora, y
- que en el acta de nacimiento del hospital tampoco se haga ninguna referencia a la madre gestante y sólo al padre o padres de deseo, que posteriormente le inscribirán.

En ocasiones, si sólo uno o ninguno de los padres intencionales ha aportado sus células reproductivas en la fecundación del óvulo que posteriormente es implantado por inseminación artificial o por fecundación *in vitro* a la madre incubadora.

¿Y si su concepción ha sido producto de donaciones anónimas de gametos femeninos y masculinos?

¿Cómo puede ese menor ejercer su derecho a conocer sus orígenes biológicos, si su derecho a su identidad se ve afectado por el propio modo en que ha sido concebido, gestado y por las condiciones de su nacimiento?

Por el contrario, la filiación como institución tuitiva, tiene como finalidad primordial, proteger el interés superior del menor.

En consecuencia, el reconocimiento de la maternidad/paternidad en Derecho español, suele ir rodeada de una serie de cautelas:

- A través de las acciones de reconocimiento, de las pruebas de paternidad, (filiación por naturaleza o biológica);

- Mediante una serie de complejos trámites de selección para que a criterio del Juez, quede demostrada la idoneidad o no de la pareja o de la persona, para convertirse en madre y/o padre de un menor a través del procedimiento de adopción (filiación por adopción).

A fin de garantizar dicha institución y en aras a la protección de ese interés superior, han sido previstos por el legislador, una serie de mecanismos para salvaguardar al menor y poder determinar si quienes tienen la condición de progenitores (biológicos o adoptivos), cumplen con los deberes y obligaciones inherentes a la patria potestad.

En caso de incumplimiento, podrán ser sancionados civilmente, con la mayor de las penas infligidas a un progenitor: la privación total o parcial de la patria potestad, (artículo 170 Código Civil) con el consiguiente y necesario nombramiento de una persona que los sustituya, el tutor, y que a juicio del Juez, pueda llevar a cabo con las garantías que exige nuestro ordenamiento jurídico, la responsabilidad de velar y de proteger al menor de edad.

Reflexiones finales

Y cabría reflexionar,

Si en Derecho español, existen medios para proteger a los menores de negligencias, abusos o situaciones de desamparo, cuando quienes los cometen o quienes incumplen los deberes y obligaciones ínsitos en la patria potestad, son o pueden ser, ya los padres que los han engendrado, o bien las personas que han sido consideradas idóneas por un Juez para la adopción.

Sin embargo, y teniendo en cuenta los Valores Superiores de Libertad, Justicia e Igualdad, consagrados en el artículo 1.1 de la Constitución Española ¿no supone un contrasentido, una situación de privilegio para los adultos, padres intencionales, en perjuicio del interés superior del menor, que se admita la determinación de la filiación de ese menor a su favor, por el sólo hecho de contratar el embarazo y el parto, a través de un contrato de maternidad subrogada?

En el mismo sentido, la situación prevista por la IDGRN, norma reglamentaria, contraviene la prohibición expresa de una ley vigente, la LTRHA. Alterando el sistema de fuentes previsto en nuestro ordenamiento jurídico. Lo que supone la vulneración del principio constitucional de jerarquía normativa.

Asimismo, es un motivo de desigualdad entre los españoles, ya que únicamente podrán beneficiarse de que la filiación de los menores nacidos como producto de contratos internacionales de maternidad subrogada, sea determinada a su favor, aquellos ciudadanos españoles que puedan afrontar los cuantiosos gastos económicos que entraña todo el proceso y que se ha dado en llamar *turismo reproductivo* (viajes al extranjero para suscribir el contrato de gestación por sustitución; la elección de la madre incubadora con el consiguiente acuerdo económico; desplazamientos periódicos para comprobar el desarrollo del embarazo; el viaje final para asistir al parto y recoger al menor; la tramitación de la documentación correspondiente que permita su inscripción como hijo de la pareja/persona contratante en el Registro Consular de que se trate, etc.).

Además, podría interpretarse que los ciudadanos españoles que a sabiendas o no de la prohibición expresa de la LTRHA, suscriben un contrato de gestación por sustitución de carácter internacional, podrían estar incurriendo en fraude de ley.

A la luz de la Instrucción comentada, está permitida la posibilidad de determinación de la filiación por el sólo hecho de contratarla mediante un contrato internacional de gestación por sustitución en el extranjero. Así lo prevé la Instrucción de la Dirección General, siempre que se acompañe a la solicitud de inscripción de nacimiento del menor, una resolución judicial de Tribunal competente, que así lo establezca. (Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado) No existiendo ni exigiéndose a los padres intencionales, vínculos biológicos, ni relaciones de afinidad, ni sometimiento al procedimiento de evaluación judicial de la adopción.

Y ello es así, dado que en la resolución judicial extranjera se declaran extintos los derechos de la madre incubadora y de su eventual pareja y se

atribuye la maternidad/paternidad al padre o padres de deseo, determinándose a su favor, la filiación de los menores nacidos como consecuencia de un contrato internacional de gestación por sustitución.

Así las cosas y mientras no sea modificado el artículo 10 de la LTRHA, reconociendo la validez de los contratos de gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico, corresponderá al Encargado del Registro Civil Consular español de que se trate, garantizar el respeto a la legalidad vigente. Comprobando que toda solicitud de inscripción de nacimiento que se presente para su calificación, se ajusta al Derecho español. Si comprueba que la solicitud en cuestión, es producto de un contrato de gestación por sustitución, prohibido en nuestro ordenamiento jurídico, deberá denegarla. Cumpliendo así con lo dispuesto por el artículo 23 de la Ley del Registro Civil y en los artículos 81 y 85 de su Reglamento, en concordancia con lo previsto en el artículo 10 de la Ley 14/2006.

LAS MEDIDAS ANTIDUMPING COMO AMENAZA A LA LIBERTAD DE LOS MERCADOS EN PANAMÁ

ILKA GISSELL GARIBALDO RIVERA

1.- INTRODUCCIÓN

El comercio es la actividad socioeconómica que mueve el mundo. El intercambio de bienes y servicios, a grandes y pequeñas escalas, permite no sólo a los individuos sino también a los países, desarrollar sus mejores capacidades y explotar sus recursos con la finalidad de ser económicamente sostenibles.

En la actualidad se hace necesario que este intercambio sea cada vez más dinámico para facilitar el desarrollo económico en un mercado libre y competitivo, y por ello, se han cimentado sobre estas bases muchos principios que favorecen estas relaciones, entre los cuales se encuentra la libertad de los mercados.

La libertad de mercado se resume en algo muy sencillo: por un lado, los productores poseen la libertad para producir un bien o servicio, con las características y precios que ellos consideren mejor; y por otro, los consumidores tienen la posibilidad de elegir los productos o servicios que consideren los mejores para satisfacer sus necesidades.

Sin embargo, los creadores de políticas económicas a nivel internacional se han percatado que algunos agentes económicos buscan sacar provecho, en algunos casos, injustos, de sus ventajas en cuanto al comercio, y por esto se han creado normas y leyes que imponen restricciones a ese intercambio y otras, que protegen a las industrias de las prácticas desleales de comercio.

La presente investigación tiene como finalidad ofrecer una visión para determinar si las medidas antidumping resultan en efecto un medio adecuado para la protección de industrias nacionales ante el comercio desleal o si son más bien una barrera al libre comercio de los mercados.

2.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El comercio internacional es el mecanismo más útil de desarrollo económico del país, sin embargo, para enfrentar los nuevos retos que exige un mundo globalizado debemos prepararnos para enfrentar las exigencias de los mercados en vista de que aún somos una nación en vías de desarrollo. Una manera de hacerlo es a través de la política económica.

Una política económica. que ha resultado poco conveniente a nivel práctico han sido las medidas antidumping, las cuales aunque están reguladas sobre la base de acuerdos multilaterales internacionales tienen una norma y procedimientos propios de aplicación en nuestra legislación. Las medidas antidumping, como actualmente se encuentran reguladas en la mayoría de los países, y en Panamá, que no se escapa a esta realidad, pueden llegar a ser un freno a las importaciones si se utilizan de manera abusiva o incorrecta representando un obstáculo más al comercio. Esto, en razón de que la aplicación o no de estos derechos son objeto de la razonabilidad de los gobiernos, que pueden como en la mayoría de los casos sucede, ver en dichas medidas una alternativa proteccionista para la industria doméstica frente a la competencia comercial internacional.

3. - HIPÓTESIS

Sin distorsionar la finalidad principal que tiene la aplicación de medidas antidumping para las empresas que cometen prácticas desleales de comercio, la revisión integral de nuestra norma jurídica en esta materia, sería un mecanismo fortalecedor de la política económica sobre libre competencia de los mercados, además que el replanteamiento también representaría una verdadera protección a la industria nacional en nuestro país.

4.- JUSTIFICACIÓN

Panamá posee una posición estratégica que promueve de manera directa e indirecta el comercio de bienes y servicios. En este sentido, las políticas públicas, en materia económica, deben ser eficientes y dinámicas para proveer a este sector un impulso determinante para el desarrollo creciente y sostenible del país que beneficie a todos.

Las medidas antidumping deben ser revisadas ya que como políticas económicas no deben prestarse para ambigüedades; deben eliminar incertidumbres y disminuir los costos de transacción.

Una ley clara, donde no haya cabida a la interpretación por conveniencia y donde se ataque realmente el dumping con intención monopolística, podría no sólo acabar con las prácticas desleales de comercio, sino elevar a los productores nacionales a prepararse para ser más eficientes y competitivos frente a la producción extranjera. Por eso nuestro enfoque no sólo intenta dejar claro que la norma vigente puede no

representar la mejor forma de atacar el dumping, sino definir qué tipo de dumping es el que realmente ataca la industria doméstica.

5. OBJETIVOS DEL PROYECTO DE INVESTIGACIÓN:

5.1. Objetivo general

- a. Brindar una nueva perspectiva sobre las medidas antidumping y el establecimiento de reglas claras para la promoción y protección de la producción nacional, así como para el intercambio comercial de las mercancías y servicios del país.

5.2.- Objetivos específicos

- a. Establecer las diferentes clases de dumping y cuál de ellas afecta verdaderamente la industria nacional de producción.
- b. Exponer la normativa vigente en materia de dumping y sus deficiencias.
- c. Crear conciencia sobre la importancia de la influencia de las políticas económicas en el desarrollo socioeconómico del país.

6.- MARCO REFERENCIAL

El tema del dumping es "(...) uno de los más candentes y conflictivos en la agenda internacional"¹. Las polémicas discusiones en torno al mismo tuvieron sus inicios a comienzos del siglo XX hasta la Segunda Guerra Mundial, y desde entonces no hay una postura unánime a su favor.

La primera ley antidumping aparece en Canadá en 1904 en una lucha por combatir la competitividad proveniente de los Estados Unidos. En esa medida, muchos países siguiendo la línea fueron adoptando sus normas para la protección de sus industrias en un intento de acabar con lo que realmente consideramos una amenaza al comercio: el monopolio, lo que al parecer fue el fundamento que propició las medidas antidumping, y que pretendemos reforzar con nuestra postura, pero que se ha distorsionado con el pasar los años.

¹ SEADE, JESÚS (1995). Las prácticas comerciales desleales en el GATT de hoy y de mañana. *Prácticas desleales del comercio internacional (antidumping)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 399.

Es así como continuó promoviéndose la adopción de los derechos antidumping, y no es hasta 1947, con la creación del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, cuando se empieza a regular sobre el dumping de manera internacional.

No es nuestra intención, con esta análisis, exponer al detalle los antecedentes de la figura, ya que aunque resultaría de gran interés conocer el desarrollo e inserción de las medidas a nivel internacional, existe una gran variedad de literaturas al respecto y nos llevaría mucho contenido que no aportan relevancia a nuestra investigación. De esta manera, pasamos a resumir cómo nuestra legislación sobre el dumping fue desarrollándose.

La legislación en materia de dumping en nuestro país se inició con el Decreto de Gabinete N° 15, de 13 de mayo de 1987, por el cual se establecían medidas en materia aduanera para contrarrestar prácticas desleales en el comercio internacional. Luego de la aparición de cambios consagrados en la Ronda de Uruguay en 1994, se aprueba la Ley 29 del 1ero de febrero de 1996. Esta ley contiene otros aspectos relevantes tales como el monopolio, las salvaguardias, la protección al consumidor, etc.

En el mes de julio de 1997, nuestro país contempla su proceso interno para hacerse miembro de la OMC, mediante la expedición de la Ley 23 de 1997, por la cual se aprueba el Protocolo de Adhesión al Acuerdo de Marrakech que crea la OMC, del cual forma parte el Código Antidumping.

Con esta ley de 1996, se atribuía a la Comisión de Libre Competencia y Asuntos al Consumidor (CLICAC), hoy en día ACODECO, la competencia para la investigación de casos de dumping en Panamá. En su Título III, "De las prácticas de comercio desleal" se normaba todo el procedimiento y lineamientos a seguir en materia de dumping para llevar a cabo una investigación, definía conceptos y finalmente establecía la vía jurisdiccional para el tratamiento e imposición de medidas antidumping. Además, en su parte final, la ley disponía la creación de nuevos juzgados de ramo civil que conocerían de estas causas y todo el procedimiento judicial que se debía llevar a cabo para la imposición de los derechos antidumping.

Luego de esto, en el 2006, se da una serie de cambios en la legislación y se separan las competencias de asuntos del consumidor de los temas de protección a la industria nacional. Lo más relevante y atinado, luego de una profunda reflexión, fue la salida del ámbito judicial en el tratamiento de estas medidas y su traspaso a la vía administrativa por

conducto del Ministerio de Comercio e Industrias, mediante el Decreto Ley No. 7 del 15 de febrero de 2006, que establece normas para la protección y defensa de la producción nacional y dicta otras disposiciones, lo que trae consigo la intención de hacer más rápida la solución de los conflictos en esta materia.

A pesar de esto, se siguen teniendo en cuenta los acuerdos internacionales de la OMC² que regulan los conflictos o solicitudes presentados de modo general por los países³ y que se basan en el consenso de los países contratantes para este tipo de prácticas. todas estas normas, nos apoyaremos para el análisis de nuestra investigación.

7.- CONTENIDO: ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO SOBRE LAS MEDIDAS ANTIDUMPING.

Como bien escribe Posner, "(...) en la convicción de que la Economía es una herramienta poderosa para analizar una vasta gama de interrogantes legales que la mayoría de los abogados y estudiantes de Derecho-aún los muy brillantes-tienen dificultad en relacionar principios económicos con problemas legales concretos"⁴ cabe proponer un análisis económico a las leyes antidumping que son tan debatidas por su impacto al comercio internacional.

Las ideas que desarrollaremos a continuación tienen por objeto, en primer lugar, fundamentar la existencia de políticas contra la práctica de comercio desleal en cuanto a discriminación de precios se refiere. Como segundo punto se busca determinar si las medidas contra dichas prácticas que se han establecido en nuestra normativa jurídica panameña, representan una solución realmente eficiente para los mercados; es decir, si las consecuencias de las normas antidumping son realmente eficientes en la productividad, la competitividad, y el comercio de las empresas.

La competencia externa, cuando se da en condiciones legales y no abusivas, contribuye a una mejor y más eficiente asignación de los recursos. Sin embargo, figuras como la que estamos estudiando junto con las subvenciones, afectan negativamente la libertad de la empresa y la óptima asignación de dichos recursos. En este sentido, afirmamos que las

² Un desarrollo detallado de estos acuerdos se puede encontrar en la página web de la Organización Mundial del Comercio. Disponible en: http://www.wto.org/spanish/tratop_s/adp_s/antidum3_s.htm

³ Para mayor información sobre el procedimiento de resolución de controversias entre países referirse a los documentos publicados por la OMC. Disponible en: http://www.wto.org/spanish/tratop_s/adp_s/adp_info_s.htm

⁴ POSNER, RICHARD (2008). *El Análisis Económico del Derecho*. Segunda edición. USA. Fondo De Cultura Economica Página No. 11

medidas adoptadas frente a las empresas que cometen ese tipo de prácticas también pueden llegar a distorsionar el comercio libre internacional.

Las prácticas de comercio desleal afectan las economías de los distintos países, por lo cual cada gobierno debe estar anuente a prevenir este tipo de práctica como lo es el dumping. La Organización Mundial del Comercio ha establecido parámetros generales que deben seguir los países para contrarrestar los efectos que puedan causar estas prácticas y los diferentes países a su vez, han establecido normas con lineamientos y políticas internas que regulan estas instituciones.

Dentro de este trabajo, son varios los bienes jurídicos que entran a discusión y sobre los cuales se basa nuestro análisis. Primero, la libre competencia, ya que lo que busca la legislación que regula estas prácticas es estimular y proteger la libertad de mercados, el interés del consumidor, que se desprende del anterior ya que a largo plazo, la protección de la libre competencia conlleva el máximo beneficio para el consumidor, y por último, el interés del productor, ya que para la aplicación de derechos antidumping se debe comprobar el nexo causal entre el precio y el daño a la industria nacional. En este punto es importante destacar que no es únicamente el daño causado a la industria sino su nexo con el precio, puesto que en algunos casos el productor nacional se puede ver perjudicado porque otro país exporta a precios muy bajos que le significan pérdidas internas debido a que es más eficiente o posee ventajas comparativas respecto de los diversos mercados.

A continuación entraremos a detallar de qué se trata la institución jurídica escogida tanto desde el punto de vista jurídico como económico, no sin antes establecer una clara definición de lo que es para nosotros la libertad de los mercados.

7.1. Libre competencia de los mercados

La libertad de mercado, como expusimos en la parte introductoria de nuestra investigación es el bien jurídico más importante para la economía. Los Estados y organismos internacionales de comercio velan por su cumplimiento ya que se ha demostrado que gracias a ella, los países pueden explotar y asignar de manera correcta sus recursos. La libertad de mercado no es más que la libre oferta y demanda.

Resumimos esta definición así: La oferta y la demanda “(...) son las fuerzas que hacen que las economías de mercado funcionen. Determinan la cantidad producida de cada bien y el precio al que se vende. Si queremos saber cómo afectará a la economía un acontecimiento o una

medida económica, debemos pensar primero cómo afectará a la oferta y la demanda.”⁵

Creímos importante definir este concepto antes de empezar ya que deseamos apuntar cómo las políticas económicas que adopten los países inciden en la libertad de mercado: “En las economías de mercado, los precios son las señales que guían las decisiones económicas y asignan de esa forma los recursos escasos. El precio de todos y cada uno de los bienes de la economía garantiza que la oferta y la demanda se encuentran en equilibrio...”⁶

7.2. El dumping

El dumping se define como aquella discriminación de precios en la cual se vende un producto en el extranjero a precios inferiores a los del mercado nacional, causando un daño a la industria nacional.

7.2.1. Elementos del dumping

Los elementos del dumping según la Ley de Comercio Exterior son:

- a.) Precios por debajo del valor normal, que está definido como el precio comparable a un producto idéntico o similar destinado al mercado interno del país de origen en el curso normal de sus operaciones.
- b.) Daño. Que las importaciones del producto objeto de dumping, causen, amenacen con causar daño a la industria nacional o que se obstaculice la creación de nuevas ramas de la industria.
- c.) Nexo causal: es el vínculo o relación causal del precio y el daño a la industria.⁷

7.2.2. Tipos de dumping

- a.) **Esporádico:** es aquel tipo de dumping en el cual la empresa al tener un excedente de producción destina sus mercaderías a la exportación para canalizarlas, y establece un precio bajo que le

⁵ MANKIW, GREGORY (2002). *Principios de Economía*. 2da. Edición. Madrid (España). Editorial Mc Graw-Hill, pág. No. 41.

⁶ *Ibíd.* Pág. 55.

⁷ Los elementos del dumping que se mencionan en esta investigación son un resumen de aquellos elementos encontrados en la mayoría de los textos que recogen información sobre el Dumping, incluyendo los textos jurídicos de la OMC.

resulta eficiente a dicha empresa; sin embargo, es bajo en comparación con la industria doméstica.

- b.) **Predatorio:** Es ésta la realmente clasificada como práctica desleal de competencia y como la forma más dañina de dumping. Consiste en la venta por parte del exportador de la producción en el mercado externo, logrando una pérdida, pero ganando acceso al mismo y excluyendo así la competencia: un monopolio, en pocas palabras.
- c.) **Persistente:** Es cuando una empresa monopolista en busca de maximizar su eficiencia hace uso de sus ganancias y se percata de que el mercado doméstico y extranjero están desconectados debido a costos de transporte, barreras, aranceles entre otros. Otros autores han profundizado en el tema brindando una clasificación más extensiva.⁸

7.3. Análisis económico: ¿Cómo afectan las medidas antidumping la libre oferta y demanda?

analizado desde el punto de vista económico, el dumping puede ser engendrado debido a varios factores:

- a.) Puede tratarse de una conducta monopólica en que frente a mercados diferentes se discriminará en los niveles de precios dependiendo de los niveles de la elasticidad de la demanda en los respectivos mercados.
- b.) Una conducta esporádica, en la que se quieren liquidar mercaderías sin provocar una guerra de precios en el mercado interno del país exportador.
- c.) Otra alternativa es la de una estrategia de penetración en mercados extranjeros, ya sea simplemente por entrar a ellos, eliminando competencia para obtener una posición monopólica y posteriormente abusar de ella.

Como ya mencionamos, el dumping es considerado como una práctica desleal de comercio internacional y para contrarrestarlo se han desarrollado en los países lo que llamamos leyes antidumping las cuales permiten la aplicación de ciertos derechos especiales de importación diferentes a los de aduana (derechos antidumping) con el fin de paliar los

⁸ La clasificación de tipos de dumping en esta investigación responde a los tipos reconocidos por la OMC en esta materia. Sin embargo, una exposición importante y de gran referencia ha sido la realizada por GUITÉRREZ SOLSONA, FERNANDO. *Medidas antidumping. Instrumento del neoproteccionismo*. Recuperado el 20 de Abril de 2014 desde: <http://eprints.ucm.es/6594/1/9434.pdf>

efectos negativos que pudieran tener estas importaciones sobre los productores locales.

En Panamá, las normas “antidumping” se encuentran recogidas en el Decreto-Ley No. 7 del 15 de febrero de 2006 “(...) que establece normas para la protección y defensa de la producción nacional y dicta otras disposiciones”⁹ y es el Ministerio de Comercio e Industrias, la institución encargada de velar por dicha regulación, que en su parte general se desprende de la base de los acuerdos internacionales del GATT y la OMC. Por otro lado, el MICI es responsable de atender las solicitudes de dumping que se presenten y preparar los informes correspondientes al Consejo de Gabinete, quien finalmente decide las medidas o derechos antidumping que se impondrán a las empresas que cometan el dumping.

El procedimiento típico para imposición de medidas antidumping empieza de oficio ó a solicitud de parte, con las denuncias efectuadas ante la autoridad competente, en este caso el MICI, por productores domésticos (de un producto similar ó idéntico) que consideran que sufren un daño como consecuencia de importaciones realizadas en condiciones de dumping. La producción colectiva de los denunciados debe constituir un 25% o más de la producción total de dicho producto. La investigación administrativa se inicia previa comprobación de los elementos abordados inicialmente en este ensayo, sobre los cuales descansa la llamada discriminación de precios o dumping. Una vez iniciada, la investigación administrativa se debe hacer pública y no debe afectar las importaciones hasta que no se declaren medidas provisionales. Es decir, que no debe obstaculizar el paso por Aduanas, ni para visas de importación. Durante la investigación se calcula el margen de dumping, para los cuales la ley ha establecido los parámetros de dicho cálculo.

El Artículo 9¹⁰ de la ley en mención donde se establece la determinación del margen de dumping dice así: “El ministerio deberá determinar el valor normal del producto similar en el país exportador en el curso de operaciones comerciales normales, el precio de exportación, y hacer una comparación equitativa de las anteriores”. Es este “valor normal” el que es altamente criticado por los economistas. El Artículo 10¹¹ plantea: “Determinación del valor normal: (...) Cuando el producto similar no sea objeto de ventas en el curso de operaciones normales en el mercado interno del país exportador o cuando a causa de una situación especial del

⁹ Decreto-Ley No. 7 del 15 de febrero de 2006, que establece normas para la protección y defensa de la producción nacional y dicta otras disposiciones, Gaceta Oficial Digital del Estado Panameño, Número 25491, (2006).

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Ibidem*.

mercado o del bajo volumen en las ventas en el mercado interno del país exportador, tales ventas no permitan una comparación adecuada, el valor normal se determinará atendiendo a cualesquiera de las siguientes formas:

1. Mediante comparación con un precio comparable del producto similar, cuando éste exporte a un tercer país apropiado, a condición de que este precio sea representativo;
2. Mediante el costo de producción del producto en el país de origen, más un suplemento razonable para cubrir los gastos administrativos, de venta y de carácter general, y la utilidad o beneficio.”

Esto da pie, según los economistas, a que se creen valores “ficticios” sobre el planteamiento de estimaciones aproximadas de costos de producción más las adiciones de gastos y beneficios, situación que se ve empeorada en los casos en que como menciona la propia ley, el país exportador no provee la información solicitada, ya que no quiere cooperar o si por otro lado, la información no es confiable o no haya sido presentada por las vías ordinarias y diplomáticas que exige la ley o en el tiempo establecido.

Siguiendo el análisis, la legislación positiva panameña justifica la imposición de medidas antidumping no sólo cuando se ha causado efectivamente un daño, sino también “(...) cuando se determine la existencia *de amenaza* de daño importante”, en el cual según nuestra ley deben concurrir los siguientes factores de manera conjunta: a.) el incremento de las importaciones objeto de dumping al mercado interno, b.) la capacidad exportadora del exportador objeto de la investigación, c.) la probabilidad de disminuciones en los precios internos, o la contención de su subida como consecuencia de los precios de esas importaciones, y las existencias o inventarios del producto objeto de la investigación.

Las medidas antidumping son idealmente establecidas para reestablecer la competitividad de los mercados y el libre comercio; sin embargo, desde el punto de vista económico, es decir, desde la perspectiva de los economistas, en la práctica, son más bien regulaciones y normas de carácter proteccionista, que hasta cierto punto atentan incluso con nuestra constitución, que defiende esta libertad de competencia.

El Artículo 298¹² de nuestra Carta Magna expresa lo siguiente: “*El Estado velará por la libre competencia económica y la libre concurrencia en los mercados (...)*”

¹² Constitución Política de la República de Panamá.

El debate que siempre se presenta es controversial en el sentido en que algunos sobreponen el comercio libre a la protección, y las posiciones de monopolio y competencia.

Finalmente, el debate sobre dumping y libre comercio puede dividirse en dos vertientes: la primera que considera al dumping, como una práctica normal de comercio y condenan al antidumping como una figura proteccionista, y la segunda, quienes asignan a estas medidas un papel en el mantenimiento del orden comercial.

En resumen, los economistas ven el dumping como una forma de proteccionismo, un instrumento de asistencia a la industria doméstica contra la competencia de los importadores.

Nuestro ensayo está orientado a contemplar si la ley que regula los derechos antidumping es económicamente viable o eficiente. Si como creadores de políticas públicas dichas normas recogen las herramientas necesarias para dar solución a los problemas de prácticas desleales de comercio o si por el contrario, estas normas lo que consiguen es proteger a los sectores nacionales frente a la competencia extranjera, porque los primeros son menos eficientes que los segundos.

Las leyes antidumping han sido altamente debatidas por varios estudiosos de esta materia y se pueden resumir los puntos de discusión, en tres:

Como primer punto, podemos mencionar la contradicción con la teoría de la ventaja comparativa, que hoy en día es aceptada por los economistas y considerada fuente del comercio internacional. Esta teoría se basa en que ambos países donde hay intercambios comerciales se ven beneficiados si exportan al país contrario aquellos productos en que poseen ventajas comparativas. En este sentido, los derechos antidumping son perjudiciales en la medida en que se obliga al exportador a vender a un mercado a precios distintos a los que hubiera fijado en función de su excedente de producción, o la demanda elástica de sus productos. Esto da un resultado ineficiente ya que el precio entonces no será el óptimo que hubiese resultado del estudio que hace ese productor a fin de maximizar sus utilidades, dada la curva de la demanda que enfrente.

Definitivamente, si no hubiera diferencias de clima, costo laboral de los trabajadores, recursos naturales, preferencias y gustos de los consumidores, etc., no habría comercio internacional, porque es justamente gracias a estos factores que se da el intercambio siendo que los agentes económicos y los países no son iguales. Por ello, consideramos que es ineficiente eliminar estas diferencias mediante subvenciones, medidas antidumping, o cualquier tipo de intervención gubernamental disfrazado del concepto de justicia o igualdad.

En segundo lugar, encontramos uno de los bienes jurídicos tutelados que mencionamos al principio de este artículo: el interés del consumidor. Para explicar mejor este punto quisiéramos destacar una definición que encontramos sobre eficiencia la cual a nuestro parecer resulta muy prudente mencionar.

Para la economía, la eficiencia es la “racional asignación de los recursos económicos. Un agente económico se comporta de un modo eficiente cuando con un coste o presupuesto de gastos dado consigue hacer máximo el valor de un objetivo (máximo beneficio, máxima utilidad o satisfacción, máximo bienestar, etcétera) o, equivalentemente, cuando consigue alcanzar dicho objetivo con el menor coste o sacrificio de recursos. La eficiencia de un agente económico es máxima cuando se consigue que la relación por cociente (expresada en unidades físicas o monetarias) entre los bienes y servicios producidos y los recursos utilizados para su obtención es la mayor posible (máxima). A nivel macroeconómico la máxima eficiencia se habrá alcanzado cuando los recursos económicos (materiales y humanos) disponibles se han aplicado a usos productivos de tal modo que cualquier otra asignación alternativa no conseguiría incrementar el bienestar social neto de los ciudadanos.”¹³

De esto se desprende, que aunque el legislador se ha enfocado en crear medidas para “proteger” la industria nacional, no se han tomado en cuenta los intereses de los consumidores, que al final cabo, ¿no representan acaso, un sector de la población mayor, el cual se ve afectado directamente por estas políticas?. Para los economistas que contradicen esta postura, significa anteponer los intereses de la industria nacional, sobre el de los propios consumidores mermando así los beneficios que tiene el tan arraigado principio del libre comercio, defendido incluso por nuestra constitución, con el propósito de eliminar la práctica desleal de comercio. Para los defensores de la economía, no representa una práctica desleal una discriminación de precios en dos mercados totalmente diferentes puesto que el exportador o productor extranjero no le debe nada al nacional. Al contrario, representa justamente una de las ventajas del “libre comercio internacional”, al tener dicho productor extranjero “mejores y más eficientes producciones de un bien”.

Ahora bien, no se destaca el supuesto en el que el productor nacional venda por debajo del coste de producción lo que independientemente de lo que estén dispuestos a pagar los consumidores de uno y otro mercado, si representa una depredación de precios que causa un daño directo a la industria doméstica, que si bien puede ser

¹³ Papadakis, Antal (2002-2008). Eficiencia. *La gran enciclopedia de Economía*. Recuperado el 20 de abril de 2014, de: <http://www.economia48.com/spa/d/eficiencia/eficiencia.htm>

atacada como hasta el momento en la legislación panameña con cuotas compensatorias o derechos de importación especiales, a nuestro parecer, debe ser más bien atacada con multas a la empresa o productor extranjero que en efecto sí busca de manera mal intencionada establecer un monopolio en un país extranjero y que al final si afecta la competitividad del mercado tanto para los consumidores como para los productores nacionales. El derecho especial finalmente es asumido de igual manera por la empresa que comete el dumping como por el consumidor que se ve obligado a pagar los precios elevados con dichos derechos en los casos en que, por ejemplo, se busque calidad. Sin embargo la multa sí será asumida por la empresa que comete la práctica desleal dejando que los consumidores obtengan el producto al precio reducido.

Como último punto, tenemos que la diferencia mencionada superficialmente en líneas anteriores donde se propone el uso de la palabra “costo” en contraposición la palabra que utilizan actualmente tanto los acuerdos de la OMC, como las normas positivas internas de “Valor normal”, es importante si lo vemos desde el punto de vista general. El costo de un bien o producto, según el libro de Principios de Economía de Gregory Mankiw, es definido como el valor de mercado de los factores que utiliza una empresa en la producción. Mientras que el valor normal definido en nuestra ley, es el precio del producto o bien similar destinado al consumo en el país de exportación, en el curso normal de las operaciones comerciales normales.

Un ejemplo para resumir la postura frente a la legislación de dumping sería la siguiente: Los alfajores, tan conocido en los países de América del Sur forman parte de la cultura de países como Argentina. En este caso, en razón del libre comercio y la competitividad en ese mercado en países como éste, permiten que luego de un estudio de los costes de producción y lo que estarían dispuestos a pagar los consumidores dichos productos sean vendidos a un precio X. Esto tomando en cuenta, que la demanda es sumamente alta ya que los alfajores, como ya mencionamos, forman parte de la cultura de esos países y son altamente consumidos. Sin embargo, debido al excedente en la producción, una empresa hace el estudio pertinente y decide que económicamente hablando le resulta eficiente exportar los excedentes de ese producto a otro país en el cual los consumidores al no tener esa cultura estarían dispuestos a pagar menos por el producto, que aunque tiene un producto similar en su industria doméstica, no es de la misma calidad, ni sabor, no tiene el mismo precio puesto que el productor nacional necesita comprar algún ingrediente a otro país que le resulta costoso y el producto a importar tiene un arancel 0. Debido a esto, la empresa tiene mucha cabida ya que hay menos competitividad y busca entrar en un mercado donde sin la intención de acabar con la industria nacional puede incursionar poco a poco con nuevos productos y establece el precio más bajo que el precio en su país porque

económicamente hablando sigue siendo eficiente. ¿Es en un caso como éste “justo”, que se establezcan derechos especiales a los de importación para proteger la industria nacional puesto que la misma es menos eficiente produciendo un bien similar a los alfajores que una empresa extranjera especializada y con menores costos que ella? No, más bien creemos que estaríamos frente a un caso de proteccionismo donde se ven afectados los consumidores, la libre oferta y demanda y las ventajas comparativas. Queremos destacar que hemos utilizado un ejemplo hipotético para soslayar la postura que pretendemos plantear, que quizás en un producto como éste no es siquiera discutible; sin embargo, lo importante es recalcar que las circunstancias de ambos países o mercados más bien, son diferentes en cuanto a producción y lo que estarían dispuestos a pagar los consumidores, además de otros muchos factores que pueden incidir en el establecimiento del precio en el mercado como los gastos administrativos, los salarios de los empleados, etc., por cuanto se consideraría contrario a los principios de libre comercio y economía de los mercados, la imposición de medidas antidumping que protejan a una industria nacional que es menos eficiente mermando los derechos de los consumidores quienes representan en algunos casos un sector mayor y un bien tutelado quizás más importante.

En conclusión, somos de la postura que como creadores de políticas públicas, los Estados deben definir claramente su posición ante el dumping. Debe existir un claro convencimiento de que lo que se busca es proteger el bien común, no sólo incluyendo el interés de los productores nacionales sino el de los consumidores, dando como resultado que existan industrias domésticas competitivas que sustituyan incluso a las importaciones. En la práctica, los que vemos es que las medidas antidumping, se caracterizan porque:

1. Resultan una política anticompetitiva y no procuran que se produzca la libre competencia.
2. Que tanto en nuestra legislación como en el derecho internacional, estas medidas en algunos casos resultan suficientemente flexibles como para justificar su aplicación cuando existan intereses proteccionistas.
3. Que se utiliza el poder del Estado para proteger intereses privados, no el interés público común.
4. Atentan contra el principio de libre oferta y demanda.
5. Resultan un medio inadecuado, en algunos casos, para proteger la industria nacional.

La mejor salida o más eficiente vista desde una perspectiva general es la negociación multilateral de lo que debe entenderse por comercio leal, o bien armonizar a nivel internacional las leyes de defensa de la competencia. De lo contrario, se debería incluir a la norma un sentido de

interés público, que obligue a realizar un análisis coste-beneficio para el conjunto de la economía y que por tanto, incluya a los productores y a los consumidores. Además, se debe tener cuidado que la imposición de las medidas y derechos antidumping lejos de proteger a los productores nacionales, los conviertan en monopolios domésticos u oligopolios. En definitiva, lo que debe proponerse es reforzar las leyes de competencia o antimonopolios. Reforzando esta idea, traemos esta conclusión encontrada: “Se señala que la legislación *antidumping* debe desaparecer, ya que quienes sostienen esta idea piensan que choca con paradigmas actuales en materia de comercio internacional y de bienestar social, carece de una sólida cimentación económica, es resultado del proteccionismo y se traslapa con la disciplina de la competencia económica y de depredación de precios.”¹⁴

A modo general, si lo que intentamos con este análisis es determinar la viabilidad económica de esta institución jurídica, que finalmente busca la eficiencia de la ley como política pública frente a una práctica de comercio, se debe replantear la misma para que se maximice el beneficio que obtienen tanto productores como consumidores, es decir, todos los miembros de la sociedad tutelando así el bien jurídico de la libre competencia de la que habla nuestra constitución.

