

No. 26

REVISTA

**IUSTITIA
ET
PULCHRITUDO**



Panamá
2012

IUSTITIA et PULCHRITUDO
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Dr. Víctor Delgado
Decano de la Facultad de Derecho

Ldo. Constantino Riquelme
Director de la Escuela de Derecho

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

LA EXTRAORDINARIA COGNITIO.

MAGISTER BENITO CAÑATE RÍOS..... 5

CRITERIOS PARA TASAR EL DAÑO MORAL

ADRIANO CORREA E..... 23

LA IGUALDAD JURÍDICA, LOS DERECHOS SOCIALES Y EL PARADIGMA DEL DESARROLLO HUMANO

ARMANDO PADILLA Z..... 37

LOS PRINCIPIOS DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA Y LA BUENA FE EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

JAIME JAVIER JOVANÉ BURGOS 51

EL NUEVO RECURSO ORDINARIO DE ANULACION EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO PANAMEÑO

DAMARYS CABALLERO DE ALMENGOR..... 131

LA DENUNCIA DENTRO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: UNA MIRADA AL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ESPAÑOL.

CARLOS GASNELL ACUÑA 145

TRATADOS DE DOBLE TRIBUTACION: LA NUEVA REALIDAD PARA EL ADMINISTRADO

LEONARDO BONADIES 183

**DE LA URGENTE NECESIDAD DE PROFESIONALIZAR
LA POLÍTICA PANAMEÑA**

CARLOS H. DÍAZ 189

**LÓGICA, PRAGMÁTICA Y ARGUMENTACIÓN
EN EL DERECHO**

FRANCISCO DÍAZ MONTILLA 197

ANÁLISIS DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA

RAÚL E. OLMOS E..... 223

LA EXTRAORDINARIA COGNITIO.

MAGISTER BENITO CAÑATE RÍOS

Profesor de Derecho Romano en la Universidad Católica Santa María La Antigua, Director General de Postgrado

Estudio de fuentes antiguas referentes al Procedimiento Extraordinario y de los resultados de las conclusiones de varios autores clásicos de la modernidad académica romanista que nos servirá para adquirir una visión clara y definida del fundamento, político, económico y social de las transformaciones judiciales romanas

1. ORIGEN Y NATURALEZA DE LA EXTRAORDINARIA COGNITIO.

La mayor utilización del procedimiento de la extraordinaria cognitio coincide con la transformación de la política que opera en la sociedad romana entrado el siglo III de la era cristiana, en otras palabras el factor que determinará la adopción del procedimiento de cognición oficial como sistema general está en relación directa con el aumento del poder del Estado y su consecuente intervención en las relaciones entre los ciudadanos. Así tenemos que la crisis política de la última mitad del siglo I a. C. que termino por destruir la Constitución Republicana, también afectó al sistema formulario, que si bien alcanzó en este periodo su momento de mayor esplendor bajo la sabia protección de Augusto, por la naturaleza propia del principado, estaba condenado a desaparecer en el primer momento que ascendiese al trono un hombre que no sintiera igual respeto por la tradición jurídica, como el que sentía Augusto y sus más inmediatos sucesores, "The Republic lived on, because Augustus had summoned once more to the consciousness of the Romans the responsibility that was tradicional to them and befit them alone, namely, the responsibility of rulin over the Herat: Tu regere imperio populos Romane memento"¹.

El hecho de que el momento de plena vigencia del procedimiento extraordinario se de en la época que corresponde a la del bajo imperio, no es simple coincidencia si se toma en consideración que en este periodo la centralización del poder en manos del emperador es prácticamente absoluta, aparte de que los funcionarios que tienen que ver con la administración de justicia ya no son electos por los ciudadanos sino que son nombrados por el emperador a través de un sistema jerárquico en el cual la cúspide la constituye el monarca, así el funcionario de mayor jerarquía nombrará al funcionario de menor jerarquía, constituyéndose en esta forma la pirámide jurídica de la administración de justicia que aun existe en nuestra época.

¹ 1. BETWEEN REPUBLIC AND EMPIRE. Interpretations of Augustus and His Principate. Edited by Kurt A. Raaflaub and Mark Toher., UNIVERSITY OF CALIFORNIA PRESS. 1990. Article of W. Eder: "Augustus and the Power of Tradition: The Augustan Principate as Binding Link between Republic and Empire"., pag. 87.

El fortalecimiento del poder del Estado frente a los ciudadanos se ve reflejada en la lógica transformación del fin del proceso en el sentido de que por ser plenamente identificado con el ente público, se traducirá en la función pública de administrar justicia, por cuanto tiene de importante esta nueva concepción se puede decir que el Estado se abroga el derecho de resolver una controversia entre particulares, esto no sería ningún problema, pues como se ve el Estado siempre había tenido esta función, el problema tal vez se refiera al control e influencia sobre los ciudadanos, pues como es bien sabido si el funcionario encargado de administrar la justicia es electo de entre los ciudadanos su imparcialidad es mas segura que en el supuesto de que el funcionario sea designado por un ente central que solo responde a las ordenes del emperador.