8.- CONCLUSIONES

El libre mercado constituye uno de los pilares fundamentales del comercio de bienes y servicios. El mismo fortalece el desarrollo económico a nivel mundial, y por esta razón, el mismo representa un bien jurídico importante que no sólo está regulado en las normas supremas de los países, sino también por organizaciones internacionales como la OMC.

El dumping predatorio, así como otras prácticas constituye un medio desleal de llevar a cabo el intercambio comercial que finalmente afecta tanto a consumidores como a productores, por lo cual reforzamos la teoría de que el mismo debe ser atacado con políticas económicas firmes. Sin embargo, las medidas antidumping, como hasta el momento se encuentran reguladas en nuestras normas, pueden resultar un medio inadecuado de protección a la industria nacional y más bien atentar contra el libre mercado que tanto defendemos.

¹⁴ CRUZ BARNEY, ÓSCAR (2011). *Antecedentes del Sistema contra Prácticas desleales de Comercio en México. La evolución de las disposiciones Antidumping*. México. Revista Jurídica: Boletín de Derecho Comparado. Recuperado el 20 de abril de 2014 desde: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/119/art/art5.htm>

Finalmente, quisiéramos destacar que crear políticas económicas en pro del bienestar general de toda la sociedad, no es tarea fácil. En algunos casos, la tutela de los bienes jurídicos de los agentes económicos que la componen se encuentra en conflicto. Defender la producción nacional versus el llamado proteccionismo del que hablan los economistas en la actualidad es una prueba de ello. Lo importante es realmente construir políticas públicas que resulten eficientes, pero no sólo en papel sino que una vez llevadas a la práctica resulten medios realmente eficaces de paliar los efectos negativos que pueden presentarse en el desenvolvimiento de las actividades económicas generadas por el comercio.

9.- BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

ALVAREZ AVENDAÑO, JUAN ANTONIO y LIZANA ANGUITA, Claudio (1995). *Dumping y Competencia desleal internacional*. 1ª Ed. Santiago (Chile). Editorial Jurídica de Chile

CHACHOLIADES, MILTIADES (1992). *Economía Internacional*. Segunda Edición. México. Mc Graw Hill.

CRUZ BARNEY, ÓSCAR (2003). *Las reformas a la Ley de Comercio Exterior en materia de prácticas desleales de comercio antidumping*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

MANKIW, GREGORY (2002). *Principios de Economía*. 2ª. Ed. Madrid (España). Editorial Mc Graw-Hill/Interamericana de España, S.A.U.

Ministerio de Comercio e Industrias (2010). Documento Explicativo. *Procedimientos de Defensa Comercial en Panamá*. Panamá (Panamá). Disponible en:
http://www.mici.gob.pa/imagenes/pdf/centro_america.pdf

Organización Mundial del Comercio. *Información técnica sobre las medidas antidumping*. Disponible en:
http://www.wto.org/spanish/tratop_s/adp_s/adp_info_s.htm#top

LEYES

Ley No. 29 del 1 de febrero de 1996, Por la cual se dictan normas sobre la defensa de la competencia y se adoptan otras medidas, Gaceta Oficial Digital del Estado Panameño, Número 22966, (1996).

Decreto-Ley No. 7 del 15 de febrero de 2006, Que establece normas para la protección y defensa de la producción nacional y dicta otras disposiciones, Gaceta Oficial Digital del Estado Panameño, Número 25491, (2006).

TESIS

GIL, JUAN MANUEL (2009). *Medidas Antidumping como instrumento proteccionista* (Tesis de grado, Universidad Sergio Arboleda, Escuela de Empresas, 2009, Bogotá, Colombia).

REFERENCIAS DE INTERNET

CRESPO, RAÚL J. (1997). Dumping, Antidumping y Fundamentos del Antidumping. *Revista Venezolana de Análisis de Coyuntura*. Recuperado desde el 24 de Abril de 2014, desde <http://www.efm.bris.ac.uk/ecrc/Dumping.pdf>

GONZÁLEZ DE COSSIO, FRANCISCO. *Discriminación de Precios*. Mexico (D.F.): Recuperado el 24 de Abril de 2014, desde <http://www.gdca.com.mx/PDF/competencia/DISCRIMINACION%20DE%20PRECIOS.pdf>

GONZÁLEZ DE COSSIO, FRANCISCO (2006). Discriminación de precios, dumping y depredación: Tres disciplinas, un fenómeno económico. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Recuperado el 24 de Abril de 2014, desde <http://www.gdca.com.mx/PDF/competencia/DISCRIMINACION%20DE%20PRECIOS.pdf>

LA EVOLUCIÓN DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN PANAMÁ

CARLOS GASNELL ACUÑA

Abogado, egresado de la Universidad de Panamá. Curso estudios de maestría y doctorado en Derecho Administrativo en la Universidad Complutense de Madrid (Pendiente de sustentar tesis doctoral) Realizó estudios de diplomado en la Universidad de Salamanca. Es profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Santamaría la Antigua (USMA) y del Diplomado de Contratación Pública de la Universidad Latina de Panamá. Es actualmente Vicepresidente Ejecutivo de la Fundación para el Desarrollo de la Libertad Ciudadana, Capítulo Panameño de Transparencia Internacional.

I.- La Evolución de la Contratación Pública en Panamá.

La Contratación Pública en Panamá está regida por la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que desde su entrada en vigencia ha sufrido diez (10) modificaciones¹ que afectaron en gran parte el espíritu con el que se concibió originalmente la norma. Esta Ley fue reglamentada por el Decreto Ejecutivo 366 de 28 de diciembre de 2006, el cual a pesar de las modificaciones que han operado sobre la Ley, no ha sufrido alteraciones, por lo que gran parte del mismo no es aplicable.

Antes de la aprobación de la Ley 22 de 2006, la contratación pública en Panamá estaba regulada por la Ley 56 de 27 de diciembre de 1995 y antes de esta norma, por el Código Fiscal y normas independientes que fueron dándole forma al sistema que tenemos en la actualidad, por lo que vamos a partir de la regulación del Código Fiscal para entender mejor como se dio la evolución de la Contratación Pública en nuestra país.

A. Código Fiscal

El título primero del Código Fiscal, denominado “De los Bienes Nacionales”, contuvo por mucho tiempo el sistema de contratación pública en Panamá. En el capítulo II de este título, específicamente en los artículos 18 y 19, se encontraba el fundamento de la **centralización** del sistema de compras del sector público:

“Artículo 18:

La Adquisición de bienes inmuebles por compra o permuta deberá efectuarse por el Ministerio de Hacienda y Tesoro, aunque el inmueble se destine a otra dependencia del Órgano Ejecutivo y de otros Órganos del Estado.

Artículo 19:

La compra de bienes muebles necesarios para el funcionamiento de los Órganos del Estado, se hará por conducto de la Dirección de Proveeduría y Gatos, la cual

¹ Ley 35 de 2006, Ley 2 de 2007, Ley 21 de 2008, Ley 41 de 2008, Ley 69 de 2009, Ley 80 de 2009, Ley 12 de 2010, Ley 30 de 2010, Ley 66 de 2010 y Ley 48 de 2011, y el Texto Único de la Ley aprobado en 2011.

funcionará como dependencia del Ministerio de Hacienda y Tesoro...”

Como se puede observar, el Ministerio de Hacienda y Tesoro, actualmente Ministerio de Economía y Finanzas tenía bajo su responsabilidad de realización de las licitaciones, lo que representaba grandes niveles de burocracia y coordinación con los demás entes del Estado. Es cierto que en la década de los ochenta el aparato estatal no era tan enorme como en la actualidad, la centralización del sistema no garantizaba los niveles de respuesta y de eficiencia que requiere una administración pública moderna.

La Ley 31 de 1984, por medio de la cual se modificaron algunos artículos del Código Fiscal, estableció, entre otros aspectos importantes, las atribuciones de la Dirección de Proveduría y Gastos como ente rector de la contratación pública en todo el país. Vale la pena transcribir el artículo 20 del Código Fiscal, modificado por esta ley, para entender como operaba la centralización del sistema.

“Artículo 20:

Son atribuciones de la Dirección de Proveduría y Gastos, además de las que señala el artículo anterior y a que determinen los reglamentos, las siguientes:

- a) Unificar, hasta donde sea posible, la forma, calidad, y clase de los útiles, materiales, equipos y enseres que utilicen las distintas dependencias oficiales a las que debe proveer, procurando adoptar modelos uniformes en los casos en que se permita tal medida.
- b) Averiguar los útiles, materiales, equipos, y enseres que necesiten las distintas dependencias oficiales a las que debe proveer.
- c) Disponer, dentro de los primeros dos meses de cada trimestre, la adquisición de esos bienes, de acuerdo con la Contraloría General de la República.
- d) Rendir mensualmente a la Contraloría General un informe de las operaciones.

De igual forma, el artículo 21 del Código Fiscal, modificado por la Ley 31 de 1984, obligaba a los Ministros o Directores de Departamentos de la Administración Central, a enviar durante el primer mes de cada trimestre, a la Dirección de Proveduría y Gastos, una lista de los artículos, muebles, enseres y útiles de escritorio que estimaran necesarios durante el trimestre para uso de sus respectivas dependencias.

B. Decreto 33 de 3 de mayo de 1985

Con posterioridad, en 1985, se expide el Decreto 33 de 3 de mayo de 1985 por el cual se reglamenta el Capítulo IV del Título I del Código Fiscal denominado “Disposiciones Comunes a los Contratos de que trata este Título”, dentro del cual se regulaban las Licitaciones Públicas, Concursos de Precios, Solicitudes de Precios y los tipos de contratos que los particulares pueden celebrar con el Estado.

Este reglamento establecía que el Ministerio de Hacienda y Tesoro presidiría todo acto de Licitación Pública y Concurso de Precios, sin embargo, indicaba que este Ministerio debía realizar todas las acciones de administración relacionadas con la Solicitud de Precios en las dependencias del Gobierno Central, quedándole en las actuaciones de las entidades descentralizadas y municipales, la labor de supervisión.

C. Decreto de Gabinete 45 de 1990

El Decreto de Gabinete 45 de 1990, por el cual se modificaron algunas disposiciones del Código Fiscal relacionadas con la contratación pública, introdujo aspectos sobre la venta de bienes públicos, arrendamiento de bienes muebles e inmuebles del Estado, por conducto del Ministerio de Hacienda y Tesoro cuando estos no son destinados al uso o servicios público, aspectos sobre saneamiento administrativo de los procedimientos de contrataciones del Estado, regulación de las fianzas, cesión de derecho, ejecución de las fianzas, entre otros aspectos importantes que le fueron dando forma al sistema de Contratación Pública panameño.

D. Ley 31 de 30 de diciembre de 1994

En diciembre de 1994, se emite la Ley 31 de 30 de diciembre de 1994, “Por la cual se modifican artículos del Código Fiscal sobre la contratación pública, y se adoptan otras disposiciones”. Esta Ley modificó una gran cantidad de aspectos de la contratación pública contenidos en el Código Fiscal entre los cuales se pueden destacar los siguientes:

1. Se crea el régimen de inhabilitaciones para contratar con el Estado en caso de incumplimiento contractual, lo cual fue adoptado por la Ley 56 de 1995 y adaptado por la Ley 22 de 2006 haciéndolo más riguroso.
2. Se modificó el término mínimo de antelación para la publicación de los avisos de convocatoria de las licitaciones públicas en los diarios de circulación nacional de 15 días calendario a 30 días calendario.

3. Se creó un registro de proponentes (eliminado por la Ley 56 de 1995 y reincorporado a la legislación por la Ley 22 de 2006) Para participar en licitaciones para la ejecución de obra públicas por montos que excedían B/.1,000,000.00, o para la adquisición de bienes y servicios cuyos montos alcanzaban la suma de B/.500,000.00, o más, se requería la inscripción en este registro, lo que permitía la acreditación previa de condiciones técnicas, administrativa y financieras. La Ley 56 de 1995 estableció el requisito del certificado de postor, lo que reemplazó el registro de proponentes y operó de una manera similar hasta que fue eliminado en el año 1998.
4. Se reguló el mecanismo de precalificación de proponentes, lo cual fue adoptado por la Ley 56 de 1995 hasta su declaratoria de inconstitucionalidad decretada por atentar en contra del debido proceso y el otorgamiento de iguales garantías para todos los proponentes.

Como corolario, a través del Decreto 7 de 12 de enero de 1995, se modifican disposiciones del Decreto 33 de 3 de mayo de 1985, reglamentario de las disposiciones relativas a contrataciones públicas reguladas en el Código Fiscal. En el Decreto 7 se encuentran varios de los aspectos luego introducidos en la Ley 56 de 1995 un año después, a través de la cual se logró condensar en un solo cuerpo legal todas las normas dispersas en las diferentes leyes y decretos que regularon la materia por décadas.

E. La Ley 56 de 27 de diciembre de 1995.

La Ley 56 de 1995 tiene como mérito además de haber unificado toda la normativa sobre la materia, la descentralización de los procesos de adquisición y disposición de bienes, y la adquisición de suministros y servicios por parte de las diferentes instituciones del Estado. El artículo uno de la Ley establecía el ámbito de aplicación de la misma afirmando que la misma se aplicaba a todas las instituciones del Estado, salvo excepciones, dentro de las cuales se encontraba la existencia de leyes especiales en materia de contratación pública.

El artículo 1 de la Ley tenía la siguiente redacción:

“Artículo 1. Ámbito de aplicación.

La presente Ley se aplicará a las contrataciones que realicen el Estado, sus entidades autónomas o semiautónomas, para:

1. La ejecución de obras públicas.
2. Adquisición o arrendamiento de bienes.
3. Prestación de servicios.

4. Operación o administración de bienes.
5. Gestión de funciones administrativas.

Parágrafo. En las contrataciones que realicen los municipios, juntas comunales y locales y, en general, en aquella que se rigen por leyes especiales se aplicará esta Ley en forma supletoria”.

Con la Ley 22 de 2006, se modificó el ámbito de aplicación de la Ley de contratación pública, y posteriores modificaciones fueron ampliando este ámbito.

Artículo 1. Ámbito de aplicación. Esta Ley establece las reglas y los principios básicos de obligatoria observancia que regirán los contratos públicos que realicen el Gobierno Central, las entidades autónomas y semiautónomas, los municipios, la Caja de Seguro Social, los intermediarios financieros y las sociedades anónimas en las que el Estado sea propietario del cincuenta y uno por ciento (51 %) o más de sus acciones o patrimonio, así como los que se efectúen con fondos públicos o bienes nacionales para:

1. La adquisición o arrendamiento de bienes por parte del Estado.
2. La ejecución de obras públicas.
3. La disposición de bienes del Estado, incluyendo su arrendamiento.
4. La prestación de servicios.
5. La operación o administración de bienes.
6. Las concesiones o cualquier otro contrato no regulado por ley especial.

A las contrataciones que realicen las juntas comunales y locales, se les aplicará esta Ley en forma supletoria; no obstante, estas instituciones deberán someterse a las disposiciones contenidas en el artículo 141.

La adquisición de medicamentos, insumos y equipos médicos, por parte de la Caja de Seguro Social, se regirá por lo establecido en la Ley 1 de 2001, sobre medicamentos y otros productos para la salud humana, y demás disposiciones legales vigentes en la materia.

Las instituciones públicas de carácter educativo y de investigación científica que autorice el Órgano Ejecutivo podrán realizar proyectos, programas y actividades a través de las asociaciones de interés público a que se refiere el

numeral 4 del artículo 64 del Código Civil. Las contrataciones que realicen estas asociaciones con fondos públicos podrán someterse a los procedimientos de esta Ley.

Como se puede observar, con la Ley 22 de 2006, se aumenta el ámbito de aplicación de la ley, no obstante, la misma sigue siendo supletoria frente a las leyes especiales, y ha habido una tendencia a excluir a ciertas instituciones del ámbito de aplicación de la Ley general, como ocurrió en el año 2010, cuando se aprobó una norma que crea procedimientos especiales de contratación para el Ministerio de Educación.

Retomando el análisis de la Ley 56 de 1995, es necesario reconocer el aporte de la misma al incorporar a su articulado principios de carácter normativo. El artículo 16 a través de seis (6) numerales desarrolla el principio de transparencia, el 17, el principio de economía por medio de quince (15) numerales, y el artículo 18 el principio de responsabilidad en cinco (5) numerales. Estos principios normativos tienen como finalidad ayudar a los funcionarios a canalizar debidamente los procedimientos administrativos relacionados con la contratación pública, además de aportar elementos orientadores para la interpretación de las normas de contratación. La Ley 22 de 2006, mantuvo los principios mencionados dentro de la normativa e incluyó nuevos principios.

Los procedimientos de selección de contratistas establecidos en la Ley 56 de 1995, los cuales sirvieron de base para la reforma llevada a cabo por la Ley 22 de 2006. La Ley 56 estableció cinco procedimientos de selección de contratistas:

- A. La Contratación Menor
- B. La Solicitud de Precios
- C. La Licitación Pública
- D. El Concurso
- E. Remate Público

En la Ley 22, luego de la introducción de las reformas de la Ley 48 de 2011, hay nueve (9) procedimientos de selección de contratistas, excluyendo el procedimiento excepcional de contratación.

Con la Ley 22 de 2006, se reforma el sistema introducido por la Ley 56 de 1995, manteniéndose la estructura general de su articulado. Desde el Capítulo I, en el cual se desarrollan las disposiciones generales de la Ley, se incluyen algunas nuevas definiciones, y se aclaran algunos de los problemas conceptuales contenidos en los procedimientos de contratación, lo cual es fundamental para entender el sistema, sobre todo para los inversionistas extranjeros y los que por primera vez participan en

un acto público. Resulta necesario destacar, que la Ley 56 de 1995 no fue derogada por la Ley 22 de 2006, sino subrogada, debido a las referencias de otras normativas a aspectos de dicha Ley que para efectos prácticos sobreviven a su sustitución por una nueva norma que regula íntegramente la contratación pública en Panamá.

En la nueva ley ya no se habla de **Contrataciones Menores, Solicitudes de Precios, Concursos, Precios Establecidos, Licitaciones Públicas y Remates Públicos** para diferenciar los diferentes procedimientos a utilizar en la adquisición de un suministro, obra o servicio, sino de **Contratación Menor, Licitación Pública** (antigua licitación por precio, previo cumplimiento de los requisitos del pliego de cargos, ahora incorporándole una comisión verificadora), **Licitación por Mejor Valor** (antigua Licitación con comisión evaluadora), **Licitación para Convenio Marco** (antiguo procedimiento de precios establecidos), **Licitación de Subasta en Reversa, Subasta de Bienes Públicos** (antiguo remate público), **Licitación por Mérito**, y **Licitación Abreviada², y más recientemente, Licitaciones por mejor valor con evaluación separada.**

En la reforma que experimentó la Ley 22 de 2006 en el mes de mayo de 2011 a través de la Ley 48 de 2011, que a su vez generó el texto único de la Ley publicado en la Gaceta Oficial en julio de 2011, se cambió el concepto de “Contratación Directa” por el de “Procedimiento Excepcional de Contratación” lo que merece un análisis y desarrollo especial dentro de este trabajo.

Es necesario destacar que no se trata solamente de cambios de denominación sino también de modificaciones procedimentales. Los cambios conceptuales introducidos han sido positivos, sin embargo el seguir llamando a un procedimiento licitación pública y a otra licitación por mejor valor, por ejemplo, sigue siendo una conceptualización que puede llevar a confusión porque ambas son licitaciones públicas con procedimientos de adjudicación distintos. En España, a manera de ejemplo, las formas de adjudicar eran dos: Subasta y Concurso, en el primero el precio era lo fundamental y determinante y en el segundo la evaluación de otros aspectos del licitante y de la propuesta. Lo anterior con la nueva ley de octubre de 2007, ha sido reemplazado por el concepto de “oferta económica más ventajosa” (Forma de adjudicación) Una vez se ha determinado que fórmula se va a utilizar, precio más bajo o evaluación de aspectos adicionales, se determina si el procedimiento va a ser abierto, restringido o negociado, es decir si se va a proceder a una invitación pública de todos los posibles proponentes o se va a convocar a los que cumplan ciertos requisitos de acuerdo a la clasificación realizada de forma

² Procedimiento de contratación introducido por la Ley 69 de 6 de noviembre de 2009.

previa. Cabe resaltar que en España el procedimiento negociado (con un número reducido de proponentes), reemplazó, saludablemente, a la contratación directa. Todo este esquema es similar al que propone la Organización Mundial de Comercio.

En cuanto a las innovaciones, aportes o avances de la Ley 22 de 2006 a grandes rasgos, estas pueden ser esquematizadas así:

- 1. La subasta en reversa.** Esta nueva modalidad de adjudicación persigue una conformación dinámica de la oferta. Que la licitación no sea un acto en donde el proponente entrega un sobre y la Administración lo abre y adjudica a la mejor propuesta, sino que a partir de la primera oferta, pueda haber una sana competencia en el propio acto con la posibilidad de mejora automática de los precios a los que adquiere el Estado.
- 2. Los convenios marco.** Esta modalidad de contratación busca ampliar el espectro de lo que anteriormente se conocía como precios establecidos (licitaciones para la adquisición de equipo y útiles de oficina, llantas y tubos, útiles de aseo y combustible, cuyo precio se mantenía por un año, a cambio que las diferentes administraciones adquirieran el suministro del proveedor adjudicatario) En la medida que aumente el número de estos convenios, se reducirá la cantidad de actos públicos y la necesidad de conformar comisiones evaluadoras o verificadoras para actos públicos particulares.
- 3. La posibilidad de adjudicar con la presentación de una propuesta.** Esta norma es positiva porque permite a la Administración adjudicar en primera convocatoria, cuando haya una propuesta válida, es decir, cuando la propuesta presentada cumpla con todos los requisitos exigidos en el pliego de cargos, además de presentar un precio por debajo del estimado o precio oficial.
- 4. La creación de la Dirección de Contrataciones Públicas como un ente autónomo independiente, pero adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas.** La transformación de esta Dirección en entidad autónoma es positiva para el logro de los altos objetivos que se pretenden alcanzar con la aprobación de la nueva Ley, además de representar un reconocimiento a la importancia del tema de la contratación pública para efectos de la eficiente ejecución presupuestaria. Este ente es el que conoce de la acción de reclamo, prácticamente el único recurso que permite presentar objeciones al pliego de cargos. La Ley 48 de 2011 le introdujo a la Dirección facultades sancionatorias expresas sobre los funcionarios públicos que incumplan los procedimientos de la ley de contrataciones públicas (multas de 1% sobre el salario bruto) las

cuales requieren de la aprobación de un procedimiento para poder ser aplicadas.

5. **La incorporación del portal “PanamaCompra” como parte del sistema de contratación pública.** El Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas denominado “Panamá Compra” ya había sido creado en septiembre de 2005 por medio de una Ley que convertía en obligatorio su uso por parte de todas las entidades públicas. La Ley 22 de 2006, incorpora el portal a todo el sistema de contratación pública. Queda de parte de la sociedad civil el identificar las irregularidades que se puedan observar a través del portal y denunciarlas. Por otra parte, es necesario destacar que el portal actualmente se encuentra en su primera etapa. Se prevé que en la segunda etapa se generalice la posibilidad de presentar ofertas en línea.³
6. **El Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas.** La incorporación de este Tribunal al sistema, tiene su antecedente en el Tribunal de Contrataciones Públicas de Chile creado por la Ley 19,886 de 30 de julio de 2003, sin embargo, la adaptación panameña está rodeada de particularidades. En Chile este Tribunal está adscrito al Órgano Judicial y su creación se debe a la falta de un Tribunal Contencioso Administrativo⁴, mientras que en Panamá es un ente administrativo que reemplaza la vía administrativa de recurso en diferentes materias. Está conformado por tres miembros designados por el Presidente de la República, por un periodo de cinco (5) años, nombrados de forma escalonada,

³ El Decreto Ejecutivo 188 de 27 de noviembre de 2009 reglamenta los procedimientos de selección de contratista vía electrónica en el Sistema Electrónico de Contrataciones PanamaCompra.

⁴ Transcribo la autocrítica del Tribunal de Contrataciones Públicas que hace el propio presidente de este tribunal, don Francisco Fernández Fredes: “...muchos países como Francia, España, Argentina o Perú, entre otros, poseen tribunales de ámbito jurisdiccional amplio en lo contencioso administrativo para resolver controversias que se susciten en las relaciones entre el Estado y los particulares. **En Chile lo que se ha ido creando es una sumatoria de tribunales específicos por materias muy singularizadas y a eso responde este tribunal de la contratación.** A mí personalmente me hubiera gustado más establecer un tribunal de lo Contencioso-Administrativo de competencia más amplia en primera instancia y en segunda instancia someter esto a la Cortes de Apelaciones a través de una jurisdicción especializada en salas Contencioso-Administrativa, que es el modelo español”. Según el Presidente del Tribunal, **la denominación exacta de este órgano judicial colegiado debería haber sido Tribunal de Licitación Pública**, porque no interviene ni en la fase previa a la aprobación de las bases ni en eventuales controversias que se promuevan después de la adjudicación del contrato, ni tampoco durante la ejecución de este...” (fuente: boletín electrónico ChileCompra Informa N°33, octubre 2005)

quienes no podrán ser destituidos, salvo por las razones que indica la ley.⁵

Este Tribunal representa un esfuerzo por garantizar a los licitantes una etapa previa al contencioso-administrativo en donde de forma independiente se analice la legalidad de la adjudicación, o la decisión de la Administración en las demás situaciones posteriormente introducidas a través de modificaciones legislativas.

A través de la diferentes reforma introducidas a la Ley 22 en los años (2010 y 2011) se ha ido blindando el acceso al Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas aumentando el monto de la fianza de recurso de impugnación la cual originalmente se había fijado en un 10% del monto de la propuesta con límites que no excedían de B/500,000.00., otorgándosele en todos los casos un efecto suspensivo al recurso interpuesto. Con las reformas introducidas a la Ley el monto de la fianza fue aumentado a un 15% del monto de la propuesta sin límites, y modificando el efecto suspensivo del recurso por el efecto devolutivo para todos los casos, todo lo cual desnaturaliza completamente el recurso y la fianza, con la posibilidad de que se genere un efecto inhibitorio por parte de los contratistas, quedando afectado ejercer el derecho al debido proceso y a una legítima defensa.

7. **Se crea un procedimiento de Contratación por Mérito para materias como la ciencia y la cultura.** Es un procedimiento que persigue la contratación de reconocidos profesionales para el desarrollo de proyectos culturales, científicos y de otras áreas afines en donde lo más importante es la trayectoria de los profesionales y el contenido de la propuesta, lo cual será evaluado con criterios distintos a los acostumbrados.
8. **Se regulan dentro de la ley las prórrogas y multas.** Anteriormente estaban reguladas por un resuelto del Ministerio de Economía y Finanzas (número 46) declarado ilegal por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. La Contratación Pública tiene como finalidad obtener un suministro, servicio o la construcción de una obra de acuerdo a lo pactado en el pliego y en el contrato. La Resolución del Contrato por incumplimiento es el fin último de la contratación por lo que el eficiente manejo de las prórrogas y las multas por incumplimiento pueden actuar como

⁵ La competencia originaria del Tribunal fue modificada a través de dos normas. La ley 41 de 2008 incluye la competencia del Tribunal para conocer del recurso de apelación contra la resolución administrativa del contrato y la inhabilitación del contratista. La Ley 69 de 2009 incluye la competencia del Tribunal para conocer sobre la Resolución por la cual se rechazan las propuestas.

fórmula para disuadir a los contratistas de incumplir las cláusulas contractuales y para que el Estado en última instancia opte por la resolución administrativa del contrato.

9. **La creación del Registro de Proponentes.** Este Registro existió hasta la aprobación de la Ley 4 de 13 de enero de 1998. La inscripción en el mismo otorgaba derecho a un certificado de postor. Una de las causas de su exclusión de la Ley, fue su incompatibilidad con las normas de la Organización Mundial de Comercio. En vez de eliminarlo lo saludable hubiese sido su modificación para adecuarlo a la normativa internacional. Ahora fue restablecido para clasificar a los proponentes y exigirles el cumplimiento de requisitos formales previa participación en un procedimiento de licitación. En principio este Registro debería evitar que se evalúen en los actos públicos aspectos que ya fueron verificados al otorgarse la certificación de inscripción, permitiendo que las entidades se concentren en evaluar solamente las condiciones especiales de cada acto público.
10. **Aumento del periodo de inhabilitación por incumplimiento de contratos.** Se establece un periodo de inhabilitación para contratar con el Estado de entre tres (3) meses y tres (3) años, lo cual dependerá de la reincidencia y del monto del contrato incumplido (Artículo 370 D.E. 366 de 2006) lo cual representa una advertencia disuasoria para los que pretendan especular con los contratos estatales. Ante la discrecionalidad otorgada a las instituciones para establecer la sanción, sobre la base de los dos supuestos mencionados, se tendrán que aplicar adicionalmente criterios de proporcionalidad al momento de imponer la correspondiente sanción.

II. El Portal Electrónico PanamaCompra

El portal PanamaCompra sigue fundamentalmente el modelo de ChileCompra. El sistema fue creado antes de la aprobación de la Ley 22 de 2006, pero no es hasta la aprobación de esta norma cuando su uso se convierte en obligatorio para todas las instituciones del Estado, salvo contadas excepciones, y cambia la forma en que se realizan los avisos de convocatoria y las comunicaciones en materia de contratación pública. La Administración del sistema le corresponde a la Dirección General de Contrataciones Públicas, la cual a su vez debe garantizar que se cumplan los principios de publicidad y transparencia.

A través de PanamaCompra se debe publicar el aviso de convocatoria con todas sus incidencias de acuerdo a lo indicado en el artículo 32 de la Ley 22, debiendo consignarse la identificación del acto público y de la entidad licitante; el lugar, el día y la hora de presentación

de las propuestas; el lugar, el día y la hora de inicio del acto público; el lugar, el día y la hora de la reunión previa que incluye la respectiva homologación; una breve descripción del objeto contractual, y la partida presupuestaria. En el caso de la subasta en reversa, deberá incluirse el precio máximo de referencia, y en el caso de la subasta de bienes públicos, deberá incluirse el valor estimado.

La norma permite, que de presentarse alguna situación debidamente comprobada, que impida a la entidad licitante publicar el aviso de convocatoria en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra", o de que esta no se encuentre aún acreditada para utilizarlo, la entidad pueda publicar los avisos de convocatoria en un diario de circulación nacional, en dos ediciones seguidas en días distintos, los que permanecerán expuestos al público durante el mismo plazo en los lugares destinados por la entidad para la fijación de edictos o anuncios en general.

Es necesario destacar que la Ley obliga a la Dirección General de Contrataciones Públicas a llevar un registro histórico de los avisos de convocatoria. Igualmente debe ser publicada en el sistema toda modificación que pretenda introducirse al pliego de cargos. En relación con las propuestas, la normativa ya regula la forma en que deben ser presentadas las propuestas electrónicas.

La Ley 22, como ya lo señalamos en otro apartado, crea el catálogo electrónico de bienes y servicios el cual también es administrado a través del portal PanamaCompra. De hecho todas las órdenes de compra se realizan a través de este sistema.

PanamaCompra también juega un papel fundamental en los procedimientos excepcionales de contratación, ya que las intención de utilizarlos con un contratista en particular (avisos de intención) deben publicarse en el mismo otorgándole la oportunidad a los proponentes, que consideren que debe realizarse un procedimiento licitatorio, de presentar propuestas en función del aviso de intención colgado en el sistema.

En último lugar, pero no por eso el menos importante, el sistema PanamaCompra cambió la forma en que se realizan las notificaciones en materia de contratación pública. Con la legislación anterior (Ley 56 de 1995), era necesario realizar notificaciones personales y publicaciones de edictos, lo que dilataba significativamente los procesos de adjudicación. La Ley 22 de 2006 obliga a los proponentes a mantenerse informados de todas las incidencias que se den durante el procedimiento a través del portal PanamaCompra. Por la importancia que ha representado para el sistema de contrataciones, me permito transcribir la norma relacionada con las notificaciones:

⁶Artículo 129. Notificación. Todas las resoluciones y demás actos administrativos que emitan las entidades contratantes dentro del proceso de selección de contratista y en la ejecución del contrato, así como las que dicte el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, se publicarán en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra".

Asimismo, las resoluciones que emita la Dirección General de Contrataciones Públicas aceptando o rechazando la solicitud de registro de proponentes, así como admitiendo, rechazando o resolviendo una acción de reclamo, y las que emitan las instituciones del Estado ordenando la inhabilitación de un contratista deberán publicarse en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra".

Transcurrido un día hábil después de que la entidad contratante haya publicado en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra" las resoluciones, el cuadro de cotizaciones de compras menores o los actos administrativos mencionados en este artículo, se darán por notificados. De considerarse agraviado el proponente con la decisión adoptada por la entidad, podrá interponer el recurso de impugnación que establece esta Ley o el recurso de apelación contra la resolución administrativa del contrato, salvo las excepciones que establece la presente Ley.

⁶ El Tercer párrafo del artículo fue modificado por el artículo 12 de la Ley 41 de 10 de julio de 2008. Se incluye la frase "o el recurso de apelación contra la resolución administrativa del contrato". El artículo 25 de la Ley 69 de 6 de noviembre de 2009 modificó el artículo introduciendo la siguiente frase: "En las contrataciones menores las notificaciones se darán transcurrido un día hábil después de la publicación en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra" y en el tablero de anuncios del cuadro de cotizaciones" y eliminó parte del texto original de la parte final del artículo que señalaba lo siguiente: "Es obligación de los proponentes mantenerse informados de todas las incidencias que se den en los procesos de selección de contratista en los cuales participa y, para ello, debe verificar con frecuencia, en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra", todos los anuncios y notificaciones con respecto a los actos públicos."

La Ley 80 de 2009 había modificado este artículo extendiendo la obligación de notificación a la mayoría de las actuaciones que se dan en el procedimiento de selección de contratistas. El artículo 38 de La Ley 48 de 2011 mantiene el espíritu de dicha reforma, pero elimina la obligación de realizar todas las publicaciones en el "tablero de anuncios que deben mantener todas las instituciones del Estado". Igualmente se reduce de dos días a un día hábil el plazo para que se den por notificadas las decisiones de las instituciones y se consideren ejecutoriadas las mismas.

Es obligación de los proponentes mantenerse informados de todas las incidencias que se den en los procesos de selección de contratista en los cuales participa y, para ello, debe verificar con frecuencia, en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra", todos los anuncios y notificaciones con respecto a los actos públicos.

Es necesario destacar que la reforma del mes de mayo de 2011 (Ley 48 de 2011) eliminó la obligación de publicar en los tableros de la institución las notificaciones y comunicaciones a los contratistas (resoluciones y demás actos administrativos que se den en el procedimiento de contratación pública), no obstante esta obligación se mantiene en todo el articulado de la Ley, por lo que deberá considerarse tácitamente derogada, aunque lo más razonable es que se realice una derogación expresa de la frase en todos los artículos en donde todavía se contempla la publicación en tableros. La medida adoptada en la última reforma potencia el uso del sistema PanamaCompra y obliga a los contratistas a mantenerse informados y actualizados de las incidencias de los procesos de contratación en las que participan. Algunos sectores han considerado estas medidas como excluyentes para quienes no tienen acceso a la tecnología, pero las críticas han sido mucho menores que la funcionalidad que esto le ha aportado al sistema.

III. Los Procedimientos de Selección de Contratistas en la Ley 22 de 2006

Vamos a desarrollar brevemente en qué consisten cada uno de ellos:

1. Licitación Pública. El artículo 42 de la Ley 22 señala que la licitación pública es el procedimiento de selección de contratista en el que el precio es el factor determinante, siempre que se cumpla con todos los requisitos y aspectos técnicos exigidos en el pliego de cargos. Este procedimiento se utilizará cuando el monto de la contratación sea superior a los treinta mil balboas (B/.30,000.00)

2. Licitación por Mejor Valor. De acuerdo al artículo 43, la licitación por mejor valor es el procedimiento de selección de contratista en el cual el precio no es el factor determinante, y se podrá realizar cuando los bienes, las obras o los servicios que van a ser contratados tienen un alto nivel de complejidad y el monto de la contratación es superior a los treinta mil balboas (B/.30,000.00). En este procedimiento se ponderarán los aspectos técnicos, económicos, administrativos y financieros ofertados por los proponentes, y se adjudicará al proponente que obtenga el mayor puntaje

en la metodología de ponderación especificada en el pliego de cargos, siempre que este cumpla con los requisitos mínimos obligatorios exigidos en el pliego de cargos.

3. Licitación por Mejor Valor con Evaluación Separada. El artículo 2 de la Ley señala que es el procedimiento de selección de contratista que podrá ser aplicable a contrataciones cuyo valor total del contrato exceda de veinte millones de balboas (B/.20,000,000.00) en el que un solo contratista desarrolla la totalidad de los requerimientos. En este procedimiento de selección, en una primera etapa, se evalúan únicamente los aspectos técnicos de las propuestas y se asigna una calificación sobre la base de dichos aspectos, y, en una fase posterior, se procede a la apertura de las propuestas económicas y se adjudica al proponente que obtenga la mayor calificación de acuerdo con la metodología de evaluación establecida en el pliego de cargos.

4. Licitación Abreviada. La licitación abreviada es el procedimiento de selección de contratista en el que el Estado selecciona y adjudica con base en el menor precio o, en los actos de mejor valor, en la mayor ponderación, siempre que se cumpla con todos los requisitos y aspectos técnicos exigidos en el pliego de cargos. Se podrá utilizar cuando el monto de la contratación sea superior a los treinta mil balboas (B/.30,000.00), el objeto de la contratación responda a la necesidad de satisfacer el interés social o estado de urgencia y se requiera que se efectúe en términos de tiempo menores a los dispuestos en otras modalidades de contratación descritas en esta Ley, lo que deberá justificar el representante legal en la respectiva convocatoria.

5. Licitación para Convenio Marco. El artículo 46 de la Ley la describe como la licitación para convenio marco es el procedimiento de selección de contratista en el que se seleccionará uno o más proponentes, con los cuales se firmará un contrato de bienes o servicios de uso masivo y cotidiano, llamado convenio marco, y se establecerán precios y condiciones determinados durante un periodo de tiempo definido. En el caso de convenio marco de bienes o servicios, el criterio de selección será definido por la Dirección General de Contrataciones Públicas en los respectivos pliegos de cargos, atendiendo la particularidad de las necesidades del Estado.

6. Subasta de Bienes Públicos. Modalidad de licitación pública que puede utilizar el Estado para disponer de sus bienes, independientemente de la cuantía de estos.

7. Licitación de Subasta en Reversa. La licitación de subasta en reversa es un proceso de puja y repuja con la finalidad de obtener el mejor precio de un bien, de un servicio o de una obra para la institución o las instituciones, dentro de un plazo determinado.

8. Contratación menor. Procedimiento que permitirá, de manera expedita, la adquisición de bienes, obras y servicios que no excedan los treinta mil balboas (B/.30,000.00), cumpliéndose con un mínimo de formalidades y con sujeción a los principios de contratación que dispone la presente Ley.

9. Contratación por mérito. Proceso de adjudicación de contrato, resultado de la evaluación apropiada y transparente de la calidad de una propuesta, con reglas claras y principios básicos de obligatoria observancia, para labores basadas en el talento de los involucrados y en el mérito de la propuesta, como una forma de promover el desarrollo integral del país en áreas tales como la ciencia y la cultura.

El Decreto Ejecutivo 366 de 2006 que reglamenta la Ley 22 de 2006, para efecto de determinar en qué casos es recomendable la realización de una licitación pública o una licitación por mejor valor, obliga a las instituciones a realizar un análisis de complejidad. El Decreto define el concepto de complejidad en su artículo 91.⁷

IV. Una mirada hacia la Contratación Directa y su Evolución (actualmente Procedimiento Excepcional de Contratación)

⁷ “Artículo 91: (Definición de Complejidad) Se consideran como de alto nivel de complejidad la construcción de obras públicas tales como puentes, carreteras, aeropuertos y obras similares cuyas características requieran de capacidades técnicas y de ejecución superiores a las comunes.

En la adquisición de bienes, se considerarán de alto nivel de complejidad, aquellos relacionados con suministros, equipos hospitalarios de tecnología avanzada, servicios o proyectos de carácter informático o de telecomunicaciones y en general, aquellos suministros cuyos componentes sean de un diseño o características técnicas superiores a las normales.

En el caso de la prestación de servicios, se consideran de alto nivel de complejidad aquellos servicios que requieren de destrezas, conocimientos o aptitudes especiales, superiores a las comunes.

Parágrafo: Cuando las obras públicas, los servicios y los suministros no tengan características técnicas, ni requieran de capacidades técnicas y de ejecución, ni de destrezas, conocimientos o aptitudes superiores a las normales, se realizarán a través del procedimiento de licitación pública.”

La Constitución Política panameña en su artículo 266 señala lo siguiente:

“La ejecución o reparación de obras nacionales, las compras que se efectúen con fondos del Estado, de sus entidades autónomas o semiautónomas o de los municipios y la venta o arrendamiento de bienes pertenecientes a los mismos se harán, salvo las excepciones que determine la Ley, mediante licitación pública.

La ley establecerá las medidas que aseguren en toda licitación el mayor beneficio para el Estado y plena justicia en la adjudicación.” (El subrayado es mío)

La excepción a la obligación de realizar la correspondiente licitación pública ha dado lugar a que se incorpore en la legislación panameña sobre la materia un capítulo destinado a regular dichas excepciones. Cuando se aprobó la Ley 22 parecía que la tendencia iba hacia la reducción de las situaciones que podían ameritar una contratación directa, sin embargo en las diferentes reformas, se fueron incorporando causales por lo que la intención original se fue desvirtuando. La última reforma introducida a la normativa sobre contratación pública a través de la Ley 48 de 2011, cambió el nombre del Capítulo originalmente denominado “Excepción de Procedimiento de Selección de Contratista, Autorización de Contratación Directa y Aprobación del Contrato” al de “Procedimiento Excepcional de Contratación”, con el ánimo por una parte de hacerlo más cónsono con el mandato constitucional, y por la otra, de reducir la connotación negativa que el término “contratación directa” había adquirido debido a los abusos en la utilización de las causales por parte de las instituciones. La reforma introduce mayores limitaciones ante la excesiva discrecionalidad que permitía la anterior normativa, sin embargo, el cambio de nombre y las medidas introducidas serán insuficientes, si no hay una voluntad real de convertir este procedimiento en verdaderamente excepcional.

La reforma introducida por la Ley 48 de 2011 separó las situaciones entre las que requieren de autorización de procedimiento excepcional por parte de una instancia superior o distinta a la que firma el contrato, muchas de las cuales requieren de un “informe técnico oficial fundado” que anteriormente se solicitaba excepcionalmente, de un conjunto de situaciones que no requieren de dicha autorización de excepción.

Entre las que si requieren aplicar el procedimiento excepcional se encuentran las siguientes:

1. Los contratos para la adquisición o arrendamiento de bienes o servicios, en los que el Estado actúe en calidad de arrendador o

arrendatario, así como la venta de bienes o servicios del Estado, en la que no haya más de un oferente o en aquellos que no haya sustituto adecuado, siempre que la venta no esté fundamentada en la existencia de derechos posesorios sobre inmuebles. Se entenderá que la aprobación del contrato no comprende un acto de reconocimiento de derecho alguno.

2. Cuando hubiera urgencia evidente de acuerdo con el numeral 49 del artículo 2, que no permita conceder el tiempo necesario para celebrar el acto público de selección de contratista.
3. Cuando se trate de conjurar situaciones excepcionales relacionadas con emergencias y desastres nacionales, previa declaratoria por el Órgano Ejecutivo.
4. Los contratos de permuta para adquisición de bienes muebles o inmuebles, previo avalúo correspondiente.
5. Las contrataciones por mérito para ciencia, tecnología, innovación y cultura, las cuales reglamentará el Órgano Ejecutivo por conducto del Ministerio de la Presidencia.
6. Los contratos que sobrepasen los trescientos mil balboas (B/.300,000.00), que constituyan simples prórrogas de contratos existentes, siempre que el precio no sea superior al pactado, cuenten con la partida presupuestaria correspondiente, no varíen las características esenciales del contrato, como sus partes, objeto, monto y vigencia, y así lo autoricen las autoridades competentes. Sin embargo, cuando existan razones fundadas se permitirá que la entidad contratante otorgue prórrogas cuya vigencia sea inferior a la pactada originalmente.

En casos de arrendamientos de bienes inmuebles, en los que el Estado actúe en condición de arrendatario, se entenderá también que existe simple prórroga, siempre que el canon de arrendamiento no exceda los límites permitidos de acuerdo con el valor promedio actualizado del bien.

Para efectos de esta disposición, se entenderá como valor promedio actualizado del bien el valor correspondiente hasta dos años después de la fecha del último avalúo oficial expedido por las autoridades competentes.

7. Los contratos considerados de urgente interés local o de beneficio social. Se entienden incluidos los proyectos relacionados con el desarrollo de recursos energéticos, hídricos y otros de importancia estratégica para el desarrollo nacional.
8. Los contratos de obras de arte o trabajos técnicos, cuya ejecución solo pueda confiarse a artistas reputados o a reconocidos profesionales.
9. Las contrataciones celebradas por la Asamblea Nacional que sobrepasen los cincuenta mil balboas (B/.50,000.00). En caso de

contrataciones inferiores a este monto, estas serán autorizadas por la Directiva de la Asamblea Nacional.

Por otro lado, el mismo artículo que establece las causales de excepción (62), en su párrafo, señala expresamente los casos en los que no será aplicable el procedimiento de selección de contratista ni el procedimiento excepcional de contratación, los cuales considero importante destacar:

- a. Para las adquisiciones de suministros, servicios u obras que guarden relación con la seguridad ciudadana, presidencial y del Estado. En los casos en que dichas adquisiciones sean menores de tres millones de balboas (B/.3,000,000.00), el ministro de la Presidencia, o quien él delegue, deberá autorizar la condición de tal. Cuando las adquisiciones sobrepasen la suma de tres millones de balboas (B/.3,000,000.00) serán autorizadas por el Consejo de Gabinete.

Para los efectos de este literal, las entidades deberán presentar solicitud formal que contenga, como mínimo, la siguiente información:

1. Objeto de la contratación.
 2. Identificación del tipo de seguridad con el que se guarda relación, debidamente fundamentada.
 3. Descripción de la adquisición, servicio u obra a contratar.
 4. Cuantía y partida presupuestaria.
 5. Justificación de la solicitud y de la contratación con el proveedor debidamente desarrollada y fundamentada.
 6. Cualquiera otra información o documentación que sustente la contratación o sea requerida por la autoridad correspondiente para emitir la autorización.
- b. Las contrataciones interinstitucionales que celebre el Estado, entendiéndose como tales las que se realicen entre entidades del Gobierno Central, las que celebre el Estado con sus instituciones autónomas o semiautónomas, municipales o con las asociaciones de municipios o de estas entre sí.
 - c. Los contratos que constituyan simple prórroga de arrendamiento de bienes o servicios ya existentes, cuyos montos no excedan de trescientos mil balboas (B/.300,000.00), por razones de normalización o por la necesidad de asegurar la compatibilidad con los bienes, el equipo, la tecnología o los servicios que se estén utilizando, siempre que se cuente con la partida presupuestaria correspondiente, que el precio no sea superior al pactado originalmente y no varíen las características esenciales del contrato, como sus partes, objeto, monto y vigencia. Sin embargo, cuando

existan razones fundadas, se permitirá que la entidad contratante otorgue prórrogas cuya vigencia sea inferior a la pactada originalmente.

En casos de arrendamiento de bienes inmuebles, en los que el Estado actúe en condición de arrendatario, se entenderá que existe simple prórroga, siempre que el canon de arrendamiento no exceda los límites permitidos de acuerdo con el valor promedio actualizado del bien.

Para los efectos de esta disposición, se entenderá como valor promedio actualizado del bien el valor correspondiente hasta dos años después de la fecha del último avalúo oficial expedido por las autoridades competentes.

- d. Las contrataciones celebradas con un mismo proveedor, para un mismo objeto contractual, cuya cuantía anual no sobrepase los cien mil balboas (B/.100,000.00). Para efectos de esta disposición, las entidades deberán publicar en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra" los respectivos contratos, debidamente refrendados por la Contraloría General de la República, en un plazo no mayor de cinco días hábiles, contado a partir de la fecha de recepción del contrato por parte de la entidad contratante. Se exceptúan de la publicación en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas "PanamaCompra" las adquisiciones, servicios y obras que guardan relación con la seguridad ciudadana, presidencial y del Estado.

V. Los Contratos Administrativos en la Legislación Panameña

Con relación a la naturaleza de los contratos administrativos, la legislación panameña no hace una división entre contratos públicos y contratos civiles de la Administración. La Ley prácticamente presume que si una de las partes es una institución de carácter público o realiza el contrato en ejercicio de funciones públicas, el contrato es administrativo, no obstante, ante situaciones que se han dado en la práctica, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ha dejado claro que la existencia de cláusulas exorbitantes en la relación contractual (las cuales en nuestra legislación se presumen incorporadas al contrato) es la que permite identificar cuándo estamos frente a un contrato administrativo susceptible de una tutela jurídica especial.

La sentencia de 27 de enero de 1999 es muy ilustrativa al respecto:

“Una vez esclarecida la facultad del Gerente General para la resolución del contrato y ante la situación planteada, la Sala comparte lo expuesto por la Procuradora de la Administración en cuanto a que estamos ante un contrato administrativo el cual presenta definitivamente características particulares que lo diferencian de los contratos civiles. Una de ellas es la existencia de cláusulas exorbitantes, que si bien es cierto no son estipulaciones contractuales, no es menos cierto que están inmersas tácitamente en este tipo de contratación, situación que obedece a la finalidad de realización de una obra o servicio público a que responden los contratos administrativos. Existe, pues, una situación de desigualdad jurídica a favor de la administración, como gestora del interés público, que conlleva la posibilidad de la adopción de medidas unilaterales relacionadas, entre otras, con la interpretación y resolución de los contratos como sucede en este caso. No obstante, debe quedar claro que ello no es absoluto, dado que el ejercicio de esas facultades exorbitantes se da en la medida que se ajusten a las normas jurídicas por las que se rigen.

Así las cosas, la Sala es del criterio que la actuación del Gerente de la Zona Libre de Colón se ajusta a derecho, pues, si se observa el contenido del artículo 36 del Decreto N° 665 de 1951, Reglamento Interno de la Zona Libre de Colón, se infiere que es diáfano al contemplar la caducidad del contrato de arrendamiento, en el evento de que el arrendatario no inicie dentro del primer año del contrato la construcción de un edificio que cumpla con los requisitos de seguridad del reglamento de la Zona Libre” (El subrayado es mío)

En sentencia de 8 de septiembre de 2008, la Sala vuelve a confirmar su posición:

“También, se debe tener presente que nos encontramos ante un contrato de naturaleza administrativa y no civil, por lo cual muestra características diferentes como de las cláusulas exorbitantes, lo que responde a una situación con una finalidad pública, que es a lo que responde un contrato administrativo, estableciéndose un situación de desigualdad a favor de la Administración, por ser gestora del interés público, por ello la adopción de medidas unilaterales como la resolución administrativa del contrato”. (El subrayado es mío)

Una vez realizado el análisis sobre cuándo estamos frente a un contrato público en Panamá, es necesario analizar el ámbito de aplicación de la ley de contratación pública.

El artículo 1 de la Ley 22 de 2006 establece el ámbito de aplicación de la Ley panameña de contratación pública:

“Artículo 1. Ámbito de aplicación. Esta Ley establece las reglas y los principios básicos de obligatoria observancia que regirán los contratos públicos que realicen el Gobierno Central, las entidades autónomas y semiautónomas, los municipios, la Caja de Seguro Social, los intermediarios financieros y las sociedades anónimas en las que el Estado sea propietario del cincuenta y uno por ciento (51 %) o más de sus acciones o patrimonio, así como los que se efectúen con fondos públicos o bienes nacionales para:

1. La adquisición o arrendamiento de bienes por parte del Estado.
2. La ejecución de obras públicas.
3. La disposición de bienes del Estado, incluyendo su arrendamiento.
4. La prestación de servicios.
5. La operación o administración de bienes.
6. Las concesiones o cualquier otro contrato no regulado por ley especial.

A las contrataciones que realicen las juntas comunales y locales, se les aplicará esta Ley en forma supletoria; no obstante, estas instituciones deberán someterse a las disposiciones contenidas en el artículo 141.

La adquisición de medicamentos, insumos y equipos médicos, por parte de la Caja de Seguro Social, se regirá por lo establecido en la Ley 1 de 2001, sobre medicamentos y otros productos para la salud humana, y demás disposiciones legales vigentes en la materia.

Las instituciones públicas de carácter educativo y de investigación científica que autorice el Órgano Ejecutivo podrán realizar proyectos, programas y actividades a través de las asociaciones de interés público a que se refiere el numeral 4 del artículo 64 del Código Civil. Las contrataciones que realicen estas asociaciones con

fondos públicos podrán someterse a los procedimientos de esta Ley.”

Del artículo transcrito se desprende que las modalidades de contratación que utilizará el Estado para cumplir con la satisfacción de los intereses públicos son la compra de bienes o su arrendamiento; el contrato de obra pública (dentro del cual se debe considerar incluido el contrato de llave en mano); la venta o arrendamiento de bienes; el contrato de servicios (dentro del cual se debe entender las consultorías); la operación o administración de bienes; y las concesiones y otros contratos no regulados por una ley especial. Vamos a analizar cómo está regulada cada una de estas modalidades en la legislación panameña sobre contratación pública.

El capítulo IX de la Ley 22 de 2006 desarrolla la regulación aplicable a todos los contratos públicos, destacándose aspectos relacionados con la firma del contrato, las potestades de las instituciones para lograr el cumplimiento del objeto contractual, la terminación unilateral del contrato, la cesión de los contratos y la cesión de créditos, las reglas para las modificaciones y adiciones al contrato sobre la base del interés público, los contratos celebrados con extranjeros, el pago, el otorgamiento de prórrogas, la inclusión de cláusulas penales y de incentivos, entre otros aspectos.

En el capítulo X de la Ley se regula el **Contrato de Obra**. La Ley no contiene una regulación exhaustiva de este tipo de contrato, solamente se regula en el articulado del capítulo aspectos relacionados con el inicio y ejecución de la obra, los pagos por avance, la terminación de la obra y de manera muy general el subcontrato de obras, lo que le otorga a los pliegos de cargos en materia de obras públicas, una excesiva liberalidad, ante la falta de un marco normativo más amplio.

El “**Contrato Llave en Mano o de Modalidad Similar**”, que podría considerarse como una subcategoría del contrato de obra, está regulado en un capítulo aparte de la Ley 22.

La Ley más que definir qué es un contrato llave en mano, en el capítulo que desarrolla este tipo de contrato, hace una descripción sobre la utilidad del mismo:

“**Artículo 94. Contratos Llave en Mano**. Cuando la administración pública pretenda proyectar una obra que, por su naturaleza o interés público, se tenga que realizar bajo la combinación de diferentes prestaciones que incluyan por regla general diseño, construcción, consultoría, suministros y prestación de

servicios o la fusión de algunas de estas, se podrán elevar convocatorias llave en mano como única vía para contratar en un solo procedimiento y un solo texto jurídico dichas obligaciones.

Esta modalidad de contratación se activa cuando la administración pretenda alcanzar la entrega del objeto que se va a contratar en perfecto estado de funcionamiento y rendimiento, apto para proporcionar a la entidad pública la capacidad de uso necesario para el cumplimiento de funciones sociales.

...”

Igualmente en la norma, se clasifican estos contratos en Completos y Parciales, y es necesario destacar que cuando se aprobó la el texto original de la Ley 22 de 2006, estaba expresamente excluida la posibilidad de alegar imprevisión en los contratos llave en mano:

“En los contratos llave en mano, deberá fijarse el precio global de antemano y de manera invariable para la totalidad de los trabajos previstos en los planos y presupuestos; también se establecerá que el contratista nunca podrá sufrir reducción del precio o exigir aumento de este. Además, en el contrato deberá quedar claramente establecido que no queda ninguna posibilidad de plantear imprevisión contractual.”

Sin embargo, a través del artículo 20 de la Ley 69 de 6 de noviembre de 2009 se eliminó este texto del artículo, por lo que en los contratos llave en mano actualmente es posible que el contratista alegue imprevisión para efecto de la modificación de los mismos.

La Ley contempla, en otro de sus capítulos, la regulación de los **“Contratos de Suministro, Servicios y Consultoría”**. La regulación de los mismos es bastante básica, pero lo destacable es que comparten normas que le son comunes. Dentro de este capítulo cabe resaltar que hay una excesiva liberalidad para la contratación de consultorías por vía excepcional (hasta antes de mayo de 2011 denominada en la propia norma como contratación directa) Los contratos de consultoría que no excedan de la suma de Trescientos Mil Dólares (\$300,000.00) no requieren de la autorización de procedimiento excepcional.

La Ley también regula los **Contratos de Donación y la Disposición de Bienes** a través de venta o arrendamiento, sin embargo,

no hay una regulación específica para la “**Operación y Administración de Bienes**”, ni para las “**Concesiones**”, que menciona el artículo 1 de la Ley 22, no obstante la aplicación de los procedimientos y demás reglas contenidas en la misma para este tipo de contratos dependerá en gran medida de los vacíos que contengan las normas especiales que regulen este tipo de contratos. A manera de ejemplo, tenemos la Ley 5 de 1988 que regula la concesión de obra pública en Panamá, que tiene como norma supletoria la Ley 22 de 2006.

En el mes de octubre de 2011, al momento del envío de este documento para su publicación, la Asamblea Nacional de Diputados se encontraba discutiendo un proyecto Ley de “Asociaciones Público Privadas”, con el ánimo de regular este tipo de contrato público que permite concesionar obras de infraestructura y servicios a cambio de un canon que debe pagar el Estado al concesionario, la mayoría de las veces sujeto a disponibilidad y otras condiciones.

VI. Los Temas pendientes de Reglamentación, Revisión o Reforma

Como se puede observar, en la nueva normativa hay significativos aportes e innovaciones; sin embargo, se mantienen algunos antiguos esquemas, y posteriormente a la aprobación de la Ley se han realizado modificaciones a su normativa, tal vez no muy cónsonas con el espíritu modernizador del nuevo sistema:

1. Se mantiene en la Ley el rechazo de plano de las ofertas cuando no se cumpla con la entrega de la fianza de propuesta con montos o vigencias inferiores a los establecidos en el pliego de cargos. En consecuencia cualquier error en la fianza relacionado con el monto y la vigencia genera el rechazo de una propuesta que puede ser la más favorable para el Estado.
2. La creación de comisiones verificadoras y el mantenimiento de comisiones evaluadoras con mayores poderes, las cuales deben tender a la excepcionalidad fortaleciéndose el registro de proponentes, a objeto que las mencionadas comisiones tengan cada vez un menor margen de discrecionalidad.
3. La Ley elimina la norma contenida en la Ley 56 de 1995, relacionada con los 90 días que las instituciones tenían para realizar los pagos a proveedores sin que pudiera exigírseles intereses moratorios. En consecuencia, la Ley 22 de 2006 permite introducir en los pliegos los plazos en los que considere la institución que puede realizar sus pagos, pero todavía falta una reglamentación clara al respecto.
4. En la Ley 22 y su decreto reglamentario, no se desarrollaron aspectos relacionados con la creación de criterios y metodologías de evaluación uniformes para diferentes tipos de contratación a

objeto de evitar que en las diferentes instituciones se evalúen aspectos similares a través de criterios y metodologías muy distintas. Actualmente cada institución tiene libertad para introducir en sus pliegos los aspectos relacionados con requisitos y exigencias particulares. La Dirección de Contrataciones Públicas tendrá la tarea de recomendar la introducción de mecanismos que tiendan a uniformar estos criterios y metodologías de evaluación⁸.

5. Se mantiene la facultad de rechazo como una potestad de la entidad licitante. En beneficio de la seguridad jurídica, esta figura requiere de una reglamentación que restrinja la excesiva discrecionalidad. Los tiempos han cambiado y el esquema de la facultad de rechazo que se mantiene en la Ley 22 de 2006, debe ser motivo de discusión para una futura reforma.
6. La Ley sigue dejando demasiado espacio a los pliegos de cargos en materia de contrato de obras, contrato llave en mano, modificación del contrato, equilibrio contractual⁹ y otros temas relacionados con la ejecución del contrato.
7. En materia de inversión extranjera, faltó en la ley un apartado que regulara la participación de empresas extranjeras en las licitaciones. Es un aspecto que se deja a los pliegos de cargos, en los cuales se pueden observar reglas distintas, lo que obliga a la remisión al Código de Comercio, que tampoco hace referencia directa a las licitaciones. En España, la anterior normativa y la nueva que data de 2007, establecieron un apartado dedicado a las empresas extranjeras no comunitarias, que además de utilizar criterios de

⁸ El problema relacionado con los criterios y metodologías de evaluación se reduce con una correcta utilización del Registro de Proponentes, el cual fue introducido en la ley, pero no contiene todavía un desarrollo reglamentario que permita reducir a un mínimo los aspectos a evaluar en los actos públicos.

⁹ El título IV del Reglamento de la Ley de Contratación Administrativa española, Real Decreto, 1098/2001 de 12 de octubre (existe una nueva ley española de contratos del Estado desde noviembre de 2007) establece un procedimiento para la revisión de precios. El citado reglamento propone una fórmula polinómica, salvo que no sea aplicable a un contrato por sus peculiaridades, lo que permitirá utilizar una fórmula especial. La fórmula propuesta para la previsión, en los casos de contratos de obras y suministro de fabricación es la siguiente: $K = K_1 \times (1 + (0.75 n) \times IIPC/12)$ donde K = coeficiente de actualización para la parte de la anualidad objeto de la previsión; K_1 = coeficiente de revisión, según la fórmula aplicable al contrato, en el mes que se procede a realizar la previsión, aunque la revisión no procediera por no haberse ejecutado el 20 por 100 del presupuesto o no hubiera transcurrido un año desde la fecha de la adjudicación del contrato; n = al número de meses dentro de la anualidad en la que procede la revisión; $IIPC$ = variación en tanto por uno del índice general de precios al consumo previsto para los doce meses siguientes. El artículo 105 del mencionado Decreto, sigue desarrollando la forma en que se realiza el cálculo; sin embargo, lo que pretendemos dejar plasmado es la necesidad de buscar fórmulas a objeto de evitar la improvisación cuando en los pliegos no se haya previsto previamente una fórmula matemática, la cual debería ser uniforme, para realizar el correspondiente ajuste sobre la base del equilibrio contractual.

reciprocidad, **indica que para celebrar contratos de obras, será necesario además que las empresas tengan abierta sucursal en España, con designación de apoderados o representantes para sus operaciones y además, que estén inscritas en el Registro Mercantil.** Regular esto en la propia norma es saludable porque evita la remisión al Código de Comercio y que cada pliego de cargos, dependiendo de la institución, exija a las empresas extranjeras requisitos distintos como condición para su participación en los respectivos actos públicos.

8. La Ley originalmente redujo las posibilidades de contratar directamente; sin embargo, la Ley 41 de 2008, introdujo en la reforma la posibilidad de contratar directamente contratos de consultoría, hasta por un monto de B/300,000.00, eliminando incluso en la norma la obligación de solicitar la excepción de contratación directa al Ministerio de Economía y Finanzas.¹⁰ La Ley 48 de 2011 redujo la cantidad de causales que permite acudir al procedimiento excepcional, pero introdujo nuevas situaciones que no requieren la realización de un procedimiento de selección, ni la correspondiente autorización de excepción.
9. Con la Ley 69 de 2009 se cambió del efecto del recurso de impugnación ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas (efecto devolutivo cuando se trate de licitaciones abreviadas y contratos que no excedan los B/.5,000.000.00) va en contra de la esencia de la institución de este recurso el cual permitía la tutela del derecho antes de llegar a los tribunales jurisdiccionales. Sin la suspensión del acto, además del aumento de la fianza de recurso de impugnación, también introducida por esta norma, se desdibuja aún más la esencia de este Tribunal, lo cual tendrá un efecto inhibitor, además de que atenta contra el derecho a una legítima defensa ante abusos y arbitrariedades administrativas.
10. Es necesario que se defina con claridad lo referente al precio oficial o precio de referencia de los actos públicos. La Ley 22 y sus normas reglamentarias no contienen reglas claras para su definición y cálculo. Por otro lado, el sistema PanamaCompra exige que el mismo se plasme antes de la realización del acto público para que sea de conocimiento de todos los interesados, lo que considero es una práctica saludable, lo cual siempre será

¹⁰ Artículo 82 (reformado por el artículo 8 de la Ley 41 de 2008): Contrato de Consultoría: Quedan comprendidos dentro de los contratos de consultoría los contratos que tienen por objeto la interventoría, asesoría y gerencia de obras o de proyectos, así como la dirección, la programación, el análisis, el diseño, los planos, los anteproyectos y servicios similares... **Parágrafo 2.** Se exceptúan del procedimiento de selección de contratista y autorización de contratación directa, las consultorías que no sobrepasen de trescientos mil balboas (B/.300,000.00)

objeto de debate (La Autoridad del Canal de Panamá mantiene la reserva del precio o valor estimado de los contratos de obra para ciertas licitaciones, lo cual fue introducido en la legislación panameña con la licitación por mejor valor con evaluación separada)

La tendencia en muchas latitudes es hacer público el precio estimado o de referencia en todas las adquisiciones del Estado, lo cual debería estar establecido en la Ley como una obligación. Si el precio fue bien calculado, las ofertas se presentarán a la baja, además de que el conocimiento del mismo permite saber cuánto es el valor y la calidad por la que está dispuesta a pagar el Estado (a pesar de que la partida presupuestaria permita realizar ajustes)

11. A través de la Ley 12 de 19 de marzo de 2010 y la Ley 18 de 23 de abril de 2010 se crean, respectivamente un nuevo procedimiento de selección de contratistas: la Licitación por Mejor Valor con Evaluación Separada, y un Régimen Especial de Adquisición de Obras, Bienes y Servicios para el Ministerio de Educación. Ambas normas proponen licitaciones con evaluación separada, lo que nos retrotrae al procedimiento de Concurso contenido en la Ley 56 de 1995, con el componente adicional de que el precio de referencia, oficial o estimado, se mantiene oculto a los licitantes, lo cual como señalamos arriba, ha sido objeto de debate, resultando la tendencia a favor de la publicidad de dicho precio o presupuesto estimado, tomando en cuenta que el precio es determinante para la adjudicación, inclusive, en algunos pliegos de cargos se establecen fórmulas matemáticas para ponderarlo.

Por otro lado, la creación de procedimientos especiales puede generar un “efecto dominó” en las demás instituciones que pueden reclamar un beneficio similar, lo cual no es positivo para el sistema de contratación pública, el cual debe tender hacia la uniformidad.

12. Se observa también una tendencia a excluir instituciones del control previo de la Contraloría General de la República. En el año 2010, se extendió este privilegio al Tribunal Electoral y se le otorgó temporalmente al Ministerio de Educación, al Ministerio de Salud y al Ministerio de Obras Públicas. En materia de contratación pública el control previo permite advertir deficiencias en los procedimientos que el control posterior no siempre puede subsanar. De modo que dicha medida debe ir acompañada de estrictos procedimientos internos de autocontrol, de lo contrario los riesgos son significativos.
13. La Ley 48 de 2011 realizó modificaciones la Ley 22 de 2006, cambiando el concepto de contratación directa por el de procedimiento excepcional de contratación e introduciendo nuevos procedimientos para obtener las respectivas autorizaciones. Se observa también una reducción general de plazos con el ánimo de

otorgarle mayor celeridad a los procesos de contratación, con el sacrificio que representa esta medida en materia de garantías.

La contratación pública debe aspirar a convertirse en un sistema eficiente que permita la adjudicación a la mejor propuesta para el Estado, lo cual se puede lograr a través de un registro de proponentes debidamente reglamentado, la utilización efectiva de los Convenios Marco, estudios de mercado que permitan determinar los precios promedio de lo que requiere la Administración para satisfacer los intereses colectivos, metodologías de evaluación más uniformes y objetivas, reglas claras para proceder a la modificación del contrato por diversos motivos, entre ellos el equilibrio contractual, utilización de tecnología en todo el proceso, garantizando la no exclusión de las zonas apartadas y de quienes no tienen acceso a la tecnología y mecanismos ágiles, simples y no excesivamente restrictivos, para la solución de controversias. Nuestro sistema va en el camino correcto en algunas materias, pero en muchas hace falta realizar los ajustes necesarios. Se requiere realizar un análisis de cada una de ellas para verificar fortalezas, debilidades y riesgos. El tema del equilibrio contractual y la modificación del contrato sobre la base del interés público es uno de ellos.

Bibliografía panameña en materia de Contratación Pública

Cedeño Alvarado, Ernesto.

- Temas Actuales sobre Contratación Pública. Editorial Universal Books, 2009.
- La Contratación Pública en Panamá. 2001.
- Compendio de normas sobre Contratación Pública. 2007
- Aspectos procesales de la contratación pública en Panamá.
- Jurisprudencia sobre Contratación Pública. 2004

Gasnell Acuña, Carlos.

- Cómo Contratar Eficientemente con el Estado, un análisis crítico de la Ley 56 que regula la contratación en Panamá. Panamá, 2004.
- Comentarios sobre la nueva Ley de Contratación Pública. Revista Debate N°14, 2008. Asamblea Nacional de Diputados.
- La Ley 22 de 2006 y su Decreto Reglamentario (Texto comentado). 2010

Cavalli, Carlos. Compendio de Contratación Pública en Panamá. Editorial Portobelo, Panamá, 2013.

Documentos electrónicos

La Contratación Pública en Panamá. Junta de Andalucía, 2010.
<http://www.extenda.com.pa/LinkClick.aspx?fileticket=Eq7irgSn%2Fzg%3D&tabid=38>

**IMPLEMENTACIÓN Y CUMPLIMIENTO
DEL CÓDIGO INTERNACIONAL PARA LA
PROTECCIÓN DE LOS BUQUES Y DE
LAS INSTALACIONES PORTUARIAS
(CÓDIGO PBIP) EN LA REPÚBLICA DE
PANAMÁ**

ERIC I. GONZÁLEZ GAITÁN

1.- INTRODUCCIÓN

El Código Internacional de Protección de la vida humana en el mar y en las instalaciones portuarias –Código PBIP (o Código ISPS) comprende un conjunto de normas que propician la adopción de mecanismos de evaluación y mitigación de riesgos a la seguridad de los buques y de las instalaciones portuarias, que desarrolla el Capítulo XI-2 de Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar de 1974, en su forma enmendada. El Código PBIP está dividido en 2 partes: una de ellas contiene las prescripciones obligatorias y que debían implementar los países a más tardar el 1 de julio de 2004, y una segunda parte contentiva de orientaciones a los Estados.

El Contenido obligatorio dispone una serie de medidas para la detección y prevención de actos que supongan amenazas al transporte marítimo y a las instalaciones marítimas que debían adoptarse al 1 de julio de 2014. La parte B del Código PBIP sobre orientaciones que complementan la parte A obligatorias.

La Ley 7 de 27 de octubre de 1977 es el instrumento legal que adopta y convierte en Ley nacional el Convenio SOLAS y la Resolución ADM No.140-2003 del 15 de mayo de 2003, la Autoridad Marítima de Panamá establece las directrices para implementar el Código internacional para la protección de los buques y de las instalaciones portuarias (Código PBIP), adoptado como enmienda del Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar –SOLAS 74 (enmendado).

Ahora bien, desde la entrada en vigor de las disposiciones obligatorias al 1 de julio de 2004 han transcurrido exactamente 10 años, dentro de los cuales la República de Panamá ha vivido una importante evolución normativa de su sector marítimo, incluido el sector portuario y logístico, todo esto tomando en consideración las reglas del Código PBIP. Año 2004 Panamá modificó la Constitución Política y entre otras reformas adoptó un nuevo título para jerarquizar la institucionalidad del Canal de Panamá, y en ello estableció como principio constitucional la vinculación de las entidades del sector marítimo a una estrategia marítima nacional, inédita adopción constitucional que fija la importancia que para Panamá tiene el sector marítimo. Dicha estrategia marítima nacional fue aprobada mediante Resolución de Gabinete No.3 de 28 de enero de 2004. Justo en este documento, se adopta como parte de los objetivos estratégicos de

Panamá al “(...) *propiciar la seguridad jurídica y el cumplimiento con la normativa internacional*” y como parte de ello “(...) *llevar a cabo una prolija evaluación de todos los compromisos internacionales marítimos del Estado Panameño mediante la revisión de los convenios internacionales de los cuales Panamá es parte, con miras a elaborar planes para su mejor cumplimiento, y promover la coordinación del cabildeo, la negociación y la generación de consensos frente a temas marítimos globales relevantes para el país.*”

El presente ensaño se ocupa de presentar una descripción del contenido regulatorio del Código PBIP, empezando por un breve repaso de los antecedentes que llevaron a su adopción, la legislación local que se ha adaptado a la nueva realidad y los procesos relacionados con la certificación de las instalaciones portuarias de conformidad con este instrumento normativo internacional. Aspiramos a establecer cuáles son las reglas que han logrado implementarse, y cuales han tenido alguna dificultad para su aplicación, las causas de ello y estimar sus consecuencias.

Al final de nuestro trabajo presentaremos las conclusiones que resulten del estudio realizado y las recomendaciones.

2.- EL PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN

Transcurridos 10 años de la entrada en vigencia del Código PBIP se estima que muchas de sus disposiciones y orientaciones aún no lograr implementarse en el sistema portuario panameño en su totalidad y aquellas que sí, lo han logrado en algunos casos bajo un manto de duda respecto a su eficacia práctica.

El Código PBIP busca alcanzar un estándar de seguridad y protección de las instalaciones portuarias. Al no lograr alcanzar o mantener este estándar, estas operaciones quedan expuestas a riesgos y potenciales peligros a la vida humana y sus bienes. También se expone el país a consecuencias económicas importantes pues el cumplimiento parcial o defectuoso del Código PBIP, acarrea sanciones a los buques y a los puertos panameños como instalaciones de destino, despacho o tránsito de carga, lo que se traduce en una pérdida de confianza, credibilidad y competitividad marítima.

3.- HIPOTESIS

La implementación y cumplimiento del Código PBIP en las instalaciones portuarias requerirá cambios en la estructura administrativa

de la Autoridad Marítima de Panamá y adoptar una política de contratación de personal técnico y administrativo que sea dotado de herramientas tecnológicas y de recursos suficientes para el desarrollo de sus actividades.

4.- JUSTIFICACION

La aplicación del Código PBIP es uno de los aspectos más importantes para el desarrollo del sector marítimo, portuario y logístico de Panamá. Conservar los estándares que el mismo propone, es fundamental para mantener la competitividad de estos servicios, garantizar el crecimiento del sector y promover la atracción de nuevas inversiones en el sector portuario. Por ello, es necesario evaluarlo para determinar posibles fallas en la implementación y en los procedimientos de control del Código PBIP en Panamá y sugerir la adopción de medidas para su corrección.

5.- OBJETIVO GENERAL

Determinar el estado de implementación de las normas obligatorias del Código PBIP en la República de Panamá.

6.- OBJETIVOS ESPECIFICOS

Examinar la normativa vigente así como su reglamentación aplicable a los puertos.

Determinar si la normativa reglamentaria vigente es adecuada para la implementación del Código PBIP a las instalaciones portuarias.

Analizar la estructura administrativa vigente, sus competencias y funciones.

Determinar si estas tienen la competencia y jerarquía adecuadas para garantizar el seguimiento y control de las actividades que implica la aplicación del Código PBIP.

7.- MARCO REFERENCIAL

La ocurrencia de grandes tragedias humanas han movilizad o importantes esfuerzos normativos a nivel internacional y el Código PBIP no es una excepción. La necesidad de crear normas que garanticen la

seguridad de las operaciones marítimas, si bien responde a un principio superior de protección de la vida humana, se enfoca en los espacios e instalaciones en las que se desarrollan las actividades del hombre.

Hoy día la amenaza terrorista se agenda como la máxima razón de protección de los puertos. Considera Ricard Marí que "(...) la amenaza terrorista ha dejado de manifiesto que su gran flexibilidad le permite adaptarse a las circunstancias de cada situación, pudiendo rebasar las líneas de defensa establecidas por procedimientos tradicionales."¹

Al establecerse el Código PBIP nos adentramos en el concepto de la "protección" y del estudio de los mecanismos que garantizan su implementación, así como del concepto de "seguridad", cubriendo el primer concepto el entorno de la instalación y el segundo el vórtice.²

La falta de aplicación de los mecanismos de protección de la seguridad que dispone el Código PBIP o la falla en su implementación, compromete la eficacia de los servicios sujetos a esta protección, al ser considerado esto un estándar operacional de la actividad portuaria. Adicional a ello, siendo el Código PBIP un cuerpo normativo global, la interactividad de los actores portuarios sujetos al mismo, los conmina a su cumplimiento, so pena de quedar excluidos de la cadena logística, con las consecuencias económicas que ello representa. Hoy se habla, por ejemplo, del concepto de seguridad total como nuevo enfoque de la protección de los usuarios de las instalaciones portuarias en el que se integran los planes de seguridad para alcanzar una protección óptima.³ Este "sistema integrado de seguridad total es una imperiosa necesidad para cumplir con los requerimientos en los cuales está inmerso el puerto, dadas las exigencias de los distintos países con quienes tiene relaciones comerciales".⁴

8.- MARCO HISTORICO

El 15 de abril de 1912, el hundimiento del Buque se pasajeros Titanic conmovió al mundo con la pérdida de más de 1500 vidas humanas,

¹ MARI, RICARD, DE LARRUCEA, JAIME RODRIGO y LIBRAN, ALVARO (2012). *"La Seguridad en los Puertos"* 2ª Edición. Valencia, España. Marge Book. Pag. 17.

² Cfr. *Ibíd*em, Pág. 24.

³ Cfr. *Ibíd*em, Pag. 179.

⁴ *Ibíd*em, Pag. 180.

luego de chocar con un iceberg en aguas del Océano Atlántico.⁵ Se trató de un evento que llamó la atención hacia el problema de la seguridad de la navegación y la necesidad de establecer reglas aplicables a toda la industria marítima.

El Gobierno británico de la época convocó a una Conferencia internacional con el propósito de desarrollar normas internacionales, a la que asistieron 13 países. De este encuentro resultó el Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar (Convenio SOLAS) que se adoptó el 20 de enero de 1914. El Convenio SOLAS fue modificado en Conferencias Internacionales de 1929 y 1948; para el año 1960 es modificado nuevamente ya bajo el auspicio de la ya existente Organización Marítima Internacional, constituyéndose en unas de sus primeras y principales tareas.

En octubre del año 1974, con la participación de 71 países, se adopta un nuevo Convenio SOLAS, el cual entró en vigencia el 25 de mayo de 1980 y corresponde a la versión vigente a la fecha, con las enmiendas posteriormente introducidas de conformidad con el mecanismo de modificación previsto en su Artículo VIII.

El 11 de septiembre de 2001, otra tragedia conmueve al mundo. En Estados Unidos 4 aviones secuestrados son utilizados por terroristas como arma para atacar Washington y Nueva York, resultando en uno de los atentados más impactantes de nuestra historia reciente y del que se derivaron discusiones globales sobre seguridad en todos los ámbitos, incluido el marítimo. Estos eventos llevaron al examen de los riesgos propios de la navegación, extendiendo su inteligencia a aquellos resultantes de actos dolosos promovidos por organizaciones terroristas o individuos, y alcanzando no solo la seguridad de la vida humana en el mar, sino también en las instalaciones portuarias.

En noviembre de 2001, apenas 2 meses después del ataque, se celebraba en Londres la 22ª Asamblea de la Organización Marítima Internacional. En esta reunión se acordó la elaboración de nuevas medidas en relación con la protección de buques, en las que se incluyeron también las instalaciones portuarias, las cuales se aprobarían mediante Resolución No.2 de la Conferencia Diplomática sobre Seguridad Marítima celebrada en Londres el 12 de diciembre de 2012, dispuso introducir el Capítulo XI-2 al Convenio SOLAS y el Código Internacional para la protección de los buques y de las instalaciones portuarias (Código PBIP) dividido en 2 partes; una de ellas contiene las prescripciones obligatorias

⁵Cfr. Organización Marítima Internacional. Consultado en (10/07/14) en: <http://www.imo.org/KnowledgeCentre/ReferencesAndArchives/HistoryofSOLAS/Pages/default.aspx>

y que debían implementar los países a más tardar el 1 de julio de 2004, y una segunda parte contentiva de orientaciones a los Estados.

9.- MARCO JURIDICO

Mediante Ley 7 de 27 de octubre de 1977, la República de Panamá ratificó el Convenio SOLAS de 1974. Las enmiendas de dicho Convenio también son parte de nuestra legislación en virtud de la aceptación del mecanismo de aceptación tácita contenido que contempla el Artículo VIII, por lo que al referirnos al “Convenio SOLAS” nos referimos al Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar de 1974, en su forma enmendada.

En 1998, por Decreto Ley 7 de 10 de febrero de 1998 se creó la Autoridad Marítima de Panamá y entre sus responsabilidades se estableció la de velar por el estricto cumplimiento de lo establecido en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar 1982, y los demás tratados, convenios e instrumentos internacionales ratificados por Panamá en relación con el Sector Marítimo.

Recordemos que es 12 de diciembre de 2002, en la Conferencia Diplomática de Londres de la Organización Marítima Internacional en la que se introduce el nuevo Capítulo XI-2 al Convenio Solas y el Código PBIP como nuevo ordenamiento internacional aplicable a los buques e instalaciones portuarias, el cual por aprobación tácita entró en vigor para el 1 de julio de 2004, y por tanto, es desde entonces norma vigente y aplicable en la República de Panamá

De cara a la implementación del Código PBIP, en la Autoridad Marítima de Panamá se creó mediante Resolución J. D. N° 003-2003 de 25 de febrero de 2003, el Departamento de Protección Marítima, como una unidad especial a la que se asigna la responsabilidad de velar por el fiel cumplimiento de las directrices establecidas por el Código PBIP⁶. Se adoptó igualmente, la Resolución ADM No.140-2003 de 15 de mayo de 2003, que contiene las Directrices para la implementación del Código. En dicha Resolución, se recogen las reglas esenciales del Código PBIP que debían ser objeto de aplicación al 1 de julio de 2004.

Hasta este momento, Panamá había creado la estructura orgánica dentro de la Autoridad Marítima de Panamá, encargada de velar por la aplicación del Convenio Solas y el cumplimiento del Código PBIP. De igual forma, había establecido las directrices necesarias para su implementación.

⁶ Documento del departamento de protección portuaria Consultado en la página Web.

En el mes de diciembre de 2003, mediante Resolución J.D. No.026-2003 de 22 de diciembre de 2003, la Junta Directiva de la Autoridad Marítima de Panamá aprobó el documento final de la Estrategia Marítima Nacional, el cual fue presentado al Consejo de Gabinete y aprobado mediante Resolución de 28 de enero de 2004. En dicho documento, se estableció como parte del objetivo estratégico No. 5 para el sector marítimo el “(...) *velar por el cumplimiento y promover políticas y convenios que garanticen la seguridad de la vida humana en el mar, protección marítima, la prevención de la contaminación del mar por los buques, protección del régimen laboral y monitoreo de la carga de acuerdo a los estándares comerciales, marítimos y logísticos internacionales exigidos por la Organización Marítima Internacional.*”

Por otra parte, la Ley 56 de 6 de agosto de 2008 general de puertos de Panamá, estableció en su Capítulo XIV normas sobre gestión de protección y seguridad portuaria, en el que se enfatizan las responsabilidades que tiene el país como Estado Rector de Puerto y la obligación de los operadores portuarios y los proveedores de servicios de contar con su Declaración de Cumplimiento y su Plan de Protección aprobado, que amparen los mecanismos que, de conformidad con el Código PBIP, se han implementado para garantizar la protección y seguridad portuaria.

Así de esta manera quedó dispuesto en el artículo 103 de la Ley 56 de 2008 que:

“Todos los requisitos de protección portuaria de la Autoridad Marítima de Panamá establecidos en este Capítulo se aplican sobre la base del Código PBIP (ISPS) del Convenio SOLAS a las instalaciones portuarias en territorio nacional que presten servicio a naves dedicadas a viajes internacionales y de las instalaciones portuarias que aunque sean utilizadas por naves que no realicen viajes internacionales, en ocasiones tengan que prestar servicio a tales naves”.⁷

Finalmente, tenemos el Resolución J. D. Nº 003-2003 de 25 de febrero de 2003, JD de la AMP mediante la cual se crea el DEPARTAMENTO DE PROTECCIÓN MARÍTIMA, y le asigna todas las funciones relacionadas con la implementación, control y seguimiento de las reglas del Código PBIP, y la Resolución J.D. No.009-2005 de 29 de julio de 2005, enmendada que crea el Comité de Protección Portuaria.

⁷ Véase Artículo 108 de la Ley 56 de 6 de agosto de 2008.

Vemos entonces que el Código PBIP es a todos los efectos norma vigente, actual e implementada en la República de Panamá y forma parte de las actividades cotidianas de vigilancia, control y cumplimiento de nuestra marina mercante y en particular, del sistema portuario nacional.

10.- CONTENIDO DEL CÓDIGO INTERNACIONAL PARA LA PROTECCIÓN DE LOS BUQUES Y DE LAS INSTALACIONES PORTUARIAS (CÓDIGO PBIP)

Las modificaciones introducidas al Convenio SOLAS del año 2001 introducen el Capítulo XI-2 sobre medidas especiales para incrementar la protección marítima, mediante 13 reglas que corresponden al marco regulatorio que desarrolla el Código PBIP.

El Código PBIP está dividido en dos partes: la “*Parte A*” sobre “*Prescripciones Obligatorias Relativas a las disposiciones del Capítulo XI-2 del Convenio Internacional para la Seguridad de la vida humana en el mar, 1973, enmendado*”. El contenido de la “*Parte A*” aborda los siguientes temas: 1. Generalidades; 2. Definiciones; 3. Ámbito de aplicación; 4. Responsabilidades de los gobiernos contratantes; 5. Declaración de protección marítima; 6. Obligaciones de la compañía; 7. Protección del buque; 8. Evaluación de la protección del buque; 9. Plan de protección del buque; 10. Registros; 11. Oficial de la compañía para la protección marítima; 12. Oficial de protección del buque; 13. Formación, ejercicios y prácticas en relación con la protección de los buques; 14. Protección de la instalación portuaria; 15. Evaluación de la protección de la instalación portuaria; 16. Plan de protección de la instalación portuaria; 17. Oficial de protección de la instalación portuaria; 18. Formación, ejercicios y prácticas en relación con la protección de las instalaciones portuarias; 19. Verificación y certificación de buques; Apéndice 1 de la Parte A. Modelo de certificado internacional de protección del buque; Apéndice 2 de la Parte A. Modelo de certificado Internacional de Protección del buque provisional.

La “*Parte B*” de “*Orientaciones relativas a las disposiciones del Capítulo XI-2 del Anexo del Convenio Internacional para la Seguridad de la vida humana en el mar, 1973, enmendado, y a la Parte A del presente Código*”. Esta sección presenta el mismo desarrollo esquemático de la Parte A, pero con un contenido más desarrollado y ampliado mostrando aspectos mucho más específicos con el propósito de ayudar en la implementación del Código.

10.1.- Objetivos del Código PBIP

El punto 1.2. del Código PBIP definen como sus objetivos:

- Establecer un marco internacional que canalice la cooperación entre organismos públicos y privados que interactúan en torno a las instalaciones portuarias, a fin de detectar las amenazas a la protección y adoptar medidas preventivas contra los sucesos que afecten a la protección de las instalaciones portuarias;
- definir las funciones y responsabilidades de cada una de estas partes actoras, para garantizar la protección marítima;
- garantizar la recopilación e intercambio de información sobre la protección;
- ofrecer una metodología para efectuar evaluaciones de la protección; y
- garantizar la confianza de que se cuenta con medidas de protección marítima adecuadas y proporcionadas.

Estos objetivos generales son compatibles con la finalidad del Código PBIP y buscan ilustrar la finalidad de la norma, ayudando a interpretar cada regla específica. Teniendo presente la diversidad de criterios que puedan dar lugar a confusiones y contradicciones al momento de aplicar determinada regla, consultar los objetivos ilustrará acerca de su propósito ayudando a lograr una interpretación adecuada a los fines del Código.

10.2.- Ámbito

Las prescripciones del Capítulo XI-2 introducidas al Convenio Solas y el Código PBIP constituyen el ordenamiento internacional que permitirá que los buques y las instalaciones portuarias puedan cooperar para detectar y prevenir actos que amenacen a la protección en el sector del transporte marítimo.⁸

Estas prescripciones solo son aplicables a los buques, y a las instalaciones portuarias en su interfaz buque-puerto. La Regla 1 del Capítulo XI-2 del Convenio SOLAS define “*Interfaz Buque-puerto*” como:

“Interacción que tiene lugar cuando un buque se ve afectado directamente por actividades que entrañan el movimiento de personas o mercancías

⁸ Cfr. Código PBIP. Preámbulo del Código PBIP del Convenio Internacional para la Protección de la Vida Humana en el Mar 1974 enmendado.

o la prestación de servicios portuarios al buque o desde este.”

Se define de igual manera lo que se debe entender como “*instalación portuaria*” a los efectos del Convenio, de la siguiente manera:

“(…) lugar determinado por el Gobierno Contratante o por la autoridad designada donde tiene lugar la interfaz buque-puerto. Esta incluirá según sea necesario, zonas como los fondeaderos, atracaderos de espera y accesos desde el mar.”

El ámbito de aplicación de Código PBIP alcanza a los buques de pasaje o de carga (incluida las de gran velocidad); o naves de arqueo bruto igual o superior a 500 TNB y a las unidades móviles de perforación mar adentro. También se aplica a las instalaciones portuarias que presten servicio a tales buques dedicados a viajes internacionales⁹, siendo permitido a cada Gobierno Contratante establecer el ámbito de aplicación, respecto a aquellas instalaciones portuarias que ocasionalmente presten servicios a buques que hacen escala tras un viaje internacional o zarpan desde ellas.

La decisión de establecer que es aplicable el Código PBIP a instalaciones portuarias que ocasionalmente presten servicios a buques que hacen escala tras un viaje internacional o zarpan desde ellas, se debe basar en una evaluación de la protección de la instalación portuaria realizada de conformidad con las reglas previstas en su Parte A.

Respecto a las instalaciones portuarias, la Regla 10 del Capítulo XI-2 del Convenio SOLAS establece que los Gobiernos Contratantes que tengan dentro de su territorio una o varias instalaciones portuarias se asegurarán de que se efectúen, revisen y aprueben las evaluaciones de la protección de dichas instalaciones, y se elaboren, revisen, aprueben e implanten los planes de protección de dichas instalaciones, de conformidad con lo establecido en la Parte A del Código PBIP.

El Código PBIP no le es aplicable a buques de guerra, ni a las naves auxiliares, ni a otros buques que siendo propiedad de un Gobierno contratante de la Convenio SOLAS, o estando explotados por él, se dediquen en forma exclusiva a servicios gubernamentales de carácter no comercial. No se establecen exclusiones específicas en cuanto a instalaciones portuarias, pero basados en los criterios aplicables a los buques, el Código no se aplicaría a instalaciones militares, que por su

⁹ Código PBIP, sección 3.1.

naturaleza operan bajo estándares de seguridad muy superiores a los de instalaciones portuarias comerciales.

10.3.- Declaración de protección marítima

La declaración de protección marítima se define en la Regla 1 del Capítulo XI-2 del Convenio Solas de la siguiente manera:

“Acuerdo alcanzado entre un buque y una instalación portuaria u otro buque con el que realiza operación de interfaz, en el que se especifica las medidas de protección que aplicará cada uno”

A los Gobiernos Contratantes corresponde la decisión de cuándo procede una declaración de protección marítima. Para ello se hará una evaluación del riesgo que una operación de interfaz buque-puerto o una actividad de buque a buque, pudiera suponer para las personas, los bienes o el medio ambiente. La definición de cuando es necesaria una declaración de protección marítima es una tarea exclusiva de los Gobiernos Contratantes por intermedio de su Autoridad designada y por tanto, no es posible delegar esta responsabilidad a una organización de seguridad bajo los términos del Código PBIP.

Un buque puede solicitar que se proceda con una declaración de protección marítima en los siguientes casos:

- el buque funcione a un nivel de protección más elevado que la instalación portuaria u otro buque con el que esté realizando una operación de interfaz;
- exista un acuerdo sobre la declaración de protección marítima entre Gobiernos Contratantes que regule determinados viajes internacionales o buques específicos en dichos viajes;
- se haya producido una amenaza o un suceso que afecte a la protección marítima en relación con el buque o en relación con la instalación portuaria, según sea el caso;
- el buque se encuentre en un puerto que no esté obligado a tener e implantar un plan de protección de la instalación portuaria aprobado; o
- el buque esté realizando actividades de buque a buque con otro buque que no esté obligado a tener e implantar un plan de protección del buque aprobado.

Corresponde a los oficiales de protección de buque (o a su capitán) o instalación portuaria o al organismo responsable de la protección en tierra, poner en ejecución la declaración de protección marítima.

La declaración de protección marítima contiene las medidas de protección necesarias que podrían repartirse entre el buque y la instalación portuaria (o entre los buques) y establecerá las responsabilidades de cada parte.

En cuanto al período mínimo de tiempo en el que las instalaciones portuarias localizadas en su territorio deberán conservar las declaraciones de protección marítimas vigentes, corresponde a los Gobiernos Contratantes especificarlo.

10.4.- Protección de la Instalación portuaria: Niveles de protección

Los niveles de protección corresponden de acuerdo a la sección 7 de la Parte A del Código PBIP¹⁰, a la graduación del riesgo de que ocurra o se intente provocar un suceso que afecte a la protección marítima. Se trata de la escala de posibilidad en la que se clasifica la protección de la instalación portuaria, que el Código presenta en tres niveles para uso internacional:

10.4.1.- Nivel de protección 1

Corresponde a una condición normal, siendo el nivel al que funcionan normalmente los buques e instalaciones portuarias. En este nivel deberán mantenerse medidas mínimas adecuadas de protección en todo momento.

Todas las instalaciones portuarias en este nivel llevarán a cabo las actividades que se indican a continuación:

1. garantizar la eficacia de todas las tareas de protección de la instalación portuaria;
2. supervisar el acceso a la instalación portuaria;
3. vigilar la instalación portuaria, incluidas la(s) zona(s) de fondeo y atraque;
4. vigilar las zonas restringidas a fin de garantizar que sólo tienen acceso a ellas las personas autorizadas;
5. supervisar la manipulación de la carga;
6. supervisar la manipulación de los pañoles del buque; y

¹⁰ Regla 1 del Capítulo XI-2 del Convenio SOLAS.

7. garantizar la pronta disponibilidad de medios para las comunicaciones sobre protección.

10.4.2.- Nivel de protección 2

Corresponde al que se aplicará si hay un incremento del riesgo de que se produzca un suceso que afecte a la protección. En este nivel deberán mantenerse medidas adecuadas de protección que indique el plan de protección para cada actividad descrita en el nivel 1, durante un periodo de tiempo, como resultado de un aumento del riesgo de que ocurra un suceso que afecte la protección marítima.

10.4.3.- Nivel de protección 3

Corresponde a una condición excepcional de las instalaciones portuarias; es el nivel que se aplicará durante el periodo en el que sea probable o inminente que se produzca un suceso que afecte a la protección. En este nivel deberán mantenerse medidas adecuadas de protección que indique el plan de protección para cada actividad descrita en el nivel 1, durante un periodo de tiempo limitado cuando es probable o inminente que ocurra un suceso que afecte a la protección marítima, aunque no sea posible determinar el blanco específico.

En un nivel de protección. 3, se considera que los Gobiernos Contratantes impartirán, según sea necesario, las instrucciones oportunas y facilitarán información sobre los aspectos de protección a los buques y las instalaciones portuarias que puedan verse afectados.

La parte B del Código propone una serie de recomendaciones específicas a considerar en el Plan de Protección de la instalación portuaria, con relación a las medidas que pueden adaptarse para cada nivel en aspectos relacionados con: 1) acceso a la instalación portuaria; 2) zonas restringidas dentro de la instalación portuaria; 3) manipulación de la carga; 4) entrega de las provisiones del buque; 5) gestión de equipajes no acompañados; y vigilancia de la protección de la instalación portuaria.

Los Gobiernos Contratantes deben determinar el nivel de protección que se aplica en un momento determinado a los buques e instalaciones portuarias y prestará orientación para la prevención de los sucesos que afecten a la protección. También les corresponde establecer y notificar las medidas que deben adoptarse en el plan de protección de la instalación portuaria para los diferentes niveles de protección y como ya mencionamos más arriba, debe indicar los casos en que es necesaria una declaración de protección marítima.

Mientras más altos son los niveles de protección se entenderá que existe un mayor riesgo de que ocurra algún suceso. El Código PBIP contempla algunos factores que se deben tener presente para establecer el nivel de protección adecuado. Estos factores son:

- el grado de credibilidad de la información sobre la amenaza;
- si hay corroboración de la información sobre la amenaza;
- si se considera que la información sobre la amenaza es específica o inminente; y
- las posibles consecuencias del suceso que afecte a la protección marítima.

10.5.- Evaluación de la protección de la instalación portuaria

De acuerdo a la sección 15.1. del Código PBIP, la evaluación de la protección de la instalación portuaria se considera como un elemento esencial e integral del proceso de elaboración y/o actualización del plan de protección de la instalación portuaria. La evaluación la realiza el Gobierno Contratante, a través de la Autoridad designada que en el caso de Panamá, sería el Departamento de Protección Marítima de la Dirección de Puertos de la Autoridad Marítima de Panamá, quien pueden delegárselo también a una Organización de Protección Reconocida (OPR).

Cuando la evaluación la realiza una OPR el Gobierno Contratante del lugar donde se localiza la instalación portuaria queda a cargo de examinar la evaluación y considerar su aprobación.

Periódicamente las evaluaciones de la protección de la instalación portuaria se deben revisar y actualizar. Para ello se tendrán en cuenta posibles cambios de las amenazas y/o los cambios menores en la instalación portuaria y, en todos los casos, se revisa y actualiza en el evento que se registren cambios importantes en la instalación portuaria.

La evaluación de la protección de la instalación portuaria deberá incluir, como mínimo, los siguientes elementos:

- identificación y evaluación de los bienes e infraestructuras que es importante proteger;
- identificación de las posibles amenazas para esos bienes e infraestructuras y la probabilidad de que se concreten, a fin de establecer medidas de protección y el orden de prioridad de las mismas;
- identificación, selección y clasificación por orden de prioridad de las medidas para contrarrestar las amenazas y de los cambios de

- procedimientos y su grado de eficacia para reducir la vulnerabilidad; y
- identificación de los puntos débiles, incluidos los relacionados con el factor humano, de las infraestructuras políticas y procedimientos.

El Gobierno Contratante puede autorizar que la evaluación de la protección de la instalación portuaria abarque más de una instalación portuaria cuando el explotador, la ubicación, el funcionamiento, el equipo y el proyecto de tales instalaciones sean semejantes, lo cual debe ser comunicado al Comité de Seguridad Marítima de la Organización Marítima Internacional.

Una vez ultimada la evaluación de la protección de la instalación portuaria, el Código dispone que es necesario elaborar un informe, que se deberá proteger contra el acceso o divulgación no autorizados, y que consistirá en un resumen que contendrá la manera en la que se llevó a cabo la evaluación, una descripción de cada punto vulnerable detectado durante la evaluación y una descripción de las medidas que podrían aplicarse para contrarrestar cada uno de esos puntos vulnerables.

10.6.- Organización de Protección Reconocida (OPR)

El Código permite que se delegue autorización a una Organización de Protección Reconocida (OPR) la tarea de realizar la evaluación de la protección. Las OPR son organizaciones debidamente especializadas en cuestiones de protección y con un conocimiento adecuado de las operaciones de los buques y de los puertos, autorizada para realizar una actividad de evaluación, o de verificación, o de aprobación o de certificación prescrita en el Capítulo XI-2 del Convenio Solas y en la parte A del Código PBIP.

Puede designarse como OPR a un puerto, a una autoridad portuaria o al explotador de una instalación portuaria si poseen los conocimientos pertinentes en materia de protección, indicados más abajo.

En el Código PBIP se permite a las OPR asesoren a las compañías o instalaciones portuarias en materia de protección, incluidas las evaluaciones de la protección de los buques, los planes de protección de los buques, las evaluaciones de la protección de las instalaciones portuarias y los planes de protección de las instalaciones portuarias. Esto puede incluir la realización de la evaluación o el plan de protección de un buque o la evaluación o el plan de protección de una instalación portuaria. Las OPR no pueden ser autorizadas para aprobar un plan de protección si han intervenido en la realización de la evaluación o del plan de protección.

El Código PBIP en la sección 4.3. de la Parte B, recomienda una serie de cualidades que se consideren para avalar la competencia profesional de la OPR y se determine que tiene el perfil adecuado para cumplir con las responsabilidades que le corresponde asumir.

10.7.- Plan de protección de la instalación portuaria (PPIP)

Basado en la evaluación de la protección, la cual deberá estar debidamente aprobada por la Autoridad competente, se elabora un plan de protección de la instalación portuaria (PPIP) que se adecue a la interfaz buque-puerto, y que comprende los tres niveles de protección definidos más arriba.

De acuerdo al Código PBIP, la preparación del PPIP es responsabilidad del Oficial de protección de la instalación portuaria (OPIP). Aunque no es necesario que el OPIP lleve a cabo personalmente todas las tareas que corresponden a ese puesto, siempre será en última instancia personalmente responsable de asegurarse de que estas se realizan adecuadamente.

El PPIP se elabora siguiendo las orientaciones que prevé la Parte 2 del Código PBIP, y en el idioma de trabajo de la instalación portuaria. El contenido de cada PPIP variará en función de las circunstancias especiales de la instalación o instalaciones portuarias, a que se aplique. En la evaluación de la protección de la instalación portuaria se deben identificar las características especiales de la instalación portuaria y las posibles amenazas que han llevado a la necesidad de nombrar un OPIP y preparar un PPIP.

Todo PPIP debe exponer detalladamente la organización de la protección de la instalación portuaria y exponer la organización de los enlaces de la instalación portuaria con otras autoridades competentes y la configuración de los sistemas de comunicación necesarios para el funcionamiento eficaz en todo momento de la organización y de sus enlaces con otras entidades, entre las que se incluyen los buques que se hallen en el puerto. Además debe exponer detalladamente las medidas básicas, de carácter tanto operacional como físico, que se han adoptado para el nivel de protección.

El PPIP deberá ser aprobado por la Autoridad competente designada, en nuestro caso por la Autoridad Marítima de Panamá.

El Código PBIP, conmina a que el personal que realice las auditorías internas de las actividades de protección especificadas en el plan o que evalúe su implantación, sea independiente de las actividades objeto de verificación. Esto es así a menos que esto no sea factible por el tamaño y la naturaleza de la instalación portuaria.

Es posible que se combine el plan de protección de la instalación portuaria con el plan de protección del puerto o cualquier otro plan del puerto para situaciones de emergencia, o formar parte de ellos.

10.8.- Oficial de protección de las instalaciones portuarias (OPIP)

La Sección 2 del Código PBIP define al Oficial de Protección de las instalaciones portuarias (OPIP), como

“(...) la persona designada para asumir la responsabilidad de la elaboración, implantación, revisión y actualización del plan de protección de la instalación portuaria, y para la coordinación con los oficiales de protección de los buques y con los oficiales de las compañías para la protección marítima.”¹¹

En toda instalación portuaria regulada por el Código PBIP es obligatorio designar un oficial de protección de la instalación portuaria, siendo permitido que esta misma personal sea la OPIP de más una instalación.

Al OPIP tiene a su cargo la responsabilidad de llevar a cabo una evaluación inicial completa de la instalación portuaria, tomando en consideración la oportuna evaluación de la protección de la instalación portuaria. También le corresponde garantizar la elaboración y el mantenimiento del plan de protección de la instalación portuaria y su implantación, entre otras responsabilidades.

Los OPIP deberán tener conocimientos y haber recibido formación, teniendo en cuenta las orientaciones de la sección 18 de la parte B del Código PBIP. El mismo deberá tener los conocimientos necesarios y recibir formación en materia de administración de la protección marítima, convenios y códigos internacionales, legislación y normativa

¹¹ Sección 2 del Código PBIP.

gubernamental sobre la materia, responsabilidades y funciones de otras organizaciones de protección, entre otras.

10.9.- Declaración de cumplimiento de instalación portuaria (DCIP)

El Gobierno Contratante en cuyo territorio se encuentra una instalación portuaria puede expedir una Declaración de cumplimiento de instalación portuaria (DCIP). Este documento debe expresar el nombre de la instalación portuaria, señalar que esta cumple con lo prescrito en el capítulo XI-2 y en la Parte A del Código, el periodo de validez que no deberá exceder los cinco años y las disposiciones de las verificaciones subsiguientes con una confirmación cuando éstas se lleven a cabo.

11.- EL CÓDIGO PBIP EN LA REPUBLICA DE PANAMA

11.1.- Departamento de protección portuaria

Bajo la Subdirección de Puertos de la Dirección de Puertos e industrias Marítimas Auxiliares funciona el Departamento de Protección Portuaria¹² que se encarga de implantar y hacer cumplir la normativa del Código Internacional para la protección de los buques y de las instalaciones portuarias – PBIP (ISPS por sus siglas en inglés), en materia de protección portuaria, y a la vez mantener las medidas de seguridad e higiene portuaria a nivel nacional, bajo la normativa del Reglamento de Seguridad e Higiene Portuaria.

Este departamento es el que concentra las funciones con relación a la implementación, aplicación, seguimiento, control, fiscalización y supervisión de todos los aspectos que involucre el Código PBIP. Su larga lista de funciones se vincula a los procesos relacionados con la protección de la seguridad de las instalaciones portuarias y los procedimientos de gestión para la preparación, aprobación y actualización de planes de protección de instalaciones portuarias, incluso en su fase de evaluación, fijación de niveles de protección, registro de modificaciones a los planes de protección, toda la coordinación con los oficiales de protección designados en las instalaciones portuarias y fiscalizar a las ORPs. Además, debe dar seguimiento y mantener actualizada la información sobre cambios propuestos por el Comité de Seguridad Marítima de la OMI y como instancia de control y seguimiento proveer

¹² Cfr. Resolución J. D. N° 029-2008 de 29 de abril de 2008 que aprueba el Manual de Organización Institucional y funciones de la Autoridad Marítima de Panamá.

estadísticas e información actualizada del estado de cumplimiento del Convenio Solas y del Código PBIP.

11.2.- Proceso de certificación de una instalación portuaria

El procedimiento de certificación de una instalación portuaria involucra 6 fases en las que se implementan estrictamente los procedimientos contenidos en la Parte A del Código PBIP, bajo las orientaciones y recomendaciones de la Parte B.

- Fase 1: Elaboración de evaluaciones de protección portuaria.
- Fase 2: Elaboración de plan de protección portuaria.
- Fase 3: Implementación del plan de protección.
- Fase 4: Inspección y/ o auditoría al plan de protección.
- Fase 5: Emisión del certificado ISPS a la instalación portuaria.
- Fase 6: Inspecciones y verificaciones de cumplimiento.

Para cada una de estas fases el Departamento de Protección Portuaria ha desarrollado un procedimiento que está certificado bajo el sistema de gestión de calidad ISO 9001. Cada procedimiento está respaldado en una lista de seguimiento que ayuda a que cada uno de los puntos a verificar en el correspondiente procedimiento sean debidamente cubiertos. De esta manera se cuentan con los siguientes procedimientos:

- Procedimiento de evaluación de la protección de la instalación portuaria: su objeto es establecer un marco estratégico que considere la probabilidad de que una violación de la seguridad y/o protección de una instalación.
- Procedimiento de cambio de niveles de protección “Comunicación y Notificación”: que busca dar a conocer las indicaciones esenciales, necesarias y específicas para el cambio en niveles de protección portuaria, su comunicación y notificación bajo los requisitos del Código PBIP.
- Procedimiento de auditoría externa de protección portuaria: que es la base de implementación del proceso de auditorías externas que asegure que los planes de protección de las instalaciones portuarias cumplen con el Código PBIP.
- Procedimiento de emisión de la certificación de la declaración de cumplimiento bajo el Código PBIP: que establece y mantiene un proceso de verificación del cumplimiento por parte de la instalación portuaria del código PBIP, para la emisión del Certificado de la Declaración de Cumplimiento.

11.3.- Comité de protección portuaria

El Comité de Protección Marítima es una instancia de apoyo al Departamento de Protección Portuaria, creado con el propósito de

colaborar en la ejecución de las regulaciones del Código PBIP. Este comité lo conforman representantes designados de las siguientes instituciones:

- Autoridad Marítima de Panamá, como “ cabeza y líder del comité”.
- Autoridad del Canal de Panamá (Protección del Canal).
- Consejo de Seguridad Pública y Defensa Nacional.
- Servicio Nacional Aeronaval.
- Policía Nacional.
- Autoridad Nacional de Aduana.
- Servicio Nacional de Migración.
- Dirección de Investigación Judicial.

Este Comité funciona como un asesor y cuerpo consultivo de análisis de la información de seguridad que reciba de los diferentes estamentos de seguridad del Estado, revisa los planes de protección que se presenten para aprobación del Departamento de Protección Portuaria y colabora en la supervisión, ejecución y desarrollo del Código PBIP. Las actuaciones de los miembros están regidas bajo reglas de estricta confidencialidad por lo sensitivo de la materia que tratan y a ello se obligan.

12.- Conclusiones

Consideramos de mucha importancia la elaboración de estudios que aborden el Código PBIP, tanto sus aspectos normativos y los prácticos relacionados con la fiscalización de los procedimientos de evaluación de la seguridad, de aprobación del plan de seguridad, de emisión de certificaciones internacionales de protección, las declaraciones de seguridad y las de cumplimiento.

Estimamos igualmente importante analizar el nivel de cumplimiento y aplicación en la práctica del Código PBIP en las instalaciones portuarias de la República de Panamá. Coincidiendo con la vigencia del Código PBIP, en los últimos 10 años nuestro país ha dado un salto exponencial en su desarrollo portuario.

Actualmente las 19 terminales portuarias privadas, que operan bajo régimen de concesionadas cuentan con su Certificación de Cumplimiento, y mantienen Oficiales de Protección de Instalación Portuaria designados. La realidad es totalmente distinta con relación a los puertos estatales, que curiosamente operan bajo la administración de la propia Autoridad

Marítima de Panamá, pero sin sujetarse a certificar el cumplimiento del Código PBIP. El seguimiento y las auditorías de los Planes de Protección, por sus características son de reservado acceso y no se cuenta con información sobre resultados de auditorías. La Autoridad Marítima de Panamá no lleva un control o información compilada de estadísticas que muestre la actividad de cumplimiento del Código PBIP en Panamá. El cumplimiento está medido por el resultado vigente, esto es, el hecho de que cada terminal portuaria cuenta con su Certificado de Cumplimiento. Consideramos relevante el registro y divulgación de actividad de control y seguimiento, que bien puede tenerse sin vulnerar la reserva que debe tener la información de protección de la seguridad de las instalaciones portuarias.

Hoy día nos situamos en la punta, como líderes del desarrollo portuario en la región latinoamericana y esta condición, junta la privilegiada condición como una de las principales rutas marítimas del mundo, nos impone responsabilidades en la implementación del Código PBIP, de manera que se garantice efectivamente la protección de la vida humana y que los riesgos potenciales que motivaron el surgimiento de este cuerpo normativo, sean debidamente mitigados con las medidas de prevención y detección previstas.

Considero necesario elevar el rango institucional de las unidades de gestión administrativa encargadas del seguimiento, aplicación y fiscalización del cumplimiento del Código PBIP en la República de Panamá, específicamente el Departamento de Protección Portuaria, de manera que ello represente una mayor disponibilidad de recurso humano, equipos y presupuesto para la eficacia de su gestión técnica.

Por su posición geográfica, desarrollo portuario, ruta principal de tránsito internacional y experiencia marítima, Panamá debería constituirse en un referente de implementación del Código PBIP, y promover el desarrollo de centros de formación de profesionales para la atención de las diversas áreas de gestión técnica, legal y administrativa de los procesos de evaluación de la protección portuaria, de la elaboración de planes de protección y de soporte a los operadores portuarios, y por supuesto, a la flota marítima registrada bajo nuestra bandera.

13.- Bibliografía:

- Libros

ASOCIACION HENRY CAPITANT. (1995). *Vocabulario Jurídico*. Editorial Temis. Santa Fe de Bogotá (Colombia). Publicado bajo la dirección de Gerard Cornu.

CABANELLAS, GUILLERMO. (1979). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo I, , Buenos Aires (Argentina). Editorial Helrasta, S.R.L.

BARROILHET ACEVEDO, CLAUDIO. (2004). *El Código Internacional para la Protección de los Buques e instalaciones Portuarias (Código PBIP)*. Orígenes del Código PBIP. Valparaíso, Chile. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

BERLINGIERI, FRANCESCO. *Derecho Marítimo*

MARI, RICARD. (2007) “*El Código PBIP-2: desarrollo de las ordenanzas portuarias*” Barcelona, España. Ediciones UPC2.

MARI, RICARD, DE LARRUCEA, JAIME RODRIGO y LIBRAN, ALVARO (2012) “*La Seguridad en los Puertos*” 2ª Edición. Valencia, España. Marge Book.

SALGADO Y SALGADO, JOSE EUSEBIO. (2012). *Manual de Derecho Marítimo*. Impreso en Estados Unidos. Editorial Académica Española

VRUIZ CHAPERON, AMBAR FARAH (2005). *Implementación del Código Internacional para la protección de los buques y de las instalaciones portuarias (Código PBIP)*. Tesis. Panamá. Universidad de Panamá.

- Leyes

Constitución Política de la República de Panamá.

Ley 7 de 27 de octubre de 1977 mediante la cual la República de Panamá ratifica el Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar de 1974.

Decreto Ley 7 de 10 de febrero de 1998 mediante el cual se creó la Autoridad Marítima de Panamá.

Ley 56 de 6 de agosto de 2008 General de Puertos de Panamá
Resolución de 28 de enero de 2004. Del Consejo de Gabinete
mediante la cual se aprueba el documento final de la Estrategia
Marítima Nacional.

Resolución J.D. No.029-2008 de 29 de abril de 2008 de la Junta
Directiva de la Autoridad Marítima de Panamá, por la cual se
aprueba el Manual Organizativo y de Funciones de la
Autoridad Marítima de Panamá.

Resolución J. D. N° 003-2003 de 25 de febrero de 2003, de la Junta
Directiva de la Autoridad Marítima de Panamá mediante la cual
se crea el Departamento de Protección Marítima.

Resolución J.D. No.026-2003 de 22 de diciembre de 2003, la Junta
Directiva de la Autoridad Marítima de Panamá mediante la cual
se aprueba el documento final de la Estrategia Marítima
Nacional.

Resolución ADM No.140-2003 de 15 de mayo de 2003, que contiene
las Directrices para la implementación del Código PBIP.

- Referencias de internet

Resolución **2** de 12 de diciembre de 2002 **de la Conferencia** de los
Gobiernos Contratantes del Convenio Internacional para la
Seguridad de la vida humana en el Mar, 1974 **y enmiendas
conexas al Convenio SOLAS 1974** que introduce el nuevo
Capítulo XI-2 al Convenio Solas y el Código PBIP.
Organización Marítima Internacional. Consultado (10/07/14)
en:

<http://www.imo.org/About/Conventions/ListOfConventions/Pages/Default.aspx>

Convenio Internacional para la Seguridad de la vida humana en el
Mar, 1974 enmendado. Edición refundida del Convenio
SOLAS. Consultado (10/07/14) en:
http://www.dicapi.mil.pe/omi/docs/convenio_solas%20pdf/Convenio_SOLAS.pdf

Autoridad Marítima de Panamá. Departamento de Protección
Portuaria. Consultado (10/7/14) en:

<http://www.amp.gob.pa/newsite/spanish/puertos/ProteccionPortuaria.pdf>

Organización Marítima Internacional. Consultado en (10/07/14) en:
<http://www.imo.org/KnowledgeCentre/ReferencesAndArchives/HistoryofSOLAS/Pages/default.aspx>

**EFFECTOS SOBRE EL FUNCIONAMIENTO
DEL CENTRO
DE CONCILIACIÓN, MEDIACIÓN Y
ARBITRAJE MARÍTIMO EN PANAMÁ
(CECOMAP)**

ANA MARÍA ALMANZA

1.- RESUMEN

El trabajo de investigación desarrolla principalmente los efectos positivos y negativos sobre el Centro de Conciliación, Mediación y Arbitraje Marítimo de Panamá (CECOMAP). Sin embargo, no ha iniciado su gestión como centro arbitral para la solución de controversias marítimas de alcance internacional, pero prontamente lo hará, de acuerdo a declaraciones de la presidenta de la Asociación Panameña de Derecho Marítimo, Iris Barranco. Por tal motivo, y en virtud de la existencia de centros arbitrales que gozan de gran prestigio y preferencia por parte de los comerciantes marítimos, hemos establecido cuáles son los efectos negativos y positivos que se dan en torno al futuro funcionamiento de CECOMAP frente a estos Centros Arbitrales reconocidos.

2.- INTRODUCCIÓN

Debido a la importancia del desarrollo de la actividad marítima en el comercio internacional resulta cada vez más necesario el establecimiento de mecanismos de solución de controversias donde se diriman procesos marítimos internacionales con mayor agilidad y que den soluciones efectivas a éstos. Es así como nacen los Centros de Arbitraje Marítimo Internacional de reconocida importancia mundial como es el caso de los centros de la Society of Maritime Arbitrators de Nueva York (SMA) y de la London Maritime Arbitrators Association,

Por la importancia marítima reconocida en el comercio internacional que tiene Panamá, conviene estudiar los efectos sobre el funcionamiento del Centro de Conciliación, Mediación y Arbitraje de Panamá (CECOMAP) Internacional, que pretende establecer la Cámara de Comercio Marítimo de nuestro país y por medio del cual se busca ubicar a nuestro país como centro arbitral para la solución de controversias marítimas de ámbito internacional para métodos alternos de solución de conflictos.

De este modo, el trabajo busca dar respuestas sobre los efectos que el funcionamiento de este Centro tendrá, a fin de determinar si las mismas, aparte de contribuir a la descongestión judicial y a la economía nacional, el mismo puede llegar a tener competencia frente a otros centros arbitrales establecidos en otros países. En este sentido, se establecen los

aspectos jurídicos en torno a la institución del arbitraje, y cuáles son los criterios positivos y negativos actuales involucrados con el funcionamiento de CECOMAP.

3.- PROBLEMA DE LA INVESTIGACIÓN

¿Cuáles son las posibilidades competitivas que tendrá el Centro de Conciliación, Mediación y Arbitraje Marítimo de Panamá (CECOMAP) frente a la actividad de los principales Centros arbitrales marítimos?

4.- HIPÓTESIS

La puesta en funcionamiento del Centro de Conciliación y Arbitraje Marítimo de Panamá (CECOMAP) de alcance internacional de la Cámara de Comercio panameña, tendría un alto nivel competitivo en comparación con los centros arbitrales ya existentes, en virtud de nuestra aventajada posición geográfica; el cúmulo de actividades marítimas que se desarrollan gracias a nuestro Canal y Sistema Portuario Nacional y en base a que contamos con una adecuada legislación marítima que permite que se desarrolle plenamente la actividad arbitral, permitirá un futuro beneficioso en materia de arbitraje.

De esta forma, el CECOMAP con sede en nuestro país atraería tanto a buques, como armadores, navieros, astilleros y todo tipo de agente del ámbito marítimo de la región, para la resolución alterna de conflictos marítimos internacionales y generaría beneficios económicos al país, debido a que atraería a los agentes del comercio marítimo internacional para la solución de sus conflictos, especialmente de la región latinoamericana.

5.- JUSTIFICACIÓN

Resulta de importancia el estudio sobre la viabilidad de dicho Centro de Arbitraje Marítimo puesto que, hasta hace poco nuestro país no contaba con una regulación adecuada en materia de métodos alternos de solución de controversias internacionales, hecho que se cambió mediante la promulgación de la Ley 131 de 2013.

De igual forma, en Centroamérica no existe un Centro de Arbitraje Marítimo que pueda competir frente a los centros arbitrales de mayor tradición, lo cual revela aún más la necesidad de la realización de la presente investigación, toda vez que ya se han efectuado las primeras

gestiones para el establecimiento de dicho Centro de Conciliación, Mediación y Arbitraje, y recientemente el tema ha cobrado importancia, luego de la celebración del Simposio Internacional “Convivencia pacífica, hacia un mundo sin conflictos”, en el marco del proyecto para el establecimiento de la Escuela Internacional de Arbitraje Marítimo en nuestro país.

6.- OBJETIVOS

6.1.- OBJETIVO GENERAL

1. Determinar los efectos sobre la implementación del Centro de Conciliación, Mediación y Arbitraje Marítimo en Panamá (CECOMAP) y el impacto del mismo en el comercio marítimo internacional.

6.2.- OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Establecer los mecanismos necesarios para el funcionamiento de dicho Centro de Arbitraje Marítimo internacional.
2. Indicar el grado de influencia o alcance que tendrá dicho Centro de Arbitraje Marítimo en la región latinoamericana.
3. Evaluar y manifestar las ventajas del funcionamiento de CECOMAP.
4. Señalar las dificultades operativas que puedan surgir en base al establecimiento del CECOMAP.

7.- MARCO REFERENCIAL

7.1.- ANTECEDENTES

El arbitraje, como institución utilizada en el comercio internacional, adquiere mayor importancia cuando nos referimos al ámbito del Derecho Marítimo. Esta práctica tiene su origen, en la caída del Imperio Romano, cuando al aumentarse el auge comercial en el Mediterráneo, era usual que las controversias marítimas de los puertos se sometieran a las decisiones de unos cónsules o jueces, quienes integraban corporaciones de comerciantes. De acuerdo con Guzmán, prueba de esta práctica, se observa: “(...) en la recopilación de las decisiones de estos “cónsules” en el puerto de Barcelona, contenida en el famoso “Consulado del Mar”¹.

¹ Cfr. GUZMÁN, JOSÉ VICENTE. *Arbitraje Marítimo en Panamá*. Recuperado el 17 de julio de 2014, desde:

La solución de controversias marítimas por medio del arbitraje ha sido la costumbre predominante. Anteriormente, las partes designaban como árbitros a comerciantes de reconocida experiencia y moral en la comunidad marítima; actualmente la práctica es que se designen tribunales arbitrales, constituidos por abogados, de probada experiencia en el Derecho Marítimo.

El primer acercamiento que tiene Panamá en materia de justicia arbitral se da en 1999, con el establecimiento del Decreto Ley 5 de 1999, por el cual se establecía el régimen general de arbitraje de la conciliación y de la mediación, lo que permitía la resolución de controversias civiles y mercantiles por métodos alternos de solución de conflicto y en las esferas de los centros o tribunales arbitrales de índole privada.

Es así, a raíz del mencionado decreto, como se crean diferentes Centros de Conciliación y Arbitraje en Panamá, tales como el Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá de la Cámara de Comercio, Industrias y Agricultura de Panamá (CeCAP) y, el Centro de Solución de Conflictos de la Cámara Panameña de la Construcción (CESCON).

Con respecto al establecimiento de un Centro Arbitral para la solución de controversias, específicamente del ámbito marítimo y con alcance internacional en Panamá, dicha posibilidad se viene estudiando desde los inicios del nuevo milenio, especialmente por el Licenciado José Vicente Guzmán, quien funge como árbitro internacional en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Panamá

Un hecho de especial importancia, en cuanto a los antecedentes históricos del presente trabajo, lo constituye los esfuerzos para la creación del Centro de Conciliación, Mediación y Arbitraje en Panamá realizados por la Asociación Panameña de Derecho Marítimo (APADEMAR), en conjunto con la Cámara Marítima de Panamá desde el año 2006, dentro del marco del Programa para el Fomento de Competitividad denominado “Compite Panamá”, realizado con el apoyo económico del Estado panameño y del Banco Interamericano de Desarrollo (BID).

Otro hecho importante lo constituye el establecimiento de una nueva ley que deroga lo estipulado en materia de arbitraje por el Decreto Ley 5 de 1999, conocida como “Ley 131 de 2013, que regula el Arbitraje comercial nacional e internacional en Panamá”, quedando el mencionado decreto vigente sólo con respecto a las disposiciones referentes a los

<http://www.cecacp.com.pa/files/ARBITRAJE%20MARITIMO%20EN%20PANAMA.pdf>

procedimientos de mediación y conciliación. Esto se debió en vista de que, a pesar del aumento al acceso a la justicia arbitral en nuestro país, la legislación que regía, no satisfacía la demanda prevaleciente en cuanto a la regulación del arbitraje internacional².

Con relación a la puesta en marcha del CECOMAP, uno de los últimos esfuerzos, además de la promulgación de la nueva ley en materia de arbitraje, es el Proyecto de Creación de la Escuela Internacional de Arbitraje Marítimo de Panamá, para el que se realizó un simposio internacional denominado “Convivencia Pacífica, hacia un Mundo sin conflictos”, que contó con el apoyo del CAF-Banco de Desarrollo para América Latina y la Cámara Marítima de Panamá, en marzo del 2014.

8.- MARCO TEÓRICO

8.1.- Aspectos generales de la institución del arbitraje marítimo:

8.1.1.- Concepto de arbitraje marítimo:

El arbitraje puede definirse como “un mecanismo mediante el cual la solución de un asunto que interesa a dos o más personas es encomendada a un tercero (el o los árbitros) cuyo poder no deriva de las autoridades de un Estado sino de un acuerdo privado, y son (el o los árbitros) quienes conducen y deciden el caso sobre la base de dicho acuerdo privado”³.

Por su parte, Jaime Guasp, define al arbitraje como: “(...) la resolución de un conflicto social por obra de un tercero a cuya decisión se someten las partes contendientes”⁴.

² Cfr. Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley 21 de 2012, de la Comisión de Gobierno, Justicia y Asuntos Constitucionales. Pág. 3. Recuperado el 7 de agosto de 2014, a:
http://www.asamblea.gob.pa/apps/seg_legis/PDF_SEG/PDF_SEG_2010/PDF_SEG_2013/PROYECTO/2013_P_578.pdf

³ SÁNCUIZ, S. (2005). *El Derecho Aplicable al arbitraje comercial internacional en el derecho venezolano*. Caracas (Venezuela): Publicaciones UCAB, Pág. 17.

⁴ GUASP, JAIME (1956). *El arbitraje en el Derecho Español*. Barcelona, España: Editorial Bosh. Pág. 30.

8.1.2.- Características del arbitraje marítimo

El arbitraje como método alternativo de solución de conflictos posee características propias, a saber:

1. Supone la existencia de un juicio, o por surgir, entre las partes sometidas a la decisión de un tribunal arbitral que dé fin a la controversia.
2. Su origen es contractual, puesto que son las partes, quienes mediante el acuerdo o cláusula arbitral, sustraen de la jurisdicción de los tribunales judiciales la controversia que se ha generado.
3. Tiene un carácter privado y transitorio, a excepción de los tribunales arbitrales permanentes, ya que los árbitros son designados por las partes sólo para la solución de la controversia, de modo que su existencia termina con la emisión del laudo arbitral.
4. Comprende las diferencias que pueden surgir entre las partes, ya sean las futuras o las ya existentes y todas aquellas que sean objeto de litigio.
5. Es esencialmente flexible y ágil.

8.1.3.- Elementos del arbitraje marítimo

8.1.3.1.- El acuerdo o voluntad de las partes:

Es un requisito fundamental del arbitraje, puesto que sin este acuerdo que da origen al establecimiento de la cláusula arbitral no se puede iniciar el proceso arbitral. Sobre esta voluntad de las partes de someterse a la jurisdicción arbitral, los juristas Chillón y Merino señalan: "No hay arbitraje sin la voluntad de las partes de otorgar al árbitro o árbitros un poder jurisdiccional. Justamente esa jurisdicción convencional que se otorga al árbitro es la nota distintiva que hace diferente el arbitraje de las convenciones, por las que se pretende integrar o completar una relación jurídica insuficiente por falta de algún requisito"⁵. Este acuerdo puede encontrarse contenido como cláusula dentro de determinado contrato marítimo⁶.

⁵ CHILLÓN, J. y MERINO J. (1991). Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional. Madrid: Editorial Civitas. Pág. 36.

⁶ Generalmente los contratos de mayor preponderancia en el Derecho Marítimo son redactados en base a proformas o modelos de contrato que han sido elaborados por

8.1.3.2.- La existencia de un conflicto

Una controversia potencial entre las partes, en nuestro caso de estudio, de un conflicto procedente de la ejecución de la actividad comercial marítima.

8.1.3.3.- La intervención de un tercero

Ajeno a las partes contratantes, sobre quien pesa la responsabilidad de dar una solución a la controversia. El mismo puede estar conformado por un solo árbitro, pero generalmente, en la práctica este tercero hace referencia a un tribunal arbitral de carácter permanente, perteneciente a un determinado Centro Arbitral de un Estado de importancia reconocida en el ámbito marítimo.

8.1.4.- Importancia del arbitraje marítimo en el contexto comercial internacional

De acuerdo con el jurista Juan José Álvarez Rubio⁷: “La importancia del arbitraje marítimo en el contexto comercial internacional es destacada unánimemente por la doctrina, y se manifiesta en diversos sectores del Derecho Marítimo: junto al tradicional ámbito del transporte bajo póliza de fletamento, se aprecia con frecuencia entre otros, en materia de abordajes, en el ámbito de la asistencia y salvamento marítimos, o en relación a los contratos de buques (en este caso, materializado normalmente mediante un arbitraje ad hoc)”⁸.

La resolución de controversias marítimas de alcance internacional por métodos alternos de solución de conflictos constituye un pilar fundamental dentro del objeto de estudio del Derecho Marítimo, toda vez que como lo indican Fernández De La Gándara, L. y Calvo Caravaca, A.L.: “(...) entre un 80% y un 90% de los contratos internacionales cuentan con

Asociaciones Marítimas Internacionales, tales como el Concejo Marítimo Internacional del Báltico o BIMCO, por sus siglas en inglés; con el fin de facilitar la ejecución de la actividad marítima garantizando la preservación de los intereses de cada parte contratante.

⁷ Profesor de Derecho Internacional Privado en la Universidad del País Vasco.

⁸ ÁLVAREZ RUBIO, JUAN JOSÉ (2000). *Derecho Marítimo y Derecho Internacional Privado: algunos problemas básicos*. País Vasco: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco. Pág. 60.

una estipulación en virtud de la cual las partes someten sus controversias a arbitraje, proporción que aumenta en el caso de los contratos marítimos (fletamento, transporte, seguro, salvamento, remolque, etc.)”⁹.

A pesar de que el arbitraje pueda aplicarse a las distintas controversias que puedan surgir, producto de la actividad marítima y de la explotación comercial del buque, incluyendo los casos de abordaje y salvamento, resulta incuestionable el hecho de que la mayoría de las controversias que dirimen los tribunales arbitrales marítimos se dan en razón a la existencia de un contrato. Esta situación nos la confirma la Dra. Bárbara de la Vega Justribó al señalar que “Partiendo de que el arbitraje puede ser aplicado a las controversias derivadas de diversas fuentes de las obligaciones, hay que reconocer que principalmente el contrato, como fuente de obligaciones, es el que con mayor frecuencia nos remite a la posibilidad de una solución arbitral. Dentro de la contratación marítima se recurre al arbitraje marítimo para dirimir las controversias surgidas en torno a los denominados contratos de explotación del buque, como se recoge en las pólizas de fletamento y en los contratos de arrendamiento del buque, o en los propios contratos de remolque marítimo. Asimismo, el uso de este tipo de arbitraje se ha generalizado en los contratos de construcción, reparación y compraventa de buques y su financiación”¹⁰.

8.1.5.- Centros arbitrales internacional de mayor importancia

Los centros arbitrales de mayor reconocimiento y prestigio que utilizan los armadores, navieros, sindicatos de gente de mar, y demás personas involucradas a la actividad marítima, incluyendo los armadores con buques registrados dentro de nuestra marina mercante son:

8.1.5.1.- La London Maritime Arbitrators (LMAA)

Fundada en 1960, pero con tradiciones de más de 300 años en el campo del Derecho Marítimo. Cuenta con un número entre 40 y 50 árbitros, que gozan de la condición de miembros plenos, seleccionados por el Comité Directivo de este centro. Los arbitrajes se rigen bajo el reglamento de este centro conocido como “LMAA Terms”. Distingue dos tipos de procesos: de mayor cuantía, para el caso de controversias con

⁹ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. y CALVO CARAVACA, A.L. (2000). *Derecho Mercantil Internacional*. Madrid: Tecnos. Segunda Edición. Págs. 721-723.

¹⁰ COLLANTES GONZÁLEZ, JORGE LUIS (2007). *El Arbitraje en las distintas áreas del Derecho*, Segunda Parte. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre; pág. 15.

cuantía superior a los US\$. 50.000,00 y; de cuantía intermedia, para procesos que oscilan entre 50.000,00 y 250.000,00 US\$.

8.1.5.2.- La Society of Maritime Arbitrators (SMA)

De acuerdo con Villalobos Adriana “(...) es el centro de arbitraje más importante de los Estados Unidos de América...”¹¹. Se rige bajo sus propias reglas de arbitrajes conocidas como Maritime Arbitration Rules.

8.1.5.3.- La Tokyo Maritime Arbitration Commission of Japan Shipping Exchange, Inc. (TOMAC)

Fundada en 1926, resuelve controversias derivadas de los conocimientos de embarque, fletamentos, construcción de buques y demás temas relacionados con el comercio marítimo. El procedimiento de resolución alterna de conflictos se basan en sus reglamentos: “Rules of Simplified Arbitration de TOMAC y las Rules of the Small Arbitration Procedure (SCAP) of TOMAC, con procedimientos más expeditos y con menores costos para las partes”¹².

8.1.5.4.- La Chambre Arbitrale Maritime de Paris (CAMP)

Fundada en 1966 por un grupo de agentes del comercio marítimo. Sigue las reglas de arbitraje francesas conocida como: “el Reglamente d’ Arbitrage” y por ciertas provisiones de la cuarta sección del Código de Procédure Civile”¹³.

¹¹ VILLALOBOS M., ADRIANA (2011). *El arbitraje Marítimo Internacional como Medio Alternativo de Solución de Conflictos*. (Trabajo Especial presentado para optar al Título de Especialista en Derecho de la Navegación y Comercio Exterior, Universidad Central de Venezuela, 2011). Pág. 21. Recuperado el 21 de julio de 2014 desde: http://saber.ucv.ve/jspui/bitstream/123456789/3757/1/T026800004919-0-Adrianavillalobos_finalpublicacion.pdf-000.pdf

¹² IBÍDEM, pág. 22.

¹³ IBÍDEM, pág. 23.

8.1.5.5.- El Centro Permanente de Arbitraje Marítimo (CEAMAR)

Pertenece al Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo (IIDM), y tiene su sede en Montevideo, Uruguay. Fue fundado en 1987, cuenta con su propio reglamento y tiene las siguientes funciones: “(...) a) la administración de los arbitrajes que se sometan al Tribunal, prestando su asesoramiento y asistencia en el desarrollo del procedimiento arbitral, y manteniendo, a tal fin, la adecuada organización; b) la designación del árbitro o árbitros que hayan de intervenir en el arbitraje de acuerdo a su Reglamento; c) la elaboración de una lista de árbitros en la que deben hallarse inscritos los árbitros que actúen en el marco del CEAMAR; d) la elaboración de cuantos informes y dictámenes se le soliciten sobre los problemas que suscite la práctica del Arbitraje Marítimo; e) el estudio de los derechos arbitrales comerciales en los países que componen el ámbito del Instituto, con el propósito de lograr la validez y consagración del arbitraje así como el reconocimiento judicial de los laudos en las legislaciones internas; f) la relación con otros centros u organismos de carácter nacional o internacional dedicados al arbitraje marítimo, así como la celebración de convenios de colaboración; y g) en general, cualquier otra actividad destinada al fomento del Arbitraje Marítimo”¹⁴.

8.1.5.5.1.- Ventajas competitivas de Panamá para el establecimiento del CECOMAP

De acuerdo al abogado maritimista José Vicente Guzmán: “No sobra tener siempre presente que Panamá es un centro mundial de operaciones marítimas y, como dijimos anteriormente, las naves y las mercancías que transitan por el territorio nacional, en su mayoría están atadas a contratos con cláusulas compromisorias que obligan a las partes a resolver sus conflictos por la vía del arbitraje. Esto hace más atractivo la posibilidad de acudir al arbitraje internacional en Panamá, toda vez que en muchos de los casos es probable que las pruebas deban practicarse en el país, que aquí mismo se encuentren los testigos y que la embarcación o embarcaciones involucradas estén atracadas o bien secuestradas en Panamá”¹⁵.

Consideramos como la principal ventaja de nuestro país, en comparación con los demás Estados de la región, la competitividad del establecimiento del CECOMAP, en virtud de que el alto grado de competitividad, así como de reconocimiento y prestigio mundial con que cuenta Panamá, en virtud de la diversidad de servicios que ofrece el sector marítimo panameño.

¹⁴ IBÍDEM, pág. 25.

¹⁵ GUZMÁN, JOSÉ VICENTE. Ob. cit.; pág. 5.

Este sector marítimo panameño constituye la principal fortaleza que coloca a Panamá en una posición aventajada con respecto a los demás Estados de la región, para el establecimiento de un Centro de Conciliación y Arbitraje de competencia, toda vez que los servicios marítimos que ofrecemos se encuentran constituidos por “(...) el Canal de Panamá, el Registro Abierto de Naves, el sistema portuario nacional, los servicios de apoyo (abasto de provisiones, combustible, lanchas, remolcadores, equipos marinos, entre otros.), el Ferrocarril de Panamá, la Zona Libre de Colón, las zonas libres de petróleo, los recursos pesqueros, las áreas e instalaciones ribereñas del Canal que han revertido y que son administrados por la Autoridad de la Región Interoceánica, la Escuela Náutica, el Tribunal Marítimo y el Sistema Portuario Nacional”¹⁶.

La ventaja competitiva que ofrece el Canal de Panamá, además de su característica como una de las obras de mayor importancia y avance tecnológico-industrial del siglo XX; se fundamenta en que se constituye como ruta obligada para más del 3% del comercio mundial¹⁷.

Además del servicio brindado como vía de paso que conecta los Océanos Pacífico y Atlántico, nuestro país cuenta con un eficiente sistema marítimo, como lo es el portuario nacional, conformado tanto por los puertos administrados por el Estado panameño, por vía de la Autoridad Marítima de Panamá, así como los puertos administrados por concesionarios privados, que contienen un moderno sistema de transporte multimodal que incluye la vía del ferrocarril transísmico que conecta a puertos de ambos litorales marinos, y aeropuertos con capacidad de carga internacional.

Con relación a la competencia que tendría el funcionamiento del Centro de Conciliación y Arbitraje Marítimo de Panamá a nivel regional, a primera vista podría preocuparnos la existencia del Centro de Arbitraje marítimo de Iberoamérica. Sin embargo, de acuerdo con Guzmán “(...) se conoce de iniciativas regionales para promover el arbitraje marítimo en Iberoamérica, como es el caso del Centro Permanente de Arbitraje Marítimo CEAMAR creado en 1991 a instancias del Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo, cuya sede administrativa está en la ciudad de Caracas. Sin embargo, desde su creación no se ha presentado

¹⁶ Cfr. RIVERA, BOLÍVAR, CASTAÑEDAS, ATTORNEYS AT LAW. *Panamá Centro Marítimo Internacional*. Recuperado el 10 de agosto de 2014 desde: <http://www.rbc.com.pa/AreasPracticas/DerechoMaritimoyAbanderamientodeNaves/PanamaCentroMaritimoInternacional/tabid/83/language/es-PA/Default.aspx>

¹⁷ IBID.

el primer caso de un arbitraje ni se ha proferido el primer laudo arbitral en el citado centro”¹⁸.

Otra de las ventajas, de acuerdo con Guzmán, que facilitan y configuran un nivel de competencia sobre el Centro de Arbitraje marítimo internacional en Panamá, es el hecho de ser “(...) uno de los pocos países de las regiones Centroamericana y Latinoamericana que cuenta con una jurisdicción marítima organizada y en funcionamiento”¹⁹.

Con respecto a las ventajas que presenta nuestro país, en virtud de un correcto sistema normativo que le permiten el desarrollo adecuado de la actividad arbitral de alcance internacional y que, facilitan dicha actividad en el ámbito marítimo las mismas serán señaladas en el capítulo sobre marco jurídico del presente trabajo, donde se detallan las normas que crean el marco para que esta actividad se lleve a cabo.

Resulta, para nosotros, importante señalar la afirmación categórica que hace el letrado Guzmán, con referencia a la capacidad competitiva de Panamá como centro de arbitraje marítimo al declarar: “A mi juicio, desde el punto de vista jurídico, en la actualidad están presentes todas las condiciones para que Panamá se constituya en un centro de arbitraje al servicio no sólo de la comunidad marítima nacional, sino también de la comunidad marítima internacional”²⁰.

8.1.5.5.2.- Desventajas competitivas de dicho centro en comparación con los ya existentes

Consideramos, que además de la desventaja en cuanto a experiencia arbitral nos referimos, por parte, del todavía no funcional Centro de Conciliación y Arbitraje Marítimo de Panamá, debido a obvias razones; concordamos con el criterio señalado por Luis Cova Arria²¹, quien

¹⁸ GUZMÁN, JOSÉ VICENTE. Ob cit.; pág. 3.

¹⁹ IBID.

²⁰ IBÍDEM; pág.4.

²¹ “Individuo de Número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela, Ex-Miembro del Consejo Ejecutivo del Comité Marítimo Internacional (CMI). Miembro de la Organización Internacional de Arbitrajes Marítimos Internacionales (IMAO) del CMI y de la Cámara Internacional del Comercio de París (ICC). Ex - Director del Centro de Arbitraje Marítimo (CEAMAR) y Ex - Vice-Presidente por Venezuela del Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo (IIDM). Coordinador y Profesor del Curso de Derecho de la Navegación y Comercio Exterior de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Ex-Presidente Fundador de la

establece: “A diferencia de foros de tradición comercial como Londres, Nueva York, París, Hamburgo, Tokio, Copenhague, y últimamente Hong Kong, Singapur y Vancouver, **el uso generalizado del arbitraje marítimo en los países iberoamericanos no ha sido frecuente**, a pesar de que la institución arbitral se encuentra incorporada en nuestras legislaciones, tanto por códigos procesales civiles de vieja data, como por recientes leyes inspiradas en la Ley Modelo de UNICITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional”²². (Resaltado nuestro).

A no ser por la existencia de una cláusula compromisoria o acuerdo de voluntad contenido en uno de los contratos de explotación del buque, generalmente materializado por medio de las ya mencionadas proformas, nuestros comerciantes acuden pocas veces a la resolución de conflictos por vía de arbitraje en nuestros centros arbitrales marítimos, y si lo hacen, se acercan a los Centros Arbitrales más renombrados, tales como el de Londres, Nueva York, Tokyo o Singapur, debido a que “(...) no han encontrado aún instituciones administradoras o centros de arbitraje que les inspiren semejante confianza y crédito, por la profesionalidad, conocimiento y experiencia de sus árbitros, como para abandonar gradualmente su clientelismo con los foros anglosajones”²³.

Por otro lado, Cova Arria, también señala la inconveniencia en cuanto al nivel de aceptación de los nuevos centros de arbitraje regionales, con relación a los de mayor tradición, en virtud del reiterado criterio que establecen sus laudos arbitrales, que los convierten en *opinio iuris*, y por último, terminan convirtiéndose en una “*lex mercatoria*”.

Asociación Venezolana de Derecho Marítimo, Socio Principal de la firma de abogados marítimos de Caracas- Venezuela, Luis Cova Arria & Asociados.” Nota a pie de página, del documento descrito en la siguiente referencia.

²² COVA ARRIA, LUIS. *El Arbitraje Marítimo*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, Ciclo de Conferencias sobre Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas. Pág. 5. Recuperado el 15 de julio de 2014 desde:

http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CBwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.luiscovaa.com%2Fpublicaciones%2FEI%2520Arbitraje%2520Mar%25C3%25ADitmo%2520LCA%25202005.doc&ei=2YPrU_afOYzJsQTpoYCwBQ&usg=AFQjCNGZtAS8U-tu_aucLBX0XGZ46rb2fg&sig2=CJunbGTQHdWUdEIOtg4UAA&bvm=bv.72938740,d.cWc

²³ IBÍDEM; pág. 4.

Por otra parte, debemos señalar el criterio considerado por el licenciado Gómez Arbeláez, con respecto a otra desventaja en cuanto a la posibilidad del establecimiento del Centro de Arbitraje Marítimo en nuestro país. El criterio que señala el licenciado se fundamenta en una de las publicaciones hechas por Bloomber, titulada: “Panamá needs to clean up its act”, es decir: “Panamá necesita limpiar su forma de manejarse”, publicado el 31 de enero del 2014 y, en donde “(...) hace una lista de las facilidades físicas de que dispone nuestro país, así como la inversión de significativos recursos en proyectos de magnitud como es la ampliación del Canal, pero advierte que “para aprovechar los beneficios completos de tal inversión, y para enfrentar uno de los peores casos de desigualdad económica en el hemisferio occidental, Panamá necesita seguir el ejemplo de Singapur en el combate a la corrupción”²⁴.

De acuerdo a dicha publicación, nuestro país se encuentra en el lugar 102, (a mayor número, mayor la calificación de corrupción), con respecto al índice de corrupción. De acuerdo a Gómez “Ejecutivos del Foro Económico Mundial han etiquetado la corrupción como el problema más grande para los negocios que existe en Panamá.

La conclusión sustentada en las consideraciones de estos expertos es sencilla: a un país donde mundialmente es percibida la corrupción como rampante, serán muy pocas las partes en conflicto que deseen someter su controversia a un arbitraje dentro del esquema de su centro y bajo su legislación nacional.

La falta de transparencia en Panamá es el principal y más complejo obstáculo en cualquier lucha contra la corrupción, de la que ni la Ley 131 se ha escapado”²⁵.

9.- MARCO JURÍDICO

Como anteriormente hemos indicado y, de acuerdo a las observaciones del Licenciado Guzmán, el marco jurídico que regula la actividad arbitral en nuestro país constituye una de las bases que contribuyen a la competitividad del Centro de Conciliación y Arbitraje Marítimo en Panamá de alcance internacional, ya que en palabras del licenciado “La República de Panamá es uno de los pocos países de las

²⁴ GÓMEZ ARBELÁEZ, FERNANDO (2014). Exigencias de un Centro de Arbitraje Comercial Internacional. *Revista Martes Financiero*. Edición 814. Recuperada el 10 de agosto en: http://www.martesfinanciero.com/history/2014/02/18/voz_calificada_2.asp

²⁵ IDEM.

regiones Centroamericana y Latinoamericana que cuenta con una jurisdicción marítima organizada y en funcionamiento”²⁶.

9.1.- Leyes nacionales

9.1.1.- Ley 8 de 1982, que crea los Tribunales Marítimos y dicta normas de Procedimiento marítimo:

En virtud del auge e importancia del arbitraje en las controversias marítimas, nuestro país, mediante la ley 8 de 1982, permite, en su artículo 2, numeral 3, que los tribunales de arbitraje tengan competencia en materia marítima.

De igual forma el artículo 4 de la mencionada ley señala:

“Las controversias marítimas también podrán ser sometidas a la jurisdicción arbitral, conforme lo determinen la ley y los reglamentos que, al efecto, aprueben los centros de arbitraje con arreglo a esta.

Los Tribunales Arbitrales podrán conocer, por sí mismos, acerca de su propia competencia y decidirán, además, cualquier recurso que, de conformidad con las leyes, proceda contra de las decisiones arbitrales.”

Además, tanto el artículo 20 como el artículo 567 de la ley en comento establecen la competencia de los tribunales de arbitraje para conocer de las causas marítimas, siempre que exista una cláusula compromisoria, o un acuerdo escrito de las partes que denote la voluntad de someter la controversia por medio de esta vía arbitral.

Con respecto al Derecho aplicable a la controversia marítima, el artículo 568 de la ley 8 de 1982 establece:

“Las partes podrán someter el arbitraje a las reglas de procedimiento de su elección y, a falta de estas, se aplicarán las reglas arbitrales establecidas por la ley panameña; no obstante, es válida la designación de árbitros extranjeros y

²⁶ GÓMEZ, JOSÉ VICENTE; Ob. cit. Pág. 3.

la realización del arbitraje en idioma distinto al español, cuando así lo acuerden las partes.”

El artículo 569, señala que a falta de acuerdo sobre las reglas de procedimiento arbitral, entre las partes, el arbitraje se dará conforme al procedimiento contenido en el Decreto Ley 5 de 1999 y en la ley 8 de 1982; sin embargo, debemos mencionar que este Decreto Ley fue sustituido por la Ley 131 de 2013, sobre arbitraje comercial nacional e internacional.

Con respecto a esta ley 8 de 1982, el Licenciado Guzmán señala: “Panamá también cuenta con una legislación ya probada y en buen funcionamiento sobre secuestro de naves. Esta medida, de tradición en los litigios marítimos, constituye un recurso necesario y perfectamente compatible con el arbitraje, ya que el Tribunal Marítimo está facultado para ordenar se mantenga la garantía del secuestro de la nave mientras se resuelve el conflicto por parte del tribunal de arbitraje ya integrado o por integrarse (artículo 19 de la Ley 8 de 1982, tal como fue modificado por el artículo 10 de la Ley 11 de 1986)”²⁷.

9.1.2.- Ley 131 de 2013, que regula el Arbitraje Comercial Nacional e Internacional en Panamá

Esta ley constituye el pilar fundamental, por medio del cual se permite la creación de tribunales arbitrales con alcance internacional en nuestro país, a tal fin, consideramos pertinente citar lo señalado por el artículo 2 al referirse al arbitraje internacional donde establece:

***Art. 2. Arbitraje internacional.** El arbitraje será internacional cuando las partes de un acuerdo de arbitraje tienen, el momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos de Estados diferentes, o cuando uno d los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos:*

- 1. La sede de arbitraje, si este se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje;*
- 2. El lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el objeto de litigio tenga una relación más estrecha. También el arbitraje será internacional cuando las partes han*

²⁷ GUZMÁN, JOSÉ VICENTE. Ob. Cit.; págs. 4-5.

convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado; o cuando la materia objeto del arbitraje implica presentación de servicios, enajenación o disposición de bienes o transferencias de capital que produzcan efectos transfronterizos o extraterritoriales.

Si alguna de las partes tiene más de un establecimiento, este será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje.

Si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual.”

Consideramos como una de las ventajas de nuestro país para el funcionamiento del Centro de Conciliación y Arbitraje en Panamá, el efecto procesal sobre declinación de la competencia en caso de la existencia de un acuerdo arbitral, por parte del tribunal judicial que constituye una garantía de seguridad jurídica, indicada en el artículo 17 de la ley en comento y que establece:

Art. 17. Efectos del acuerdo de arbitraje. Los efectos de pactar un acuerdo de arbitraje son sustantivos y procesales.

El efecto sustantivo obliga a la partes a cumplir lo pactado y a formalizar la constitución del tribunal arbitral, colaborando con su mejores esfuerzos de manera expedita y eficaz, para el desarrollo y finalización del procedimiento arbitral.

El efecto procesal consiste en la declinación de la competencia, por parte del tribunal judicial, a favor del tribunal de arbitral y la inmediata remisión del expediente al tribunal arbitral.

El juez o tribunal ante quien se presente una demanda, acción o pretensión relacionada con una controversia que deba resolver mediante arbitraje se inhibirá del conocimiento de las causa, rechazando de plano la demanda, sin más trámite, y reenviando de inmediato a las partes al arbitraje, en la forma que ha sido convenido por ellas y de conformidad con lo previsto en la presente Ley.

En todo caso, si se ha presentado ante un tribunal judicial cualquier reclamación sobre un

asunto que sea objeto de arbitraje, se podrá iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo mientras la cuestión esté pendiente ante un tribunal judicial, sin perjuicio de la competencia del tribunal arbitral para juzgar acerca de su propia competencia en la forma establecida en la presente Ley y de los recursos contra el laudo que se establecen en esta.

También deben inhibirse los organismos o ente reguladores estatales, municipales o provinciales, que deban intervenir dirimiendo controversias entre las partes, si existiera un convenio arbitral previo. (Resaltado nuestro).

9.2.- Convenios internacionales

La institución del arbitraje constituye uno de los temas más tratados en el ámbito internacional de modo tal que existen diferentes convenciones que regulan esta materia.

Entre las convenciones internacionales de mayor importancia y que han sido ratificadas por nuestro país en materia de arbitraje podemos señalar:

9.2.1.- Convención sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras:

El mismo fue aprobado por nuestro país mediante Ley 5 de 1983. Esta Convención fue hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958, consta de 16 artículos y establece el procedimiento para el reconocimiento de las sentencias arbitrales dictadas en territorio de un Estado distinto de aquel en el que se pide su reconocimiento. De este modo, consideramos de mayor importancia su artículo II, que a la letra señala:

“1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.

2. La expresión “acuerdo por escrito” denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las

partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.

3. El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.”

Una particularidad de esta convención permite que los Estados contratantes establezcan una “reserva comercial”, es decir, que el Convenio sólo aplicará a las controversias consideradas como parte de su Derecho comercial de acuerdo a su ordenamiento interno.

A su vez, esta Convención invierte por primera vez, la carga de la prueba, es decir, que quien alega la nulidad del laudo arbitral y objeta su ejecución, debe aportar las pruebas, ya que se presume la validez del laudo arbitral hasta que no se pruebe lo contrario, según lo dispone el artículo V.

9.2.2.- Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional:

Esta Convención fue celebrada en nuestro país, y la misma fue aprobada mediante Ley 11 de 1975. Consta de 13 artículos, donde se establece una serie de normas generales con respecto al arbitraje internacional. De este modo reconoce la validez del acuerdo arbitral de las partes (artículo 1) y otorga la calidad de sentencia judicial ejecutoriada a los laudos arbitrales no impugnables según la ley o reglas procesales aplicables, (artículo 4).

Por otra parte, interesa lo dispuesto por el artículo 5, numeral 1, el cual señala las únicas circunstancias por las que se puede negar el conocimiento de la ejecución del laudo arbitral o sentencia cuando se pruebe:

“a. Que las partes en el acuerdo estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiere indicado a este respecto, en virtud de la ley del Estado en que se haya dictado la sentencia; o

- b. Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no haya sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no haya podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa; o*
- c. Que la sentencia se refiera a una diferencia no prevista en el acuerdo de las partes de sometimiento al procedimiento arbitral; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no hayan sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o*
- d. Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se hayan ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se hayan ajustado a la ley del Estado donde se haya efectuado el arbitraje; o*
- e. Que la sentencia no sea aún obligatoria para las partes o haya sido anulada o suspendida por una autoridad competente del Estado en que, o conforme a cuya ley, haya sido dictada esa sentencia.”*

10.- CONCLUSIONES

Los métodos de resolución alterna de conflictos se han establecido con el objeto de permitir, en materia de Derecho Privado, una justicia más expedita, en comparación con los trámites caracterizados, generalmente, por la mora judicial en la justicia ordinaria. De esta forma y en virtud del auge comercial, especialmente del ámbito marítimo, existe la necesidad de una solución rápida y efectiva a las controversias que surjan por el ejercicio de estas actividades.

Es así, como el trabajo presentado desarrolla los efectos sobre el funcionamiento del Centro de Conciliación, Mediación y Arbitraje de Panamá, que actualmente se encuentra establecido sin operar; pero que

prontamente, según declaraciones de la presidenta de la Asociación de Derecho Marítimo, pronto empezará a funcionar.

De este modo y una vez establecida la naturaleza jurídica del arbitraje, así como de los Centros arbitrales internacionales en materia marítima de mayor prestigio, tales como el de Londres, Nueva York y Tokio consideramos conveniente y favorable para nuestro país la puesta en marcha de CECOMAP. A esta conclusión nos lleva la investigación realizada puesto que, a pesar de que ciertamente estos centros cuentan con un favorable porcentaje de preferencia por parte de los comerciantes marítimos, esta circunstancia no afecta en el sentido negativo a CECOMAP ya, que al contar con la vía interoceánica que constituye el paso obligado del 3% del comercio marítimo, con un sistema portuario nacional con sistemas de transporte multimodal modernos y con un régimen legal tanto a nivel nacional como internacional que regulan el arbitraje, las posibilidades de preferencia al mencionado Centro por los buques y comerciantes de la región son altas. Esto, además de la opción de dirimir las controversias, gozando de las características de un centro arbitral, en el idioma español y con la posibilidad de solicitar medios de pruebas que, en razón de nuestra posición estratégica, ya se encuentren en nuestro país, beneficiando aún más la rapidez en la resolución de conflictos marítimos por las vías alternas de solución de conflictos.

11.- BIBLIOGRAFÍA

• LIBROS

- ÁLVAREZ RUBIO, JUAN JOSÉ (2000). *Derecho Marítimo y Derecho Internacional Privado: algunos problemas básicos*. País Vasco: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco.
- CHILLON, J. y MERINO J. (1991). *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*. Madrid: Editorial Civitas.
- COLLANTES GONZÁLEZ, JORGE LUIS (2007). *El Arbitraje en las distintas áreas del Derecho*, Segunda Parte. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. y CALVO CARAVACA, A.L. (2000). *Derecho Mercantil Internacional*. Madrid: Tecnos. Segunda Edición.
- GUASP, JAIME (1956). *El arbitraje en el Derecho Español*. Barcelona, España: Editorial Bosh.
- JOVANÉ BURGOS, JAIME JAVIER (2010). *Metodología de la investigación jurídica: un enfoque hacia la elaboración de la tesis doctoral*. Panamá (Panamá): Editorial Cultural Portobelo.
- _____ (2012). *Instructivo para la elaboración de proyectos de investigación en derecho*. Panamá (Panamá): Centro de investigación jurídica de la USMA.

• LEYES Y CONVENIOS INTERNACIONALES

- Ley 8 de 30 de marzo de 1982, Que crea los Tribunales Marítimos y dicta Normas de Procedimiento Marítimo, con las modificaciones, adiciones y supresiones adoptadas por las Leyes 11 de 23 de mayo de 1986 y 12 de 23 de enero de 2009; Gaceta Oficial del Estado Panameño, Número 26322, (2009).
- Ley 131 del 31 de diciembre, Que regula el arbitraje comercial nacional e internacional en Panamá y dicta otra disposición. Gaceta Oficial Digital del Estado Panameño, Número 27449-C. (2014).
- Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, Aprobada mediante Ley No. 5 de 25 de octubre de 1983. Gaceta Oficial del Estado Panameño, Número 20.079, (1984).
- Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional. Aprobada mediante Ley No. 11 de 23 de octubre de 1975. Gaceta Oficial del Estado Panameño, Número 18.056, (1976).

- **REFERENCIAS DE INTERNET**

COVA ARRIA, LUIS. *El Arbitraje Marítimo*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Comité Venezolano de Arbitraje, Ciclo de Conferencias sobre Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas. Recuperado el 15 de julio de 2014 desde: http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CBwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.luiscovaa.com%2Fpublicaciones%2FEI%2520Arbitraje%2520Mar%25C3%25ADitmo%2520LCA%25202005.doc&ei=2YPrU_afOYzJsQTpoYCwBQ&usg=AFQjCNGZtAS8U-

[tu_aucLBX0XGZ46rb2fg&sig2=CJunbGTQHdWUdEIOtg4UAA&bvm=bv.72938740,d.cWc](http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CBwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.luiscovaa.com%2Fpublicaciones%2FEI%2520Arbitraje%2520Mar%25C3%25ADitmo%2520LCA%25202005.doc&ei=2YPrU_afOYzJsQTpoYCwBQ&usg=AFQjCNGZtAS8U-tu_aucLBX0XGZ46rb2fg&sig2=CJunbGTQHdWUdEIOtg4UAA&bvm=bv.72938740,d.cWc)

GÓMEZ ARBELÁEZ, FERNANDO (2014). Exigencias de un Centro de Arbitraje Comercial Internacional. *Revista Martes Financiero*. Edición 814. Recuperada el 10 de agosto en: http://www.martesfinanciero.com/history/2014/02/18/voz_calificada_2.asp

GUZMÁN, JOSÉ VICENTE. *Arbitraje Marítimo en Panamá*. Recuperado el 17 de julio de 2014, desde: <http://www.cecav.com.pa/files/ARBITRAJE%20MARITIMO%20EN%20PANAMA.pdf>

Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley 21 de 2012, de la Comisión de Gobierno, Justicia y Asuntos Constitucionales. Pág. 3. Recuperado el 7 de agosto de 2014, a: http://www.asamblea.gob.pa/apps/seg_legis/PDF_SEG/PDF_SEG_2010/PDF_SEG_2013/PROYECTO/2013_P_578.pdf

RIVERA, BOLÍVAR, CASTAÑEDAS, ATTORNEYS AT LAW. *Panamá Centro Marítimo Internacional*. Recuperado el 10 de agosto de 2014 desde: <http://www.rbc.com.pa/AreasPracticas/DerechoMaritimoyAbanderamientoNaves/PanamaCentroMaritimoInternacional/tabid/83/language/es-PA/Default.aspx>

SÁNQUIZ, S. (2005). *El Derecho Aplicable al arbitraje comercial internacional en el derecho venezolano*. Publicaciones UCAB, Caracas, Venezuela.

VILLALOBOS M., ADRIANA (2011). *El arbitraje Marítimo Internacional como Medio Alternativo de Solución de Conflictos*. (Trabajo Especial presentado para optar al Título de Especialista en Derecho de la Navegación y Comercio Exterior, Universidad Central de Venezuela, 2011). Recuperado el 21 de julio de 2014 desde: http://saber.ucv.ve/jspui/bitstream/123456789/3757/1/T026800004919-0-Adrianavillalobos_finalpublicacion.pdf-000.pdf

Sitio Web de la Cámara Marítima de Panamá: Recuperada el 3 de agosto de 2014 desde: <http://camaramaritima.com/noticiacompleta.php?id=354>

Sitio web del periódico América economía: Panamá busca posicionarse como centro de arbitraje internacional. Recuperada el 3 de agosto de 2014 desde: <http://www.americaeconomia.com/economia-mercados/comercio/panama-busca-posicionarse-como-centro-de-arbitraje-internacional>

EL FACTORING EN PANAMA

INGRID PITTI

1 INTRODUCCIÓN

Existen muchas dificultades para las empresas que se dedican a la actividad comercial de compra de bienes muebles, para las que ofrecen servicios de menor a mayor escala, ya que muchas veces no cuentan con la suficiente liquidez para seguir desarrollando su actividad. Sin embargo, el alto costo y demorado trámite en obtener un financiamiento en las entidades bancarias, han optado por tomar la modalidad del factoring.

¿Qué es el factoring?

“El factoraje (o factoring) consiste en la adquisición de créditos provenientes de ventas de bienes muebles, de prestación de servicios o de realización de obras, otorgando anticipos sobre tales créditos, asumiendo o no sus riesgos. Por medio del contrato de factoraje un comerciante o fabricante cede una factura u otro documento de crédito a una empresa de factoraje a cambio de un anticipo financiero total o parcial. La empresa de factoraje deduce del importe del crédito comprado la comisión, el interés y otros gastos.

Las empresas de factoraje suelen ser bancos, intermediarios financieros u otras compañías especializadas a esta actividad. Además del anticipo financiero, la compañía de factoraje puede:

- Asumir el riesgo crediticio.
- Asumir el riesgo de cambio, si la factura es en moneda extranjera.
- Realizar la gestión de cobranza.
- Realizar el cobro efectivo del crédito y asesorar a su propia compañía aseguradora.
- Asesorar al cliente sobre la salud financiera de los deudores”.¹

2 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

¿Si esta actividad ha tomado tanto auge en nuestro país porque no existe una regulación?

¹ Wikipedia-La Enciclopedia Libre (2006).*Factoraje*. Recuperado el 17 de abril de 2014, desde <http://es.wikipedia.org/wiki/Factoraje>

3 HIPÓTESIS

Se debe crear una norma que regule la actividad del factoring y debe existir una entidad que supervise todo el proceso de ésta, de manera lícita.

4 JUSTIFICACIÓN

Considerando la importancia que representa la actividad del factoring para las pequeñas y medianas empresas en su funcionamiento financiero y para las empresas que brindan este servicio, hemos querido abordar este tema por los diferentes vacíos que existen en las normas que regulan esta actividad.

5 Objetivos

5.1 Objetivo general

- Analizar el procedimiento de esta actividad en el marco legal actual.

5.2 Objetivos específicos

- Definir el contrato de factoring.
- Determinar la forma como se establecen las empresas dedicada al factoring.
- Analizar la manera como es regulada esta actividad actualmente.

6 FUENTES DE INFORMACIÓN

Se utilizaron dos tipos de fuentes de información: fuentes primarias y fuentes secundarias.

6.1 Fuentes primarias

El estudio se basó en diversas fuentes que proveyeron la información requerida, estas fuentes fueron las primarias o directas. Una de estas fuentes constituye datos de primera mano, como lo fueron el espacio físico del Banco Nacional de Licencia General, el cual dio acceso a otras fuentes como la entrevista a sus ejecutivos.

6.2 Fuentes secundarias

Las fuentes secundarias consisten en compilaciones, resúmenes y listados de referencias publicadas en un área de conocimiento particular.

Las mismas constituyeron páginas web, otras tesis, informes bancarios y memorias bancarias. También el análisis de documentos.

7 MARCO TEORICO

7.1 Orígenes del factoring

El registro más claro del factoraje corresponde a Inglaterra donde eran factores los que en el siglo XVII vendían diversas mercancías en el mercado interno, financiando las transacciones.

Debido a las dificultades en el cobro de las manufacturas (principalmente textiles) que Inglaterra exportaba a Estados Unidos, las empresas inglesas comenzaron a delegar la tarea de venta y cobro a empresarios norteamericanos. El desplazamiento de un continente a otro encarecía la operación comercial, a lo que se agregaba la falta de información sobre el cliente. Con el tiempo, los empresarios norteamericanos comenzaron a asumir el riesgo comercial de las ventas y a realizar adelantos financieros a los exportadores ingleses.

Desde esa época hasta el presente, el negocio de factoraje en el mundo no ha dejado de crecer. Su tasa de crecimiento es de 8% anual en promedio, extendiéndose, a partir de 1960, prácticamente a todo el planeta. En la actualidad, el número de firmas de factoring operando es de casi 2.000, convirtiendo así a esta forma de financiamiento en una de las fuentes de fondos de corto plazo más utilizadas por las pequeñas y medianas empresas. Cerca de 500.000 empresas se financian hoy mediante la venta anual de más de 500 millones de facturas, por casi 2.000 mil millones de dólares estadounidenses.

Si bien Estados Unidos fue pionero en este negocio, la mayor parte del factoraje se realiza actualmente en Europa. Aunque la mayoría de los negocios de factoraje está concentrada en el factoraje doméstico, es decir, dentro del país, cada día va tomando más importancia el factoraje internacional o de exportación. El factoraje internacional es utilizado por exportadores o importadores que venden o compran en cuenta abierta o mediante documentos de pago en condiciones pactadas.”²

En la época colonial, actuando en la América anglosajona por cuenta de explotadores ingleses, alcanzarían una gran preponderancia económica distribuyendo las mercancías, realizando los cobros de las mismas y facilitando anticipos a los exportadores ingleses. En aquel entonces prestaba un inigualable servicio, ya que seleccionaban los compradores, fijándoles límites de crédito, hasta terminar por asegurar el cobro de las ventas realizadas a crédito, sobre las que también facilitaban anticipos.

² Cfr. Wikipedia-La Enciclopedia Libre (2006).*Factoraje*. Recuperado el 17 de abril de 2014, desde <http://es.wikipedia.org/wiki/Factoraje>

A finales del siglo XIX, cuando se promulgaron las leyes arancelarias, los factores habían adquirido un amplio conocimiento del mercado y un gran potencial financiero, de tal forma que se vuelcan hacia los productores del país y renuncian a sus lazos con la antigua metrópoli, dejando a un lado también el papel comercial que venían jugando, transformándolo exclusivamente en un servicio financiero administrativo, desarrollando técnicas de información y cobro, garantizando éste y facilitando la movilización de ventas a crédito.

Ya en el siglo pasado aparece en los años 30 en el mercado financiero como consecuencia necesaria por la depresión financiera, el antecedente de lo que denominamos factoring, con recursos introducidos por los bancos estadounidenses.

Al finalizar la década de los años 50, cuando el comercio internacional atraviesa nuevamente una etapa de normalidad, se plantea la introducción del factoring en los países desarrollados y en vías de desarrollo.

7.2 El factoring en Panamá

Sus inicios se dan desde 1999 -según “el Boletín Económico del ICE- ANTONIO ALVO BERNARDINO, MARÍA ISABEL BONILLA DELGADO, cerrando el año 1999 con un promedio de operaciones por el orden de 11 millones y posteriormente, el siguiente año cerró operaciones por 220 millones de balboas”.³

7.2.1 La realidad del mercado panameño

Los conglomerados económicos más tradicionales del país han evolucionado de estructuras estrictamente familiares, hacia grupos con mayor apertura y participación del público.

De estos grupos, los que compiten en la intermediación financiera típicamente agrupan a un Banco, a una empresa financiera – de las reguladas por la Ley 20 de 1986 - a una empresa de arrendamiento financiero o de factoring, a una empresa fiduciaria.

Esta actividad es supervisada en Panamá primeramente, desde una óptica general:

- La Superintendencia de Bancos (al Banco y a la empresa fiduciaria, si la hubiere);

³ Revistas Ice (2002). *Situación actual y perspectivas de futuro de la actividad de factoring*. Recuperado el 17 de abril de 2014, desde http://www.revistasice.com/CachePDF/BICE_2729_I-VIII__99F6642DABCB08E3638408A36967FB26.pdf

- La Dirección de Empresas Financieras del Ministerio de Comercio e Industrias (a la financiera y a la empresa de leasing).

7.3 Conceptos generales

“El factoring es la operación mediante la cual el factor adquiere, a título oneroso, de una persona natural o jurídica, denominada cliente, instrumentos de contenido crediticio, prestando en algunos casos servicios adicionales a cambio de una retribución. El factor asume el riesgo crediticio de los deudores de los instrumentos adquiridos, en adelante deudores”.⁴

7.4 Características del Factoring en Panamá

De acuerdo a lo que hemos presentado hasta el momento, podemos señalar lo siguiente del negocio de factoring en Panamá. Que las empresas de factoring existentes se promueven como tales; sin embargo, pareciera ser que lo que se realiza en el fondo, es una gestión de cobros la cual se concreta con un contrato de sesión de crédito mercantil a título oneroso de compraventa.

La mayoría de las empresas de factoring en Panamá trabajan con facturas que representan el crédito mercantil otorgado. Sin embargo, en algunos casos trabajan con letras de cambio, cartas de promesas de pago, órdenes de compra, contratos y proyectos que representan un crédito mercantil.

También establecen como requisito fundamental para el perfeccionamiento del contrato la aceptación del deudor, a través de una carta firmada por éste.

Todas estas empresas tienen establecidos sus requisitos en contratos de adhesión y formas pre-establecidas, las cuales varían dependiendo de la empresa.

7.5 Características del contrato de factoring

7.5.1 Principal

Tiene esta característica por contar con autonomía e independencia propia, es decir, no depende ni está subordinado a ningún otro contrato, pudiendo existir por sí solo.

7.5.2 Obligacional

Porque su celebración solo genera obligaciones, careciendo de efectos reales.

⁴ Monografías (2010).*Factoring*. Recuperado el 17 de abril de 2014, desde <http://www.monografias.com/trabajos18/factoring/factoring.shtml>

7.5.3 Oneroso

Porque impone prestaciones para cada una de las partes que estas ejecutan una a cambio de la otra (ventaja por desventaja), es decir, es opuesto al gratuito.

7.5.4 De prestaciones recíprocas (bilateral)

De este nacen obligaciones para las dos partes contratantes. En este contrato intervienen dos partes que se hacen prestaciones entre sí.

7.5.5 Conmutativo

Ya que las prestaciones son determinadas y ciertas, y entonces las partes pueden prever sus resultados.

7.5.6 De tracto sucesivo

Puesto que su ejecución se prolonga en el tiempo y no se consuma en un solo momento.

7.5.7 Complejo

Porque puede contener una diversidad de prestaciones (servicios) que el factor brinda al factorado. Estos servicios se dividen en tres grupos que son: a) Los servicios administrativos -entre los que resaltan los de investigación de la clientela y la contabilidad de las transacciones- b) El servicio de garantía, consistente en que el factor asume el riesgo de la insolvencia de los deudores -se trata de una garantía de cobro- y c) El servicio de financiación, consistente en el pago anticipado que el factor hace al cliente factorado.

7.5.8 Innominado o atípico

En nuestro derecho no existe una reglamentación para esta figura.

7.5.9 De adhesión

Esta es una característica muy frecuente en el Contrato de Factoring. Es comúnmente considerado un contrato de adhesión debido a que en la gran mayoría de los casos el cliente se limita a aceptar las condiciones del factor, sin poder discutir las, ni modificarlas, ni objetar las ya establecidas, ni proponer las suyas. Es decir, el cliente simplemente lo toma o lo deja.

7.5.10 Comercial o mercantil y de empresa

Porque el factor debe necesariamente ser una entidad financiera (banco o empresa de factoring debidamente autorizada) y el cliente será una empresa comercial, industrial o prestadora de servicios.

7.5.11 De colaboración

Por cuanto el factor asiste a la empresa, prestándole servicios tales como el control de los créditos, la investigación de clientes, la contabilidad de las acreencias, marketing, etc., y sobre todo, la cobranza judicial y extrajudicial (gestión de cobros) de los créditos vencidos, morosos, etc.

7.6 Modalidades del factoring

Hay muchas modalidades por las que se puede celebrar el contrato de factoring; sin embargo, entre las principales podemos señalar las siguientes:

7.6.1 Según su contenido

Dependiendo de que haya o no financiación.

7.6.2 Factoring con financiación o a la vista

En el cual el cliente o empresa facturada recibe el pago inmediato de las facturas que contienen los derechos sobre los créditos transferidos, previamente a sus vencimientos.

7.6.3 Factoring sin financiación o al vencimiento

En esta modalidad no existe la financiación anticipada. El factoring sin financiamiento carece de uno de los propósitos esenciales del factoring moderno, que es la obtención por el cliente del pago inmediato de los créditos cedidos para favorecer la pronta liquidez de la empresa. Esta modalidad de factoring se identifica con el tradicional.

7.6.4 Según su forma de ejecución

Por el hecho de que se notifique o no a los deudores cedidos la transferencia de los créditos a la empresa de factoring.

7.6.5 Factoring con notificación

El cliente debe poner en conocimiento del deudor cedido sobre la transferencia a favor del factor de las facturas que contienen su deuda y de que este último será el único legitimado para cobrárselas.

7.6.6 Factoring sin notificación

El cliente facturado, en esta modalidad, no avisa a sus deudores sobre la transmisión de los créditos, por lo que continuará siendo el acreedor. El pago deberá efectuársele a él, quien a su vez está obligado a reintegrar el importe de ellos al factor en el plazo fijado en el contrato.

7.6.7 “Factoring de exportación.

El factoraje de exportación corresponde a la compra de documentos de crédito que documentan ventas al exterior. Habitualmente la compañía que realiza el factoraje se asegura la cobrabilidad mediante un seguro de crédito con una compañía aseguradora o con otra compañía de factoraje del país del importador.

7.6.8 Factoring de importación.

El factoraje de importación “(...) es el aseguramiento de créditos que exportadores de un país otorgaron a importadores de otro país. Es el complemento del factoraje de importación y suele incluir los servicios de gestión de cobranza y transferencia de los fondos al país del exportador”.⁵

8 Quienes lo utilizan?

El factoraje suele ser utilizado por las PYMES para satisfacer sus necesidades de capital circulante, especialmente en los países en los que el acceso a préstamos bancarios es limitado. El factoraje es útil a las PYMES que venden a grandes empresas con elevados niveles de solvencia crediticia.

8.1 Las partes

En el factoraje suelen participar tres partes:

- Vendedor, cliente o cedente.
- Empresa de factoraje, factor o cesionario.
- Deudor o cedido.

En algunas modalidades de factoraje (principalmente en el factoraje de exportación) pueden participar otras partes, como compañías aseguradoras o terceros encargados de gestión de cobranza.

8.2 Ventajas del factoring

Administrativas:

- Simplificación de las tareas contables.
- Reducción de costes operativos.
- Facilidades de selección de clientela.
- Racionalización de estructuras organizativas.

⁵ Wikipedia-La Enciclopedia Libre (2006).Factoraje. Recuperado el 17 de abril de 2014, desde <http://es.wikipedia.org/wiki/Factoraje>

- Control de presupuesto de tesorería.
- Puede servir para salvar periodos difíciles de intensa estacionalidad de las operaciones, cuando se alternen con otras de escasa actividad, costo personal, gestión administrativa.

Financieras:

- Eliminación del riesgo del impago.
- Incremento del flujo de caja por el anticipo de créditos.
- Mejora las condiciones comerciales a las clientelas.
- Rentabilización financiera de recursos comerciales.
- Permite la conversión real y contable de los costes de estructuras que se dediquen a la gestión de recuperación de cobros en costas a su vez, variables.
- Se evita la creación de estructuras que se dediquen a la gestión de la recuperación de cobro en costas, a su vez variable.

9 MARCO SITUACIONAL

El contrato de factoring se encuentra ligado a la actividad de los documentos negociables, debido a la utilización de facturas, orden de compra o contratos que permitan convertir dichos documentos en dinero líquido, inmediatamente concluido el servicio o entregado el material, reduciendo los tiempos de cobro.

Aunque el contrato de factoring está siendo utilizado con mayor frecuencia, en la actualidad, aún no se cuenta con una regulación específica sobre esta materia que permita proteger a los participantes en dichos contratos, estableciendo procedimientos que unifiquen dicha actividad. Son muchos los beneficios que ha producido este servicio a las pequeñas y medianas empresas, y en esta investigación queremos plasmarlo.

El factoring es una moderna alternativa de financiación para obtener capital de trabajo, a través del cual, las empresas pueden transformar en efectivo las cuentas por cobrar de sus negocios ya sean bienes o servicios. Además de facturas, las compañías de financiamiento operan con otros instrumentos, como cheques, pagarés y letras.

Es una herramienta financiera cada vez más usada para proporcionar liquidez a los proveedores de una empresa, librando a esta de costosos y

engorrosos trámites de cobro, permitiéndole mayor flexibilidad en sus créditos, convirtiendo sus ventas de corto plazo (max. 180 días), en ventas de contado y lo que es más importante abriéndole nuevas posibilidades de crédito, dado que por la vía tradicional de financiación de su capital de trabajo a través de las entidades de crédito. Normalmente las debilidades de los estados financieros que presentan, no les permite contar con esta posibilidad. Adicionalmente, permite a los proveedores reducir los días de cobro de su cartera, haciendo líquidas sus cuentas por cobrar y en algunos casos los costos de la financiación (que es menor que el de la compañía que busca los recursos), lo que podría significar mejores condiciones de precio.

En cierta manera se puede interpretar como un modo para prevenir la morosidad en las empresas y es muy utilizado por empresas cuya situación financiera no les permite obtener una línea de crédito. Las operaciones de factoring pueden ser realizadas por compañías financieras o por entidades de crédito como son: Bancos, Corporaciones de Ahorro y Compañías de Financiamiento Comercial, Fondos de Capital. Ventajas:

- Obtención de financiación inmediata.
- Optimiza su flujo de caja.
- Incrementa el efectivo y aumenta su liquidez.
- Disminuye sus cuentas por cobrar.
- Disminuye su carga financiera.
- Minimiza su riesgo crediticio.
- Amplía sus límites de créditos comerciales para aumentar las ventas.
- Aumenta su capacidad de no consumir sus créditos habituales.
- Obtiene disponibilidad de los fondos en menor tiempo que con un banco.
- Mejora sus indicadores de gestión, retorno sobre activos y retorno sobre capital.
- Permite recibir anticipos sobre los créditos otorgados.
- Puede ser usado como una fuente de obtención de recursos recurrentes.
- Agiliza y elimina las tareas administrativas.

A pesar de los múltiples aspectos positivos, nos encontramos con algunos puntos que se deben tener presentes:

- El costo de recurrir al factoring es mayor que el de otros métodos.
- El ente financiador se reserva el derecho de decidir si el cliente es o no sujeto de crédito y si puede o no aceptar algunos de los documentos a descontar.

- Generalmente quedan excluidas las operaciones relativas a productos y las de largo plazo (más de 180 días).

Para las empresas es común enfrentarse a problemas de diversa índole; en un primer momento están:

- El alto porcentaje de financiación de las entidades.
- Las dificultades para acceder a otras fuentes de recursos.
- La tradicional organización administrativa en las unidades de producción.
- Las prácticas clásicas y en ocasiones anticuadas que se conservan en las ventas y en las relaciones con los clientes.

A esto hay que sumarle lo que trae consigo las ventas al crédito, o sea,

- El alargamiento de los ciclos de cobro.
- La falta de liquidez inmediata.
- La posibilidad del no cobro.
- La necesidad de mantener un personal encargado del conocimiento permanente de la solvencia de los deudores.

10 REGULACIÓN NORMATIVA DEL FACTORING EN PANAMÁ

Al no existir una reglamentación expresa en la materia de contrato de factoraje, el mismo es tratado por reflejo como una modalidad de la cesión, basado en las reglas de autonomía de la voluntad de las partes en la combinación de reglas de derecho mercantil y derecho civil que se aplican a este último a modo subsidiario. Así tenemos que el Código de Comercio de Panamá establece que la cesión mercantil debe ser notificada al deudor, en su artículo 789: “Tratándose de títulos que sean al portador ni endosables, la cesión producirá sus efectos legales con respecto al deudor desde que le sea notificada ante dos testigos, o en otra forma auténtica (...)”. Si bien es cierto, que la cesión no exige el consentimiento, de parte del deudor sí obliga la norma en cuestión a notificar de manera auténtica o por vía de dos testigos o cualquier otro medio racional al deudor sobre el medio de enajenación del crédito. Por otro lado, en el mismo artículo el Código de Comercio señala que todas las excepciones pueden ser invocadas contra la cesión, siempre y cuando sean invocadas en un término de 24 horas como bien señala el segundo párrafo del artículo 789 del Código de Comercio. Art. 789: El deudor que rehusare reconocer por acreedor al cesionario y quiera oponer excepciones que no resulten del título cedido, deberá manifestar su inconformidad en el acto de la notificación o dentro de veinticuatro horas a más tardar. Vencido este término se tendrá por aceptada la cesión para todos los efectos legales. El Código de Comercio es remisorio al Código Civil, ya que es derecho común que llena transmisión de créditos y de más derechos incorporales

así en primer término del concurso de la autonomía de la voluntad de las partes, del objeto o crédito o acción sea cedible o que no medie ninguna prohibición o una ley de orden público que impide la cesión y, finalmente, que la cesión no solamente haya sido notificada, sino que tenga fecha cierta; así lo dispone el artículo 1278 del Código Civil.

Art. 1278 del Código Civil: “La cesión de un crédito, derecho o acción no surtirá efecto contra terceros sino desde que su fecha deba tenerse por cierta de conformidad con lo que dispone el Código Judicial. Si se refiere a un inmueble, desde la fecha de su inscripción en el Registro Público.” El artículo anterior permite justamente pactar la responsabilidad más allá de la existencia y legitimidad, es decir, la responsabilidad en este caso del proveedor o vendedor del crédito por la solvencia del deudor fijando un término de presupuesto de un año para responder si las partes no han pactado una modalidad distinta. Art. 1282 del Código Civil: “Cuando el cedente de buena fe se hubiera hecho responsable de la solvencia del deudor, y los contratantes no hubiesen estipulado nada sobre la duración de la responsabilidad, durará esta solo un año contado desde la cesión de crédito si estaba ya vencido el plazo. Si el crédito fuere pagadero en el término o plazo todavía no vencido, la responsabilidad cesará un año después del vencimiento. Si el crédito consistiere en una renta perpetua, la responsabilidad del se extinguirá a los diez años contados desde la fecha de la cesión.”

11 DERECHO COMPARADO

11.1 OPERACIÓN DEL FACTORING EN COLOMBIA

Para Colombia el factoring es una herramienta de financiamiento que está tomando un fuerte impulso estos últimos años, más aún siendo parte de la Federación Latinoamericana de Factoring. Para esta nación, es una moderna alternativa de financiación para obtener capital de trabajo, a través del cual las empresas pueden transformar en efectivo las cuentas por cobrar de sus negocios, ya sean bienes o servicios. La actividad del factoring en Colombia está regulada por la ley 1231 de 2008, reglamentada según decreto 3327 de septiembre de 2009. Esta norma logró regular un contrato atípico como el factoring, permitiendo a las pequeñas y medianas empresas acudir a otro modelo de financiación u otra manera de apalancamiento financiero, cuando no es posible acceder a recursos en el sistema financiero vigente. Para Colombia, el factoring es un producto de ingeniería práctica y elemental que se ha generado y desarrollado fuera de las prácticas convencionales del sistema de crédito tradicional con el objeto de atender, de una manera más flexible y eficaz, las necesidades financieras de las pequeñas y medianas empresas.

En la ley 1231 promulgada el 17 de junio de 2008, las empresas cuentan con un mecanismo de financiación para adquirir liquidez y optimizar el flujo de caja, y de este modo evitar, en gran medida, el endeudamiento y mejorar notablemente sus indicadores de gestión.

Dicha ley define la factura como título valor, en tanto que las empresas pueden negociarlas por endoso y obtener a cambio capital de trabajo; por ello estas se convierten en un mecanismo de financiación para el micro, pequeño y mediano empresario.

Aunque el factoring no es un mecanismo nuevo en el país, su penetración en el mercado ha sido lenta debido a que antes de ser promulgada la ley, las transacciones de factoring estuvieron regidas por el Código de Comercio, en el que se excluía al sector de servicios que es uno de los que mayor desarrollo registra en la actualidad.

¿Cómo opera el factoring?

El concepto de factoring explica una modalidad de financiamiento soportado en un contrato mediante el cual una empresa (emisor o factorado) vende a un tercero (factor) sus facturas o cartera con una tasa de descuento acordada entre las partes, convirtiendo las ventas de corto plazo en ventas al contado, dicho de otro modo, las facturas de compraventa de una compañía son endosadas o cedidas a favor de la compañía de factoring para obtener flujo de caja.

Usualmente, esta operación se realiza sobre facturas, pero también sobre contratos en los que se descuentan los flujos futuros. Esta práctica es muy común entre los contratistas que realizan trabajos, servicios y, especialmente, en contratos de infraestructura.

Una vez la compañía de factoring tiene la factura en su poder, se encarga de hacerle el cobro al comprador tan pronto como se cumpla el plazo que se pactó durante dicha operación. Por lo regular, las facturas se tranzan con vencimientos a 30, 60 y 90 días, aunque la empresa de factoring puede aceptar un plazo de hasta 180 días para lograr realizar el cobro, pero esto depende de la política interna de la firma que esté prestando este servicio de financiación. Para el caso de los contratos, existen unos plazos que normalmente oscilan entre los 12 y 24 meses.

Ya, para que el negocio de factoring sea viable, deben existir algunos requisitos y condiciones básicas; en primer lugar, acordar un porcentaje de desembolso sobre el valor de la factura, el cual se divide en dos componentes: descuento y provisión. El descuento aplicado se determina en función del mercado, más un margen comercial que oscila

entre el 5 y el 15 por ciento y su pago se efectúa en el momento en que la empresa endosa su factura.

Extracto de la Ley colombiana 1231 de 2008:

Los siguientes son algunos parámetros que se desprenden de la ley que regula el factoring en Colombia.

- Facilita la circulación de las facturas como un título valor, permitiendo que las empresas se apalanquen en la capacidad de pago de sus clientes.
- Optimiza el flujo de caja.
- El vendedor o prestador del servicio emite un original y dos copias de la factura. Si desea negociar la factura, utilizará el original.
- Las facturas podrán ser vendidas a una entidad financiera o empresa de factoring, sin necesidad de su aceptación expresa, con el sólo endoso de la misma.
- Toda factura quedará en firme dentro de los diez (10) días calendario siguiente a la recepción de la mercancía o servicio y en caso de silencio del pagador.
- La persona que recibe la factura se presume facultada para aceptarla en nombre del comprador.
- En ningún caso y por ninguna razón, podrá el deudor negarse al pago de la factura que presente un legítimo tenedor de la misma⁶.

Pero esta actividad con el pasar del tiempo en este país se ha ido perfeccionando, ya que en el 2012 por medio del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, de acuerdo al decreto 2669 del 21 de diciembre de 2012, se reglamenta la actividad del factoring que realizan las sociedades comerciales, el cual indica lo siguiente:

“Artículo 7. Modificación del artículo 5 del Decreto 4350 de 2006.

Adicionase al artículo 5 del Decreto 4350 de 2006 el siguiente literal:

Artículo 5. Estarán sometidas a la vigilancia de la Superintendencia de Sociedades en los términos que lo indican las normas legales pertinentes, respecto de cada una de ellas:

f) Los factores constituidos como sociedades comerciales que tengan por objeto social exclusivo la actividad de factoring y que además, demuestren haber realizado operaciones de factoring en el año inmediatamente anterior, por valor igual o superior a treinta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes al corte del ejercicio.

⁶ Cfr. Rovira Morales, Franklin. (2013). El contrato de factoring y su efecto en el desarrollo comercial de las PYMES. Tesis de Licenciatura no publica. Universidad Latinoamericana de Ciencia y Tecnología Laureate Internacional Universities, Panamá.

Artículo 8° de la Ley 1231 de 2008, que modifica el artículo 5° del Decreto 4350 de 2006 y se dictan otras disposiciones"

Parágrafo. El objeto social exclusivo de actividad de factoring deberá acreditarse mediante el certificado de existencia y representación legal que expida la correspondiente cámara de comercio.

Artículo 8. Registro Único Nacional de Factores. La Superintendencia de Sociedades creará el Registro Único Nacional de Factores. Para este propósito, los factores constituidos como sociedades comerciales, que tengan como objeto social exclusivo la actividad de factoring y cumplan con el monto de operaciones anuales de factoring indicado en el artículo anterior, deberán remitirle a esa superintendencia el correspondiente certificado de existencia y representación legal, así como la información adicional que la misma requiera para la elaboración de dicho registro.

Artículo 9. Prevención del lavado de activos y de la financiación del terrorismo. Los administradores de los factores a los que se refiere este decreto, serán responsables de que las empresas bajo su administración cumplan con lo previsto en el artículo 8° de la Ley 1231 de 2008 y en las demás normas que regulan la prevención del lavado de activos y la financiación del terrorismo.

Artículo 10. Transparencia empresarial. Los factores a quienes se refiere este decreto, por conducto de su máximo órgano social, adoptarán un Código de Buen Gobierno Empresarial que deberá precisar, entre otras cosas, las reglas a que deben sujetarse los administradores en relación con:

- Prácticas anticorrupción;
- Operaciones con asociados y vinculados económicos;
- Sus deberes y obligaciones con respecto a la clientela, a los socios de la compañía y al público en general;
- La planeación y ejecución financiera y administrativa de los negocios sociales, con el objeto de atender oportunamente las obligaciones a cargo de la compañía;
- Prevención, revelación y administración de los conflictos de intereses.

Además de las obligaciones que el factor establezca en otros códigos, manuales o instructivos internos.

Artículo 11. Prácticas contables. Los factores a quienes se refiere este decreto deberán sujetarse a las normas de contabilidad, de información financiera y de aseguramiento de información que imparta el Gobierno Nacional, así como a las normas técnicas especiales, interpretaciones y guías expedidas por las autoridades de supervisión.

Artículo 12. Recursos para la realización de operaciones de factoring. Para ejercer la actividad de factoring, el factor se financiará de la siguiente manera:

1. A través de recursos aportados por los accionistas o socios del factor;
2. Con créditos obtenidos en el sistema financiero;
3. Con los recursos provenientes de terceros con ocasión de mandatos específicos de inversión. En todo caso, los factores no podrán utilizar estos recursos para realizar por cuenta propia operaciones de factoring;
4. Con los recursos provenientes de las ventas de cartera a fondeadores legalmente autorizados en el mercado de capitales.⁷

12 CONCLUSIÓN

En esta investigación se puede señalar que el factoring, aun no mantiene una regulación como tal y no le han dado la debida importancia, primeramente porque el servicio cuando se inició era ofrecido por los bancos, y estos se encuentran regulados por la Superintendencia de Bancos de Panamá y por las financieras, entidades bajo la vigilancia de las autoridades. El problema está en las empresas que solo se dedican al factoring y no tiene quien las regule, si bien es cierto solo son aperturadas en el MICI como una empresa comercial, pero no existe un ente que vigile su actividad como tal ni una legislación sobre la cual se rija dicha actividad en nuestro medio.

Si bien es cierto, en Panamá esta actividad se maneja de igual forma que en otros países que han establecidos normas y que han prevenido problemas que afectan grandemente como el blanqueo de capitales, algo que en el nuestro no ha generado gran avance.

13 RECOMENDACIONES

Observando cómo es manejado el factoring en otros países, sugerimos las siguientes recomendaciones:

- Se debe establecer una ley exclusiva para la actividad del factoring.

⁷ Pagina de la Presidencia de Colombia (2012). *Por el cual se reglamenta la actividad de factoring que realizan las sociedades comerciales, se reglamenta el artículo 8° de la Ley 1231 de 2008, se modifica el artículo 5° del Decreto 4350 del 2006 y se dictan otras disposiciones.* Recuperado el 23 de abril de 2014 desde <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Decretos/2012/Documents/DICIEMBRE/21/DECRETO>

- Se debe definir un ente regulador para las empresas que no son bancos y realizan la actividad del factoring.
- Se debe establecer en la ley requisitos mínimos que deben tener las empresas dedicadas al factoring, para poder participar en el mercado como la solvencia económica y moral de los accionistas de esta empresa, capital mínimo que deben tener, entre otras.
- Las empresas dedicadas a esta actividad comercial deberán presentar informes al ente regulador que se establezca para el factoring.

14 BIBLIOGRAFÍA

➤ Paginas Web:

Monografías (2010).Factoring. Recuperado el 17 de abril de 2014, desde

<http://www.monografias.com/trabajos18/factoring/factoring.shtml>.

Pagina de la Presidencia de Colombia (2012). *Por el cual se reglamenta la*

actividad de factoring que realizan las sociedades comerciales, se reglamenta el

artículo 8º de la Ley 1231 de 2008, se modifica el artículo 5º del Decreto 4350

del 2006 y se dictan otras disposiciones. Recuperado el 23 de abril de 2014

desde

<http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Decretos/2012/Documents/DICIEMBRE/21/DECRETO>.

Revistas Ice (2002). *Situación actual y perspectivas de futuro de la actividad de*

factoring. Recuperado el 17 de abril de 2014, desde

http://www.revistasice.com/CachePDF/BICE_2729_IVIII__99F6642DABCB08E3638408A36967FB26.pdf.

Wikipedia-La Enciclopedia Libre (2006). *Factoraje.* Recuperado el 17 de abril de

2014, desde <http://es.wikipedia.org/wiki/Factoraje>

➤ Tesis

Rovira Morales, Franklin. (2013). *El contrato de factoring y su efecto en el desarrollo comercial de las PYMES.* Tesis de

Licenciatura no publicada. Universidad Latinoamericana de

Ciencia y Tecnología Laureate Internacional Universities, Panamá

**LA PIRATERÍA MARÍTIMA
EN EL OCÉANO ÍNDICO OCCIDENTAL**

ZASKYA CRISTOFINI

1.- Resumen:

La piratería marítima que afecta hoy al Océano Índico occidental es un problema de gran importancia dentro la comunidad marítima, ya que, está afectando las principales rutas de navegación del mundo. La lucha contra la piratería, ha recibido la atención política de organizaciones u órganos internacionales, los que han tomado medidas, como la operación Atalanta por parte de la Unión Europea, o las estrategias desarrolladas por la INTERPOL, entre otras; para acabar con este delito internacional. Sin embargo, a pesar de los esfuerzos internacionales, no se ha podido ver un resultado definitivo; por eso en esta investigación, tendremos como objeto identificar los principales obstáculos presentes en la lucha contra la erradicación de la piratería por parte de la comunidad internacional.

2.- Introducción

Somalia actualmente vive una situación de inseguridad e inestabilidad, que no solo está afectando al país, sino también a la comunidad internacional, principalmente a los comerciantes marítimos que transitan por sus aguas. La piratería ha venido aumentando desde el año 2006, generando un descontrol total por parte de su gobierno de poder controlarlo, convirtiéndose en una verdadera amenaza para el comercio marítimo internacional. Este incremento delictivo de la piratería ha obligado a la comunidad y a organizaciones internacionales a tomar medidas que contrarresten este problema, suponiendo un reto para la comunidad internacional de crear estrategias eficaces que eliminen definitivamente el problema.

A raíz de esto, las organizaciones internacionales de seguridad están valorando la inclusión de este delito entre las fuentes de riesgos, y se encuentran generando mandatos y doctrinas que complementen las respuestas operativas que ya se están dando. Por otro lado, se están multiplicando a nivel internacional los análisis para determinar cuáles son los factores intervinientes para el desarrollo de este fenómeno.

El auge de la piratería en las aguas del Océano Índico, es causa de una combinación de circunstancias especiales que no se dan en otras zonas particulares, como la incapacidad somalí de controlar su territorio y las aguas adyacentes, el paso obligatorio de buques importantes por esas

zonas de navegación para el comercio, y la insuficiencia de medidas por la comunidad internacional, entre otras.

En esta investigación, estudiaremos los problemas que han surgido en la lucha contra la piratería por parte de la comunidad internacional. Primeramente, repasaremos los antecedentes históricos donde se remonta la aparición de esta actividad, así como las normativas jurídicas en las que basaremos nuestra investigación. Nos detendremos a explicar los factores que han causado la aparición de la piratería en Somalia y el modus operandi, de una clase de piratas somalíes. También repasaremos los actores intervinientes en la lucha contra la piratería, así como las medidas que se han adoptado para combatirla y, finalmente, analizaremos el concepto de piratería dentro de la normativa internacional.

3.- Problema de investigación:

¿Cuáles son los obstáculos con los que se enfrenta la comunidad internacional en la lucha contra la piratería en el Océano Índico Occidental?

4.- Hipótesis del problema:

La piratería no se ha podido erradicar, debido a que no existe una coordinación por parte de la comunidad internacional, dentro de las operaciones militares emprendidas. Por otro lado, hay un vacío legal en los Convenios Internacionales, en cuanto a la jurisdicción para juzgar los actos y personas que puedan ser apresados cometiendo este delito.

5.- Justificación

La importancia marítima comercial existente en el Océano Índico es indiscutible, ya que por sus aguas transitan las dos terceras partes del total de fletes de petróleo que van hacia Europa y Asia, la mitad de la carga, en grandes buques portacontenedores y graneleros, además, en sus aguas se realiza el 20% de la pesca mundial de atún. Por lo tanto, es esencial estudiar los problemas con los que se enfrenta la comunidad internacional en la lucha contra la piratería en Somalia y sus aguas adyacentes.

6. Objetivos

6.1.- Objetivo general

1.- Identificar los obstáculos con los que se enfrenta la comunidad internacional en la lucha contra la piratería.

6.2.- Objetivos específicos

- 1.- Determinar las causas que han originado la piratería en el Océano Índico Occidental.
- 2.- Examinar las medidas tomadas por la comunidad internacional para prevenir y protegerse contra la piratería marítima, en aguas Somalíes.
- 3.- Identificar los obstáculos presentes ante el combate contra la piratería, por parte de la comunidad internacional.

7.- Marco referencial

La Convención¹ establece que constituyen actos de piratería los enumerados a continuación:

Todo acto ilegal de violencia, de detención o de depredación cometido con un propósito personal por la tripulación o los pasajeros de un buque privado o de una aeronave privada, y dirigido: “ I) Contra un buque o una aeronave en alta mar o contra personas o bienes a bordo de ellos”; II) Contra un buque o una aeronave, personas o bienes situados en lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado”.

Todo acto de participación voluntaria en la utilización de un buque o de una aeronave, cuando el que lo cometa tenga conocimiento de hechos que den ha dicho buque o aeronave el carácter de buque o aeronave pirata.

Toda acción que contenga por objeto incitar o ayudar intencionalmente a cometer los actos definidos en los párrafos anteriores. Por lo tanto, es el caso de los buques mercantes la calificación de piratería viene dada, esencialmente, por dos elementos: el propósito personal, es decir, quedan excluidos los actos cometidos con fines políticos; la ausencia de jurisdicción; los actos señalados deben tener lugar en alta mar o en lugar no sometido a la jurisdicción de ningún Estado.

Al respecto Rousseau, establece:

“(...) Con fines de represión penal, fáciles de comprender, los Gobiernos tienen, a veces, tendencia a calificar de piratería las insurrecciones o motines navales. Tal fue la actitud adoptada: a) por Rusia, cuando la insurrección del acorazado Potemkin, en 1905; b) por Venezuela, en el asunto del barco alemán Falke, en 1929; y c) por el Gobierno republicano español, al principio de la guerra civil (julio de 1936), en relación con los barcos de guerra que se pasaron a los nacionalistas. En general los terceros Estados no aceptan esta calificación abusiva. Tampoco debe

¹ Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. (New York, 1982), art.101.

*confundirse la piratería con la captura de buques realizada por elementos revolucionarios con un fin políticos (...)*².

Por otro lado Ronzitti³ distingue dos tipos de piratería; piratería *iuris gentium* y piratería por analogía. La primera estaría constituida por los actos que están calificados como piratería en las normas de Derecho internacional, mientras que la segunda son los calificados como piratería en los ordenamientos internos estatales pero no sancionados como tales en las normas de derecho internacional, por ejemplo la piratería en aguas internas o en el mar y el espacio nacionales.

Para Rodríguez Núñez⁴, actualmente existe casi unanimidad al determinar que los actos de piratería son actos ilegales de violencia, que sólo pueden llevarse a cabo entre buques o aeronaves no beligerantes. En caso de guerra no declarada, la consideración de los rebeldes como piratas no ha sido admitida por la Comunidad internacional en cuanto los rebeldes no ataquen buques o aeronaves de terceros países. El Derecho Internacional se inclina por el tratamiento de estos rebeldes como prisioneros de guerra. Si los insurgentes no son reconocidos por el Estado como rebeldes, aquél no podrá solicitar ayuda de terceros países para reprimir ataques de piratería. Si el Estado reconoce a los insurgentes como rebeldes podrá defenderse considerando la situación como un estado de necesidad o una legítima defensa. Sólo en el caso de que los insurgentes no se atengan a las reglas del Derecho de la guerra, podrán ser tratados como piratas. Oppenheim⁵ opina que el gobierno legítimo podrá tratar a los buques rebeldes como piratas, pero no así los terceros países mientras sus buques no sean atacados.

8. Marco Histórico:

La piratería existe desde que las naves comenzaron a navegar los mares. La palabra pirata proviene del griego “opeirate” que luego fue tomada por los romanos para distinguir al depredador de los mares. Es posible encontrar referencias sobre los piratas en las inscripciones asirias, caldeas

² Cfr. ROUSSEAU, CHARLES (1966). *Derecho Internacional Público*. Barcelona: Ediciones Ariel, pg. 427.

³ Cfr. RONZITTI, N. (1983). *Piratería, en Enciclopedia del Diritto, tomo XXXIII*. Milán: Ediciones Giuffrè, pg.914.

⁴ Cfr. RODRÍGUEZ NUÑEZ, ALICIA (1997). *El delito de piratería*. Recuperado el 30 de Julio de 2014, desde <http://www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46504.pdf>

⁵ OPPENHEIM, LASSA FRANCIS (1955). *International Law*. Londres: Ediciones LONGMANS, GREEN AND CO, pg.342.

o cretenses. Sin embargo el auge de la piratería se inicia en el siglo XV, con la apertura de nuevas rutas comerciales, y se extiende hasta que los Estados se hacen con armadas potentes en el siglo XVIII.

En 1609 Grocio publica un libro en Leyden (Holanda) bajo el nombre de “*De mare liberum, sive de iure quod Batavis competit ad indicana commercia disertatio*”, en el que mantiene la libertad de comercio y tránsito por los mares que se encuentran más allá del mar territorial, donde el Estado ribereño tiene derecho exclusivo de pesca y navegación. Para la defensa de esta libertad autoriza la utilización de todos los medios, incluso armas⁶.

Es necesario hacer una referencia a la distinción entre el pirata y corsario. El corsario, es quien arma un barco privado para realizar objetivamente la misma actividad que el pirata, actúa bajo la cobertura de una patente de corso o carta de marca concedida por un Estado, que se encuentra en guerra declarada o no con otro país, y que le permita hacer uso de su bandera recompensándole cada vez que captura un barco enemigo. El corsario obtiene una parte del botín para recuperar los gastos que ha invertido, éste se puede transformar a pirata cuando se excede de la patente y el Estado que le expidió no se responsabiliza de su actuación. El pirata no navega bajo la bandera de ningún Estado y actúa buscando su propio beneficio.

Entre las rutas preferidas por los piratas en el siglo XIV, se encontraba el mar Mediterráneo, el cual conoció numerosas incursiones de piratas: corsarios turcos y berberiscos que atacaban las naves y costas europeas en medio del conflicto entre Cristianismo y el Islam. Las acciones de los piratas berberiscos no terminarían hasta comienzos del siglo XIX, cuando países como Gran Bretaña, Francia y Estados Unidos cesaron de pagar tributos a los reyes berberiscos y comenzaron a realizar campañas de castigo contra la base pirata de Argel. La presión internacional y la decisión del Imperio Otomano de acabar con la piratería, llevaron al fin de la piratería en Marruecos, Túnez y Tripolitania en los años siguientes.

También podemos ver orígenes de piratería con los franceses. Es importante recordar que cuando se realizó el reparto de tierras y comercio con las colonias americanas, Francia entre otras naciones, quedó fuera del reparto, a excepción de España y Portugal. Pese a que España trató de mantener en secreto lo descubierto en América, en 1591 piratas franceses a las órdenes de Juan Florin, lograron capturar el famoso Tesoro de

⁶ GROCIO, H. (1956): *De la libertad de los mares*. Madrid: Ediciones Blanco García y García Arias, pg. 76.

Moctezuma, abriendo nuevas vías para asaltos y abordajes en busca de tesoros.

Posteriormente surge como un nuevo pirata la figura del corsario inglés, una clase social sui géneris, especializada en el robo marítimo, en el saqueo de ciudades, puertos y mercancías. Estos corsarios gozaban de la patente de corso, la cual era otorgada por reyes y gobernantes siendo considerada un privilegio en Inglaterra y Francia, los cuales tenían institucionalizados a los corsarios y cuyas actividades se convierten en lícitas en tiempos de guerra. De esta manera, los piratas clásicos se van haciendo corsarios, que es una postura más cómoda, pues actúan siempre dentro de un orden legitimado y bajo la protección de la ley. En Inglaterra, la piratería se convirtió en un negocio legítimo. Fue Enrique VIII el primer monarca que expidió las patentes de corso. Más adelante, la reina Isabel I se convertiría, por este medio, en «empresaria marítima», otorgando las patentes a cambio de parte del botín conseguido. En algunos casos, después de expirada la licencia o acabada la guerra, los corsarios vuelven a actividades privadas como ricos burgueses que incluso son condecorados.

Actualmente la piratería siguen siendo parte de nuestra realidad, Somalia es uno de los países que se dedican a esta actividad. La piratería marítima no es un problema nuevo ni exclusivo del área de Somalia y presenta unas causas estructurales en parte autóctonas de cada región y en parte comunes a todas las piraterías.

A partir de la caída de la dictadura de Mohamed Siad Barreante en 1991, el control del territorio de Somalia quedó repartido entre los llamados “señores de la guerra” de los diferentes clanes entre los que se distribuye a la población, los cuales han mantenido al Estado en un anarquía permanente. Además, en los últimos años los movimientos radicales islámicos han ido aumentando en influencia y desplazando a los “señores de la guerra”. Desde la caída de la dictadura, la Comunidad Internacional se ha abocado para restablecer el Estado somalí, interviniendo de diferentes maneras, comenzando por la intervención humanitaria de 1992, también se firmó el acuerdo Yibuti en el 2008 entre el Gobierno de Transición (GFT) y las fuerzas islamitas moderadas de la Alianza para la Re-liberación de Somalia. Actualmente la presidencia del país la ocupa Sheikh Sharif Sheikh Ahmed, antiguo dirigente de la Unión de Tribunales Islámicos, grupo islamista radical, y el control efectivo del territorio por el GFT se limita a unos cuantos barrios de la capital.

La falta de un gobierno efectivo y legítimo en Somalia, ha permitido el desarrollo de muchas actividades ilegales, que a partir de los años 90 se concentró en cometer delitos en sus aguas más próximas. Varios grupos armados comenzaron a realizar sus actividades en las

inmediaciones de Somalia, actuando bajo el nombre de “guardacostas”, autorizados para proteger los recursos de pesqueros y atacar buques que vertían sustancias tóxicas en las aguas costeras. A pesar de que se justificaban estableciendo que actuaban en interés del bien público y del Estado, desde el mismo momento que empezaron a actuar la comunidad internacional lo vio como un acto de piratería, debido a que detenían buques pesqueros o de cualquier tipo, secuestrando a la tripulación y exigiendo un rescate por su liberación, como lo indica el autor Fernández Fadón⁷.

Desde el año 2000, la piratería fue extendiéndose progresivamente hasta que a mediados de la década adquirieron peso preocupante para el tráfico marítimo internacional, ya que cualquier buque que navegara cerca de sus aguas se convertía en una potencial víctima. Sin embargo, la actividad de los piratas disminuyó entre el 2005 y 2006 al hacerse la Unión de Tribunales Islámicos con el control de las regiones. Posteriormente cambió la situación con la intervención etíope de 2006 que expulsó de Mogadiscio a la Unión de Tribunales Islámicos, floreciendo de nuevo la actividad de los piratas. En los años 2007 y 2008 se produjo un incremento notable de la actividad criminal entre la que cabe recordar los secuestros del pesquero español Playa de Bakio, en abril de 2008, y de los yates franceses Le Pognant y Carré D’as IV, en abril y septiembre del mismo año. Para el 2007 comenzaron los ataques contra buques fletados por el Programa Mundial de Alimentos de Naciones Unidas, que llevaban ayuda humanitaria a Somalia, y desde entonces la actividad fue en aumento.

La actividad de los piratas no ha dejado de crecer en los últimos años y según el International Maritime Bureau, una división de la Cámara Internacional de Comercio dedicada a seguir los delitos marítimos, en 2006 se registraron 17 ataques y 6 secuestros de buques, 46 y 10 en 2007, 122 y 48 en 2008 y 202 y 47 en 2009, respectivamente, lo que constata el auge de la piratería. En los últimos años no sólo se han incrementado los ataques sino también su área de acción y durante los períodos de septiembre a diciembre de 2009 y a partir de marzo de 2010 los piratas han expandido su área de operaciones a todo el área del Índico Noroeste, llegando a atacar y secuestrar buques mercantes navegando a más de 1.200 millas náuticas de las costas somalíes.

9. Marco jurídico

⁷ Cfr. FERNÁNDEZ FADÓN, FERNANDO (2009). *Piratería en Somalia: “mares fallido y consideraciones de la historia marítima”*. Recuperado el 30 de Julio de 2014, desde <http://www.realinstitutoelcano.org>

En 1932 un proyecto de la Universidad de Harvard, a través de un grupo de académicos liderados por el profesor Joseph Bingham de la Universidad de Stanford, preparó en 1932 un proyecto de convención sobre la piratería, conocido como “Harvard Draft Convention”. Su objetivo era crear una jurisdicción común que hiciera frente a la piratería.

En 1948 una Conferencia internacional celebrada en Ginebra adoptó una Convención para crear la Organización Marítima Internacional (en lo adelante OMI), el cual sería un organismo especializado de las Naciones Unidas cuyo lema sería “una navegación más segura y unos mares más limpios”, y su objetivo era buscar una colaboración entre los países creando normas que regulen la seguridad, prevención y contaminación marítima.

El proyecto de Harvard se convirtió en un texto de referencia para los trabajos que dieron lugar, en primer plano, a la Convención de Ginebra sobre Alta Mar de 1958 y, después, a la Convención de las Naciones Unidas sobre el derecho del mar, que sustituyó a la anterior.

El concepto de piratería que contemplan ambas Convenciones son las mismas, siendo el artículo 101 que define piratería un calco del artículo 15 de la primera. Por lo que la regulación del delito de la piratería lo podemos encontrar en la CONVEMAR en los artículos 100 al 107.

De acuerdo con lo estipulado por la CONVEMAR, el Consejo de Seguridad de la ONU ha aprobado hasta el momento ocho resoluciones referidas al problema de la piratería somalí: las de 1818, 1838, 1846 y 1851 (en el año 2008); 1897 (2009), 1918 y 1950 (2010) y 1976 (2011). En las que fueron aprobadas en el 2008, se distinguen entre actos de piratería que ocurren en alta mar) y robos a mano armada, que suceden dentro de aguas territoriales de un Estado. El Consejo de Seguridad autoriza a los navíos que operan en el área de la entrada de las aguas territoriales somalíes con el fin de perseguir a los piratas, con la autorización que les de el Gobierno Federal de Transición somalí.

La OMI en el 2009 adopta su Resolución A 1025 (26) denominada Código de prácticas para la investigación de delitos de piratería y robo a mano armada contra barcos. En ella se diferencia también, al igual que el Consejo de Seguridad de la ONU, entre actos de piratería y robos a mano armada en el mar.

El International Maritime Bureau promovió una reunión en San José, California, con el propósito de impulsar los cambios legales que conducirían a la aprobación del Convenio contra la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Maritime Navigation of

1988, también conocido como SUA Convention), firmado en Roma en 1988. Uno de los objetivos del Convenio SUA era rellenar algunas de las insuficiencias presentes en la CONVEMAR.

SUA, a diferencia de la CONVEMAR, se centra en actos terroristas ocurridos en el mar y que están motivados políticamente. No cubre expresamente el delito de piratería. De hecho, establece en su artículo 3, literal) “(...) que comete delito toda persona que ilícita e intencionalmente se apodere de un buque o ejerza el control del mismo mediante violencia, amenaza de violencia o cualquier otro, forma de intimidación (...)”.⁸

Por lo tanto, no se trata de una definición de piratería, pero, un ataque de una nave contra otra y los actos de violencia destinados a tomar el control de un buque pueden constituir tanto un delito de piratería como un delito recogido en el Convenio SUA. Sin embargo, el secuestro de un barco por parte de la tripulación o de los pasajeros del mismo es un delito para el Convenio SUA, pero no es un acto de piratería.⁹

Cabe reseñar que su artículo 4 establece que el Convenio “(...) se aplicará si el buque está navegando, o su plan de navegación prevé navegar, hacia aguas situadas más allá del límite exterior del mar territorial de un solo Estado, o más allá de los límites exterior del mar territorial de un solo Estado, o más allá de los límites laterales de su mar territorial con Estados adyacentes, a través de ella o procedente de las mismas (...)”¹⁰. Por lo que se observa una ampliación a lo que establece la CONVEMAR, dado que el buque puede encontrarse en alta mar, en la zona económica exclusiva, en las aguas territoriales o en aguas interiores del Estado. Sin embargo, para quedar amparado por el Convenio SUA el buque tiene que encontrarse en tránsito internacional en el momento en que se comete el acto ilegal. De esto se puede desprender que no cubre el caso de que el buque se encuentre en tránsito en aguas territoriales de un Estado. En este supuesto la legislación nacional debería ser la que ampare al buque. Además, el Convenio no es aplicable si la violencia se produce a bordo de un barco no es suficiente como para comprometer la seguridad marítima. Otra limitación del SUA, es que su principal objetivo es la persecución y no la prevención de las actividades que ponen en peligro a los buques y sus tripulaciones y pasajeros, y es resaltante que no reconoce

⁸ Convenio contra la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima. (Roma, 1988), artc.3.

⁹ SATKAUSKAS, RYTIS (2010). *Piracy at sea and the limits of international law* .Rodas: Ediciones Aegean Institute of the Law of the Sea and Maritime Law, pg.217.

¹⁰ IBID., art.4.

ni autoriza actividades de policía en el mar. El Convenio SUA no permite, a diferencia de la CONVEMAR, a los Estados tomar acciones contra los piratas. Solamente el Estado bandera, la nación cuyas aguas costeras están siendo transitadas por buques extranjeros o los países cuyos ciudadanos cometen el delito (principios de pabellón, territorial y de personalidad activa, respectivamente) tienen derecho a llevar a cabo acciones contra los delincuentes.

Después de los atentados del 11 de septiembre del 2001 sufridos en Estados Unidos, se han adoptado medidas para reforzar la seguridad marítima en los puertos y en los buques para hacer frente al terrorismo y otros actos ilícitos. Por lo que se creó el Código Internacional para la Protección de los Buques y de las Instalaciones Portuarias (ISPS). Este código establece tres niveles de seguridad (normal, reforzada y excepcional) y las correspondientes medidas de seguridad que deben tomarse en cada uno de los niveles por parte de los buques y autoridades portuarias. Estas medidas de seguridad son: recopilar y evaluar información relevante para la seguridad, mantener los protocolos de comunicación, controlar y restringir el acceso a buques y puertos, evitar la introducción de armas no autorizadas, poner en marcha planes de seguridad y asegurarse de que se lleven a cabo simulacros y ejercicios de seguridad de forma regular.

La entrada en vigor de este código es importante ya que pretende aumentar la seguridad de puertos y buques frente, o sobre todo, a la amenaza terrorista, asumiendo que ni la CONVEMAR, ni el Convenio SUA eran instrumentos suficientes para combatir el terrorismo marítimo. Por ello la OMI impulsó este código en miras de disminuir la piratería; sin embargo, este descenso no se ha producido, por lo que la influencia del código en la lucha contra este delito, especialmente en Somalia, ha sido insuficiente.

10.- Contenido del proyecto

10.1.- Capítulo I. Factores explicativos de la piratería en Somalia

El informe final del grupo de expertos que fue convocado en noviembre de 2008 por el representante especial de la ONU para Somalia, Ahmedou Ould-Abdallah, presenta las causas que contribuyen al auge y mantenimiento de la piratería, visto como una actividad rentable dentro del país. Estos factores pueden remitirse a la pobreza, la falta de empleo, los problemas medioambientales, los bajos ingresos, la inestable situación política y de seguridad en Somalia, la reducción de los recursos pastoriles debido a la sequía y de los recursos marítimos cuyo origen se encuentra en la pesca ilegal que realizan flotas extranjeras.

El autor Chalk experto en piratería, considera que ésta se ha ido alimentando de dos factores fundamentales: 1.- Existe un gran número de buques transitando sus aguas con un enorme volumen de carga importante, y 2.- la necesidad de que los barcos circulen a través de ciertos cuellos de botella, que da pie a un tráfico congestionado y favorable al despliegue de emboscadas, como lo es el Canal de Panamá y Suez, entre otros.

También influye, entre los factores, los avances tecnológicos en el ámbito de la navegación que ha permitido que los buques se han navegados por poca tripulación. Este hecho dificulta el despliegue de medidas que se puedan tomar ante la piratería, debido a que si hay menos personas en un buque su secuestro resulta más fácil para los captores. Asimismo, los atentados terroristas del 11 de septiembre perpetrados contra Estados Unidos, han hecho que los recursos de seguridad se inviertan en su mayoría en la seguridad aérea y no marítima.

Por otro lado existen bajos niveles de seguridad en las aguas territoriales de África oriental, sudeste asiático, Brasil), donde es normal que no exista la presencia de la policía marítima, que es escasa lo que ha producido un incremento de delitos en los puertos y fondeaderos. Además, la corrupción de los ámbitos judiciales y oficiales favorece a que muchos funcionarios se encuentren comprometidos con las propias organizaciones piratas, siendo muchos de ellos los jefes de estas organizaciones.

El negocio de la piratería también es rentable, ya que los armadores se han visto dispuestos a pagar sumas de dinero cada más altas para poder recuperar a sus tripulantes, sus buques y la mercancía. Esto ha servido como un estimulante para la incorporación de más personas que se quieran dedicar a esta actividad ilícita. Por último, el tráfico global de armas de características pequeñas, duraderas, de fácil transporte y manejo, han suministrado a los piratas los medios necesarios y suficientes para desarrollar su actividad¹¹.

Por otro lado Murphy ha señalado la existencia de siete factores que permiten el desarrollo de esta actividad: 1.- La debilidad legal y jurisdiccional existente, en particular la existencia de la soberanía, que no permite que fuerzas internacionales intervengan en aguas territoriales. Es preocupante observar que todavía hay países como India y Japón que ni siquiera tienen tipificados en sus códigos la piratería. 2.- Una geografía favorable, lo cual ha permitido que buques nodrizas cargados de

¹¹ CHALK, PETER (2008). *The Maritime Dimension of International Security: Terrorism, Piracy and Challenges for the United States*. Recuperado el 28 de Julio de 2014, desde <http://www.rand.org/pubs/monographs/2008/RAND>

combustibles, pueden permanecer semanas navegando sin tener que volver a la costa, han permitido a los piratas ampliar su parámetro de acción, incluso a más de 1.000 millas del litoral somalí. 3.- Como tercer elemento podemos observar la existencia de conflictos y desórdenes, en donde hay una notoria ausencia de autoridades, y la situación constante de guerra, generan desesperación ha contribuido a que los Somalíes vean el crimen organizado como un modo de vivir. 4.- La falta de medios para aplicar la ley y la existencia de condiciones de seguridad inadecuadas, debido a que tener una guardia costera con recursos humanos y materiales adecuados o la simple inexistencia de autoridad digna de tal nombre favorece a la piratería. También nos encontramos ante un Estado débil, con fuerzas de seguridad mal pagadas o corruptas. 5- De igual modo la falta de aplicación de la ley, cuando los piratas al ser capturados in fraganti no son llevados ante los tribunales, por lo tanto a la falta de un medio represivo, estos volverán a ejercer la actividad. 6.- Como sexto elemento encontramos la aceptación cultural que ha tenido en el país, en que la existencia de rutas marítimas principales para el comercio marítimo internacional, han transformado a la piratería como una actividad tradicional a la que se han dedicado clanes y familias durante generaciones. 7.- Y como un último factor encontramos la promesa de la recompensa, donde se obtienen millones de dólares del secuestro de un buque ¹².

Hansen por otro lado, establece dos tipos de factores que favorecen a la piratería. El primero es la pobreza y la existencia de un Estado débil (o la ausencia de autoridad), en virtud de la cual los piratas realizan un análisis racional del coste y de los beneficios que les puede aportar dicha actividad. Estas personas se convierten en piratas por todos los beneficios que esto conlleva en la situación en la que viven, los cuales son mayores en comparación a cualquier otra actividad que se dediquen, debido a la falta de oportunidades del país. Como lo ha indicado Geopolicity "(...) *las ganancias medias que puede obtener un pirata somalí, en base al número de piratas existentes, aproximadamente unos 1.500, los secuestros habitados en el año 2010 y los rescates abonados. Según sus cálculos, un pirata ganaría entre 33.726 y 78.840 dólares anuales. Compárese dicha cifra con el PIB per cápita de Somalia, que equivale a 550 dólares anuales. Esto quiere decir que un pirata somalí puede ganar en un año entre 60 y 140 veces lo que gana de media uno de sus compatriotas (...)*"¹³.

¹² MURPHY, MARTIN, N. (2007). *Contemporary Piracy and Maritime Terrorism. International Institute for Strategic Studies*. Londres: Ediciones Routledge, pg. 46.

¹³ HANSEN, STIG JARLE. (2009). *Piracy in the greater Gulf of Aden. Myths, Misconception and Remedies*. Recuperado el 28 de Julio de 2014, desde

Asimismo, los jóvenes somalís se involucran en la piratería porque el coste de oportunidad es bajo, debido que es poca o casi nula la posibilidad de que sean detenidos, ante la ausencia de una guardia costera eficaz, así como de un sistema judicial que pueda procesarlos y condenarlos. Como ejemplo de ello tenemos que incluso como parte de estas organizaciones son miembros antiguos de la guarda costera, los cuales establecen que ellos siguen protegiendo con sus actividades ilícitas sus aguas, donde buques extranjeros pescan sin permisos o derraman sustancias tóxicas. El segundo factor que propone Hansen, es también la aceptación por parte de la sociedad de este fenómeno, lo que contribuye a legitimar esta actividad.

Weir, por su parte, establece que la falta de respuesta de la comunidad internacional ante la pesca ilegal, ha provocado que los pescadores somalíes se organicen en bandas locales de “guardacostas” para proteger sus medios de subsistencia y los recursos marinos de Somalia, en la cual abordaban buques extranjeros y exigían una indemnización por los peces capturados. El Grupo de supervisión para Somalia (en lo adelante GSS), elaboró un informe en el año 2006, en el que se confirma que varios caudillos y dirigentes de las administración local se han dado cuenta hace tiempo de que la explotación comercial de las pesquerías somalíes y la concesión de permisos de pesca a extranjeros (empresas privadas) son muy lucrativas. El informe concluye que podría haber más de 500 bracos pesqueros en la Zona económica exclusiva de Somalia, y que los permisos se expiden sin tener en cuenta ninguna norma internacional ni la sostenibilidad a largo plazo de las pesquerías, por lo cual la pesca es indiscriminada y a largo plazo acabarán con la pesca somalí. Las milicias locales descubrieron que el negocio de otorgar licencias de pesca era muy lucrativo y no pasó mucho tiempo antes de que otros grupos, que ya eran pescadores, se unieran para conseguir su parte¹⁴.

Por último, otro factor que se ha estudiado para la propagación de la piratería, fue el planteado por Obura, quien considera que existe una relación entre el tsunami de 2004 y el aumento del número de ataques piratas somalíes. Donde se evidencia que antes de producirse el tsunami solo se produjeron dos ataques; el año siguiente al desastre la cifra había

<http://www.nibr.no/uploads/publications/26b0226ad-4177819779c2805e91c670d.pdf>
[Consultado: 13/10/2011].

¹⁴ Cfr. WEIR, GARY E. (2009). *Finish family and profit: piracy and the Horn of Africa*. *Naval War College Review*. Vol. 62, nro.3. Recuperado el 29 de Julio de 2014, desde <http://www.usnwc.edu/>.

alcanzado los 35 incidentes. Aunque el epicentro del terreno ocurrió a más de 6.000 km de la costa somalí, el tsunami trajo consecuencias fatales sobre la costa oriental africana, y a la infraestructura pesquera Somalí. Por lo que parte de esos marinos decidieron seguir en la práctica de la actividad naviera dedicado a la piratería¹⁵.

10.2.- Capítulo II. Modus operandi de los marines somalíes:

En Somalia encontramos varios grupos de piratas que operan en sus aguas. Dentro de los diferentes grupos, los más importantes son: Guardacostas Voluntarios Nacionales; Grupos de Marka; Marines Somalíes; y Grupos de Puntlandia. Para poder realizar la investigación de una manera más sintetizada sólo hablaremos del modo de operar del grupo Marines Somalíes, debido a que estos se han visto involucrados en los últimos y más sonados secuestros.

Los Marines Somalíes tienen al menos dos bases conocidas superpuestas en las localidades de Harardheere y Eyl, sin descartar la posibilidad de que puedan existir alguno más, a consecuencia de la ineficacia del Gobierno Federal de Transición, el cual no se ha podido hacer cargo de los litorales. Desde estas bases preparan sus instrumentos de ataques los cuales están compuestos primordialmente de embarcaciones rápidas de fibra de vidrio, equipadas con motores fuera de borda contra los buques extranjeros que transitan por el Cuerno de África.

Se maneja la hipótesis de que los ataques perpetrados son el resultado de la oportunidad del momento. Sin embargo, existen informaciones que no son así. Se cree que los Marines Somalíes disponen de una estructura, que cuentan con sus propias redes de información e inteligencia, distribuidas en los países de la región, que informarían al cuartel general para que este decida los objetivos.¹⁶

Estos atacan generalmente a los barcos en grupos de tres o cuatro embarcaciones desde distintos puntos. Estas embarcaciones son manejadas por grupos reducidos por su tamaño pequeño, los piratas se encuentran armados con fusiles de asalto, ametralladoras y granadas, además de lanza granadas del tipo RPG-7. Un informe realizado por la ONU¹⁷ establece que estas flotillas disponen de radares para

¹⁵ Cfr. OBURA, DAVID (2006). *Impacts of the 26 December Tsunami in East Africa*. *Ocean and Coastal Management*. Vol. 49 (11), 873-888. Recuperado el 28 de Julio de 2014, desde http://www.vliz.be/projects/marineworldheritage/CV_Obura-May2011-5pp.pdf

¹⁶ Organización de las Naciones Unidas, 2006/229, pg.30.

¹⁷ IBID, 2008/769, pg. 34

embarcaciones pequeñas, con los que detectan sus objetivos, especialmente por la noche, dentro de los medios tecnológicos cuentan con teléfonos móviles, satélite y el GPS, además de radios y otros sistemas de comunicación.

Otro factor interviniente del que gozan los piratas, es la experiencia que poseen para navegar por sus aguas, debido a que muchos se dedicaban a la pesca o eran miembros del servicio de guardacostas de Somalia, por lo que sus conocimientos de navegación son apreciables. Al momento de realizar el ataque, dos o tres naves se dedican a la acción de la ofensiva mientras que otra actúa en el apoyo logístico del ataque. Luego de amenazar al barco con disparos, y en el caso de que este se detenga el barco será abordado con una escalera telescópica de aluminio, reduciendo su tripulación y remolcando las embarcaciones usadas por la popa del buque secuestrado. Ya siendo el buque secuestrado, este será dirigido hacia algún fondeadero-santuario en la costa de Somalia. En la mayoría de los casos, los buques serán puestos en libertad cuando se haya pagado un rescate, la manera de hacerlo es través de complejas redes internacionales que sirven de intermediarias en el pago del dinero o mediante transacciones directas en efectivo, llevándose a cabo por intermediarios o con transferencias de barco a barco. El rescate obtenido se divide en varias partes: una va dedicada a la compra de armas con lo que se fomenta el tráfico de armas en la zona; las otras se dividen entre los propios piratas a modo de usufructo, los “caudillos” y sus milicias; y por último los intermediarios de la transacción del rescate reciben una cantidad por el servicio prestado. En cuanto al monto de los rescates estos varían según el tipo de buque que se secuestre, la carga transportada y algún otro factor dentro de la negociación. En fin, la oportunidad de éxito de los ataques es mayor cuanto mayor sea la sorpresa, por lo que la mayoría de las capturas se producen durante los crepúsculos, cuando los piratas tienen una mejor oportunidad de acercarse a sus presas potenciales sin ser detectados.

10.3.- Capítulo III. Regímenes y actores contra la piratería en Somalia.

Las consecuencias que ha traído la práctica de la piratería han sido muy graves y han afectado al comercio marítimo como a los sectores que realizan actividades marítimas. Sin embargo, si se compara el total del tráfico marítimo en la zona bajo amenaza pirata con el número de ataques y secuestros de buques, los resultados arrojan que sólo un porcentaje de todos los buques que transitan el área bajo amenaza son víctimas de las acciones de los piratas, por lo que muchos han pensado que se puede convivir con el fenómeno integrándolo como un costo dentro del negocio

que se puede asumir. Para MacKinlay¹⁸, este pensamiento resulta equivocado, debido a que el fenómeno de la piratería está en pleno desarrollo y expansión, y si no se elimina, podría traer como consecuencia el colapso del tráfico marítimo por el Golfo de Adén y el Índico Occidental, que es una zona de suma importancia para la comunidad internacional y particularmente para las naciones de Europa.

Numerosos actores internacionales se han visto en la necesidad de intervenir en la lucha contra este delito, empezando por las distintas naciones que ven amenazado su comercio marítimo y en el caso de los Estados regionales, su propia seguridad nacional. Las organizaciones internacionales de seguridad o marítimas lideran los esfuerzos realizados contra la piratería en las aguas del Índico Occidental, con Naciones Unidas como principal líder, y en segundo plano las entidades en Somalia. El Consejo de Seguridad de la ONU, legítima con sus mandatos las acciones adoptadas en aguas somalís y la OMI permite que se velen por los intereses marítimos internacionales para implementar las medidas de respuesta contra la piratería. En particular, cabe reseñar la creación del Grupo de Contacto sobre Piratería en Aguas de Somalia (CGPCS) de Naciones Unidas que integra a numerosas naciones para coordinar sus acciones.

Entre otros intervinientes encontramos a la Cámara Internacional de Comercio (International Chamber of Commerce, ICC) y su departamento dedicado a la lucha contra el crimen en el ámbito marítimo. El International Maritime Bureau (IMB), también actúa como un punto focal en la lucha contra todo tipo de delitos marítimos y que han impulsado numerosas iniciativas contra la piratería, entre ellas tenemos:

- La creación en 1992 del Centro de Información sobre la Piratería (*Piracy Reporting Center*, PRC), situado en Kuala Lumpur encargado de supervisar la piratería en los estrechos de Malaca y del Sudeste de Asia, y en la que actualmente se ha ampliado su zona de observación.
- La intervención de asociaciones que desde los ámbitos empresarial y laboral llevan a cabo actividades para limitar los riesgos de la piratería, empezando por la *International Chamber of Shipping* y las asociaciones de armadores como Intertanko, la *Oil Companies International Marine Forum* (OCIMF) y la *Baltic and International Maritime Council* (BIMCO), de la industria pesquera como Anabac y Orthongel, de tripulaciones como la Federación

¹⁸ Cfr. MACKINLAY, ALEJANDRO (2006). *La lucha contra la piratería en aguas del Océano Índico: necesidad de una aproximación integral*. Recuperado el 28 de Julio de 2014, desde <http://www.realinstitutoelcano.org>

Internacional de Trabajadores del Transporte (*ITF Seafarers*) y aseguradoras tales como la *International Union of Marine Insurance* (IUMI), y el *International Protecting and Indemnity Group* (IGP&I).

Por otro lado, existe un grupo en Somalia que se ha preocupado por erradicar esta actividad, el GTF, a pesar de su capacidad limitada de actuación más allá de Mogadiscio, deberá convertirse en el agente principal que lleve de nuevo la ley a las aguas y zona económica exclusiva del país. También los gobiernos de las entidades regionales entre ellos los Somaliland y Puntland que son los más estables, pueden proporcionar la plataforma necesaria para llevar a cabo una planificación en nuevas políticas para crear sistemas navales de policía, que permitan por los momentos restablecer el orden, y así el desmantelamiento de la redes de piratería. Claramente estas nuevas estrategias se tendrían que desarrollar dentro del marco general de la OMI.

No menos importante resulta la intervención de los países que rodean la región, que son imprescindibles para restablecer la seguridad marítima en las aguas del Índico que incluyen desde Egipto, en el norte, hasta Tanzania, en el sur, pasando por los de la península arábiga, las naciones archipelágicas del Índico, especialmente Seychelles, e incluyendo la India, que aspira a convertirse en la principal potencia marítima regional. Todos ellos a mediano y largo plazo, deberían hacerse cargo de la policía marítima de las aguas del Océano Índico (utilizándose policía marítima en el sentido que tiene en el ámbito naval y se refiere a la vigilancia y control de los espacios marítimos).

Las estrategias navales han sido las más comunes para contrarrestar la piratería, entre ellas se encuentra la Operación Atalanta, así como también la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN), con el despliegue de su Fuerza Naval Permanente “Standing NATO Maritime Group 2” (SNMG-2), fue la primera en dar respuesta a las peticiones de la ONU, incluso anteriormente, algunos países a título propio como Holanda y Canadá llevaron a cabo operaciones de protección y escolta a los barcos del Programa Mundial de Alimentos (WFP) en su tránsito desde Mombasa hasta Mogadiscio.

Otras fuerzas que se han presentado en la zona han sido:

- La Coalición de fuerzas navales francesas (FR ALINDIEN) en el Océano Índico.
- La Coalición de fuerzas navales para la Operación Libertad Duradera (CMF), liderada por EEUU (TF150, TF 151, TF57, TF53

y CJTF HOA). En particular, la TF 151 de la Coalición está dedicada a la lucha contra la piratería.

- Agrupaciones navales nacionales. Países como el propio Estados Unidos, Reino Unido, India, Rusia, China, Pakistán, Japón, Malasia etc., tienen distintas agrupaciones en la zona protegiendo su flota nacional.

A pesar de todos estos esfuerzos no existe coordinación a nivel estratégico entre las fuerzas presentes en la zona; a pesar de ello sí la hay a nivel táctico por la necesidad de aunar esfuerzos y evitar interferencias. Por ello para el año 2008 se planteó como objetivo, a petición de la Coalición Multinacional (CMF), la creación de un grupo llamado SHADE (Shared Awareness and Deconfliction) en que en este organismo están representadas las agrupaciones navales-militares, y todos los actores que intervienen en la zona, como marinas independientes, potencias regionales, países ribereños, flotas de pesca, armadores, asociaciones mercantes, industrias navales, compañías de seguros etc., ampliándose así el ámbito de la coordinación y cooperación. Entre los primeros y más importantes logros de SHADE ha sido la promulgación de un Corredor Internacional en el Golfo de Adén (IRTC) y la organización de convoyes para los barcos que transitan por él y sean voluntarios para ello.

Para la coordinación con las diferentes navieras, industrias y en general actores en la zona, la Unión Europea ha establecido un Centro de Coordinación Marítima, operado por la EUNAVFOR, denominado "Maritime Security Centre Horn of Africa" (MSC-HOA). Su cometido es proporcionar información y guía al tráfico mercante. Es desde este Centro desde donde se organizan los convoyes para el tránsito por el Corredor Internacional (IRTC) y se transmiten a las navieras recomendaciones sobre medidas a tomar para evitar o al menos dificultar los ataques, como lo ha indicado el Instituto Español de Estudios Estratégicos.

10.4.- Capítulo IV. La aplicación de la legislación internacional al caso de la piratería.

Es importante resolver la competencia a la que se someterán los piratas que son capturados para su enjuiciamiento. Es normal que existan varias jurisdicciones involucradas en un solo acto de piratería, lo cual depende básicamente de la nacionalidad de los piratas, de la tripulación, de los pasajeros, de los militares que los detienen, del armador, del propietario de la carga y del pabellón del buque atacado, como lo indica Chebeli¹⁹.

¹⁹ Cfr. CHEBLI, ANTOINE (2009). *La piraterie maritime au debut du XXIème siècle Panorma modes operatoires et Solutions*. Recuperado el 28 de Julio del 2014, desde <http://www.drmcc.org>

Vamos a suponer que un buque abanderado en Panamá transporta una carga desde India hasta Grecia. La carga se encuentra asegurada en Alemania. La tripulación es filipina y holandesa. Y finalmente el buque es secuestrado por piratas somalís en alta mar en el océano Índico, nos preguntamos ¿Qué legislación deberá aplicarse para el enjuiciamiento de los piratas? Como podemos ver es clara la aplicación del derecho internacional, donde se ven involucrados diferentes principios. El que suele imponerse es el territorial, en el cual un Estado tiene la competencia para juzgar aquellos delitos cometidos bajo su jurisdicción, y en base a su legislación penal independientemente de la nacionalidad del apresado o de sus víctimas. Sin embargo, al hacer apresado los piratas en aguas de Somalia, no se pueden aplicar las leyes del país. Otro principio es el pabellón del buque, donde se dictamina que los delitos cometidos a bordo serán juzgados por las leyes del Estado pabellón. Pero si el barco de otro pabellón se encuentra en aguas territoriales de otro país, primará el principio de territorialidad, y por lo tanto la legislación del Estado en cuyas aguas navega el barco será la que se aplique.

El principio de personalidad activa se aplica cuando un Estado persigue aquellos delitos cometidos por ciudadanos de su nacionalidad en otros países, independiente del lugar donde los cometan. El principio de justicia penal subsidiaria supone que la legislación doméstica de una país puede aplicarse cuando haya razones (legales o de hecho) que impidan a la justicia del país donde se cometió el delito procesar a los delincuentes, por lo que se busca es que el delito no quede impune. Por último tenemos el principio de jurisdicción universal, el cual se basa en el derecho de cada país a enjuiciar ciertos crímenes que se consideren peligrosos para todos los Estados. En este tipo de conflictos marítimos suelen predominar los principios de: territorialidad y de personalidad.

En el ejemplo propuesto anteriormente observamos que no puede aplicarse el principio territorial, ya que el delito ocurrió en aguas internacionales. Por lo que podemos suponer que se aplicaría la ley panameña, ya que es la legislación que abandera el buque. El principio de personalidad activa, también se encuentra presente, que se antepone a la ley de pabellón del barco, ya que los piratas son somalís, y por lo tanto los debe juzgar la legislación penal somalí. Y por último la nacionalidad de la tripulación es indiferente (principio de personalidad pasiva), ya que el principio de la activa precede al de la pasiva como lo indica Munich²⁰.

²⁰ Cfr. MUNICH RE GROUP (2006). *Piracy- Treat at sea. A risk analysis. Knowledge series*. Recuperado el 28 de Julio de 2014, desde [http:// www.ukpandi.com](http://www.ukpandi.com)

En este caso, como habíamos mencionado, son las autoridades somalís encargadas de juzgar a los piratas, pero conociendo la situación política y social que vive el país, es improbable que los acusados sean procesados, por lo cual esta actividad se sigue propagando. Las legislaciones nacionales son demasiado diversas y, a menudo, o no contemplan el delito de piratería o las pruebas que establecen para que el delito se considere piratería, son difíciles de reunir. Como ejemplo de ellos podemos ver que en septiembre del 2008, se detuvieron piratas por parte de las tropas danesas y fueron liberados, ya que la legislación danesa establece que el delito de piratería si los piratas o las víctimas son de nacionalidad holandesa. Lo mismo ocurre en el caso del Derecho alemán.

Como lo establece Chatham House “(...) El propio Consejo de Seguridad de la ONU en su resolución 1851 (2008) observaba con preocupación que la falta de capacidad, legislación interna y claridad sobre la adopción de disposiciones respecto de los piratas después de que han sido capturados ha obligado en algunos casos a que estos sean puestos en libertad sin comparecer ante la justicia. Un informe advierte de que en torno al 50-60 % de los piratas capturados han sido puestos en libertad por las marinas que los detuvieron (...)”.

Este tipo de limitaciones ha propiciado que el Reino Unido, Dinamarca, Canadá, China, Estados Unidos y la Unión Europea hayan firmado desde 2009 acuerdos de cooperación con las autoridades de Kenia, a fin de que los piratas capturados por los militares fueran entregados para ser juzgados a la legislación de Kenia. Sin embargo, desde el 30 de septiembre del 2010 las autoridades de Kenia se negaron a seguir recibiendo piratas; por ello la Unión Europea se vio obligada a liberar a unos 700 de los 1.000 piratas capturados en el océano Índico. También la legislación de Kenia exige la presencia de los testigos en el juicio como el capitán de navío, al del barco atacado, a pilotos de aviones de patrulla marítima, entre otros, por lo que estos requisitos afectarían la efectiva operatividad de las fuerzas navales presentes en la zona. Por otra parte, es difícil durante el procedimiento reunir las pruebas para lograr un procedimiento exitoso, debido a que al momento de la captura los piratas suelen tirar al mar las armas u otras herramientas utilizadas durante la captura. Una vez apresados los piratas pueden pasar semanas dentro de los buques militares, en el tiempo que estos tratan de recuperar las pruebas y se autorizan los permisos para su entrega a las autoridades nacionales o regionales.

Middleton advierte que la falta de garantías del sistema judicial de Kenia, es un gran problema en los enjuiciamientos. También se acusa a

Puntlandia por las penosas condiciones de sus prisiones, así como por permitir fugas de los presos²¹.

Otros acuerdo que se ha firmado para el apresamiento de la piratería han sido el Seychelles y Yibuti, aunque estos países solo aceptan a piratas apresados en sus aguas. En el 2010 Tanzania modificó su legislación para incluir una disposición que permite el enjuiciamiento de los piratas que sean detenidos en aguas del país. A principios del 2011 Seychelles firmó tres acuerdos con el Gobierno Federal de Transición (GTF) y las autoridades somalíes de Puntlandia y Somalilandia, en relación con la entrega de presos somalís a Somalia para cumplir el resto de sus condenas. En Julio de 2011 la Unión Europea firmó un acuerdo con Mauricio que establece las condiciones para la entrega de supuestos piratas capturados por efectivos de la operación EU NAVFOR/ Atalanta a dicho país. Según este acuerdo, Mauricio investigará y enjuiciará a los ciudadanos somalís sospechosos. Por otro lado, Mozambique y Sudáfrica firmaron en junio de 2011 un acuerdo por el que ambos países desarrollarán patrullas conjuntas en el canal de Mozambique; el acuerdo incluye intercambio de información e inteligencia.

El único país Europeo que ha aceptado enjuiciar a piratas somalíes es Montenegro, pero el traslado de los detenidos hasta la nación balcánica resulta poco operativa para las marinas presentes en la zona de operaciones.

11.- Conclusiones y recomendaciones

En cuanto a nuestro primer objetivo planteado acerca de determinar las causas que han originado la piratería en el Océano Índico Occidental concluimos que:

Muchos han sido los estudios que se han realizado para determinar los fenómenos que han causado la gran inseguridad respecto a la piratería que se ha creado en torno a los espacios marítimos de Somalia, el cual no es algo nuevo y tampoco es exclusivo del Cuerno de África. Podemos observar que la piratería es producto de la falta de un Estado constituido bajo las leyes, en donde reinan la anarquía y los problemas sociales, políticos y económicos. Es un Estado que no ofrece oportunidades de estudio, ni trabajo a sus ciudadanos, por lo que es común que las personas busquen los medios para sobrevivir, lo que trae como consecuencia que

²¹ Cfr. MIDDLETON, ROGER (2008). Piracy in Somalia. Threatening global trade, feeding local wars. Recuperado el 28 de Julio de 2014, desde <http://www.chathamhouse.org>.

se originen actividades delictivas como la piratería, terrorismo, contrabando, entre otras.

En Somalia la piratería se desarrolla en un contexto de guerra civil que ha sometido al país desde hace veinte años, en donde es preocupante que parte de los rescates pagados a los piratas son para financiar la guerra civil. Identificar y localizar a los piratas cuando se encuentran navegando en mar abierto resulta muy complicado y requiere que el Estado Somalí disponga de distintos medios para su captura, con los cuales no cuenta. Somalia como paradigma de un Estado fallido sometido a una guerra civil, ha dado lugar a un desastre humanitario, donde no solo obliga a las Naciones Unidas a solicitar que se escolte a los buques que transportan ayuda alimentaria para la población del país, sino también a la puesta en marcha de campos de refugiados que alojan a miles de personas junto a la frontera keniana.

Es determinante a la situación que vive el país hoy en día, que el poder estatal en Somalia se encuentra dividido en tres niveles de autoridad (Gobierno Federal de Transición y los gobiernos de Somalilandia y Puntlandia) en donde la corrupción con el negocio de la piratería llevan a dudar sobre su capacidad real y voluntaria para reprimir esta actividad, por los beneficios propios que se obtienen. Por último, el conflicto que genera la piratería marítima somalí no parece tener solución a corto a plazo, debido a que, salvo que la situación de seguridad en tierra mejore y se restablezca el Estado de derecho, se puede predecir fácilmente que esto será una situación prolongada que terminará afectando a gran parte de la empresa naviera.

Respecto al segundo punto de investigación referente a examinar las medidas tomadas por la comunidad internacional para prevenir y protegerse contra la piratería marítima, en aguas Somalís, se llegó a la siguiente conclusión:

Consideramos que una acción realmente eficaz para eliminar la actividad de la piratería en aguas somalís, necesita tomar en cuenta cada una de las facetas del problema, y a analizarlas una por una, para así actuar sobre las condiciones que favorecen a la proliferación de la piratería. Como vimos, existen hoy en día numerosos acuerdos y operaciones militares en la lucha contra la piratería; sin embargo, estas no se encuentran coordinadas entre ellas. El problema a meditar, es la creación de una propuesta internacional lógica, que se pueda aplicar en las diferentes áreas donde se localice el problema. Para que estas operaciones tengan un resultado significativo a corto plazo es necesario mejorar la eficacia de los esfuerzos que realiza cada actor interesado; a mediano y largo plazo se debería de concentrar en la integración y construcción de capacidades en las zonas regionales que también se ven

afectadas, así como en Somalia, para tratar de restablecer la ley y el orden en su territorio.

Por la difícil situación que atraviesa el país, es necesario que dentro de todas estas operaciones realizadas por distintos actores interesados de la comunidad internacional, estas deban ser llevadas a cabo de manera responsable y cuidadosa, ya que, dentro de la posibilidad de actuar de una manera más agresiva podría traer consecuencias grandes sobre las fuerzas aliadas que protegen la piratería en el país, y también podrían tener efectos negativos en el conflicto interno de Somalia. La aplicación de cada una de estas operaciones debe observar cuidadosamente los aspectos legales, sobre todo aquellos que tienen que ver con la detención el apresamiento de los piratas.

Finalmente en cuanto a nuestro último objetivo sobre identificar los obstáculos presentes ante el combate contra la piratería por parte de la comunidad internacional para lograr una adecuada represión del delito podemos señalar los siguientes: existe una concepción problemática de la piratería; por otro lado hay una ausencia verdadera de medios de represión en el Derecho Internacional, una falta de armonización de las legislaciones nacionales, y todos aquellos problemas que surgen para perseguir, detener y enjuiciar a los piratas.

El concepto de piratería en el Derecho Internacional es visto como un delito que ocurre en alta mar, que está sujeto al principio de jurisdicción universal, en el cual todos los Estados tienen el derecho y el deber de detener a cualquier pirata; sin embargo vemos que no existe ninguna norma internacional que obligue a los Estados a introducir dentro de sus legislaciones nacionales el deber de procesar a los piratas. Por lo tanto, la aplicación de esta norma internacional, lo que es el enjuiciamiento, competencia y jurisdicción para juzgar al pirata, va a depender de la regulación del delito de la piratería por parte de los Estados y de su voluntad política de hacerlo. Por otra parte, el Derecho internacional no posee los medios para juzgar y castigar a los piratas y se limita exclusivamente a establecer una definición que ha sido aceptada por la mayoría de los Estados para que puedan reprimir este delito sin ser condenado por ello.

Consideramos que para que haya una verdadera lucha, es necesario que haya una armonización de la legislación internacional sobre la materia, y un compromiso firme por parte de todos los Estados para incorporar el delito de piratería en su legislación. Por lo tanto, es oportuno proponer una revisión de la CONVEMAR por haberse quedado desfasada en la problemática actual que se está viviendo en el tema y por tanto, realizar una Conferencia internacional que dé lugar a una Convención más eficaz a la hora de enfrentarse contra la piratería.

A pesar de todo lo explicado se ha visto un real interés por parte de la comunidad internacional en aras de luchar contra la piratería actuando bajo el marco del Derecho internacional. Sin embargo, no se puede olvidar un aspecto fundamental, que aunque un barco pirata pueda ser perseguido en alta mar, esta posibilidad se desvanece en cuanto entra a aguas territoriales de Somalia. Por ello se considera de real importancia para poder hacer frente a estos obstáculos, que se creen acuerdos con y entre los países regionales para el procesamiento de los piratas o también la creación de tribunales internacionales o regionales en el Cuerno de África, son algunas de las opciones más factibles y operativas para erradicar el problema.

12. Bibliografía:

- CHALK, PETER (2008). The Maritime Dimension of International Security: Terrorism, Piracy and Challenges for the United States. Recuperado el 28 de Julio de 2014, desde <http://www.rand.org/pubs/monographs/2008/RAND>
- CHEBLI, ANTOINE (2009). La piraterie maritime au debut du XXIeme siècle Panorma modes operatoires et Solutions. Recuperado el 28 de Julio del 2014, desde <http://www.drmcc.org>
- FERNÁNDEZ FADÓN, FERNANDO (2009). Piratería en Somalia: “mares fallido y consideraciones de la historia marítima”. Recuperado el 30 de Julio de 2014, desde <http://www.realinstitutoelcano.org>
- GROCIO, H. (1956): *De la libertad de los mares*. Madrid: Ediciones Blanco García y García Arias.
- HANSEN, STIG JARLE. (2009). Piracy in the greater Gulf of Aden. Myths, Misconception and Remedies. Recuperado el 28 de Julio de 2014, desde <http://www.nibr.no/uploads/publications/26b0226ad4177819779c2805e91c670d.pdf>.
- Instituto Español de Estudios Estratégicos (2010). La lucha internacional contra la piratería marítima: Somalia y la operación Atalanta. Recuperado el 28 de Julio de 2014, desde http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2010/DIEEEEO16
- JOVANÉ BURGOS, JAIME JAVIER (2010). Metodología de la Investigación Jurídica: un enfoque hacia la elaboración de la tesis doctoral. Panamá: Editorial Cultural Portobelo.
- MACKINLAY, ALEJANDRO (2006). La lucha contra la piratería en aguas del Océano Índico: necesidad de una aproximación integral. Recuperado el 28 de Julio de 2014, desde <http://www.realinstitutoelcano.org>.
- MIDDLETON, ROGER (2008). Piracy in Somalia. Treating global trade, feeding local wars. Recuperado el 28 de Julio de 2014, desde <http://www.chathamhouse.org>.
- MUNICH RE GROUP (2006). Piracy- Treat at sea. A risk analysis. Knowledge series. Recuperado el 28 de Julio de 2014, desde <http://www.ukpandi.com>.
- MURPHY, MARTIN, N. (2007). *Contemporary Piracy and Maritime Terrorism. International Institute for Strategic Studies*. Londres: Ediciones Routledge.
- OBURA, DAVID (2006). Impacts of the 26 December Tsunami in East Africa. *Ocean and Coastal Management*. Vol. 49 (11), 873-

888. Recuperado el 28 de Julio de 2014, desde http://www.vliz.be/projects/marineworldheritage/CV_Obura-May2011-5pp.pdf.

- OPPENHEIM, LASSA FRANCIS (1955). *International Law*. Londres: Ediciones LONGMANS, GREEN AND CO.
- Organización de las Naciones Unidas (1958). Convención de Ginebra sobre el Mar Territorial y la Zona Contigua. Recuperado el 28 de Julio de 2014, desde <http://treaties.un.org>.
- RONZITTI, N. (1983). *Piratería*, en *Enciclopedia del Diritto*, tomo XXXIII. Milán: Ediciones Giuffrè.
- ROUSSEAU, CHARLES (1966). *Derecho Internacional Público*. Barcelona: Ediciones Ariel.
- SATKAUSKAS, RYTIS (2010). *Piracy at sea and the limits of international law*. Rodas: Ediciones Aegean Institute of the Law of the Sea and Maritime Law.
- CONVENCIONES INTERNACIONALES:
 - Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. 1982
 - Convenio contra la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima. 1988