Entonces la transformación se da no por ineficiencia del sistema formulario sino mas bien por la necesidad de un mayor control sobre la población civil a través de la justicia, desaparece en consecuencia el fin del proceso en cuanto garante de la seguridad jurídica y de la paz ciudadana, naciendo en consecuencia una búsqueda incesante de la finalidad del proceso que por un lado justifique su nueva naturaleza y por el otro lado llene las expectativas de los ciudadanos, en cuanto a la satisfacción de su interés de justicia.

Fácil es entender a la luz de este razonamiento el porqué de la burocratización que supone el procedimiento de la extraordinaria cognitio y el porqué de su ineficiencia e insuficiencia en lo que atañe a una solución justa de una controversia, no podría ser de otra manera, cuando se corta la evolución natural de un sistema de procedimiento, como lo era el formulario, se corre el riesgo de perder los principios sobre los cuales se estructuró, el fin a que estaba orientado y más grave aún se tiende a dogmatizar el derecho sobre el cual se basó, como formula de evitar que los jueces y magistrados cometan la osadía de volver a la práctica de la magistratura republicana de creación del derecho, lo cual es incompatible con un Estado centralizado y autoritario.

Tengamos presente que no se conocía en ese entonces el concepto de división de los poderes, motivo por el cual no se entendía la función de administrar justicia como algo autónomo del poder del emperador, en suma, esta es a su vez la justificación de la conservación del sistema jerárquico y nominal de la administración de la justicia y en nombre de tal posición se afirma que la sola independencia del órgano judicial es garantía de una correcta y justa resolución de las controversias, por tanto no es necesario abandonar el sistema jerárquico y nominativo, en otras palabras el sistema jerárquico y nominativo del procedimiento extraordinario es ineficiente porque está sometido al control del emperador, luego entonces nuestro sistema por ser independiente es eficiente (es lamentable que la realidad no confirme tan brillante

deducción), sin entrar a considerar las razones del origen y la degeneración propia del concepto “justicia”, que el mismo representa.

Calificar el procedimiento de la extraordinaria cognitio desde el punto de vista de sí, se trata de un sistema dispositivo o inquisitivo nos resulta un poco complicado, si atendemos al hecho de que el procedimiento en referencia se aparta de los elementos que nos sirvieron de base para la calificación de los sistemas anteriores en uno u otro sentido, no obstante este impedimento, podemos anotar que el sistema extraordinario lejos de representar en la práctica un avance en relación al sistema anterior, se transformó en una involución jurídica de las instituciones clásicas del Derecho Romano, sin embargo dio todos los aportes que han servido de base en la construcción de un proceso público, en cuanto es controlado por el Estado, por parte de la moderna ciencia del Derecho Procesal.

Si bien es cierto que las partes siguen siendo las que activan la participación del ente estatal en la resolución de la controversia, no menos cierto es, que muy a pesar del control por parte de los interesados del objeto del proceso, la participación del magistrado y de todo su equipo de colaboradores le resta fuerza al carácter tradicionalmente dispositivo del procedimiento, así tenemos por ejemplo el acto de citación del demandado deja de ser facultad u obligación del actor, para transformarse en una obligación del Estado, también se penaliza la no participación del demandado al ser citado a juicio, lo cual es punido mediante la declaración de contumacia o rebeldía, con la consiguiente pérdida del pleito.

Otro elemento que disminuye nuestra apreciación sobre la extraordinaria cognitio se refiere a la instrumentalización de la prueba legal, que no es más que otro de los efectos lógicos de la estatalización del proceso, esto es así por cuanto no se puede admitir que un funcionario nominado por una autoridad determinada utilice su libre criterio al evaluar las pruebas presentadas. Esto se estableció posiblemente como una forma de equilibrar el sistema de procedimiento, en el sentido de no permitir que un funcionario que no había sido electo para el cargo sino que fue nombrado por una autoridad, se transforme en una especie de dictador en el tribunal que decide a capricho que prueba es válida y que prueba no lo es, aparte de que con la pérdida de la técnica de los juristas clásicos era demasiado arriesgado dar una posibilidad en tal sentido.

Una primera visual de la situación que se da con el sistema extraordinario nos recuerda la rigidez sacramental del sistema de las Legis Actiones, con la única diferencia de que aquí la religión a dado paso a un nuevo culto, el culto al Estado como garante absoluto de la

justicia, y ocurre lo mismo que en las acciones, en el que quien conocía y pronunciaba adecuadamente las palabras y efectuaba el rito, ganaba el pleito si la otra parte cometía un error sobre los actos anteriormente descritos, en el procedimiento extraordinario el que lograba obtener un medio de prueba que el Derecho calificaba de irrefutable, gana el pleito, si la otra parte no logra obtener un medio de prueba de superior o igual naturaleza.

El procedimiento de la extraordinaria cognitio, por cuanto las partes son las dueñas del objeto del proceso son las que activan la administración de la justicia con la presentación de la demanda, son las que interponen todos los recursos que le confiere el derecho para lograr un fallo favorable, es entonces un proceso dispositivo, pero un dispositivo condicionado por el formalismo escrito del proceso, la rigidez de sus reglamentaciones, la casi nula capacidad de análisis de sus jueces y su asfixiante burocracia. Hacemos este examen partiendo de la base de que el sistema originario (Legis Acciones) era un sistema que puede ser calificado como dispositivo puro, claro está si ignoramos la existencia de las Legis Acciones y del procedimiento formulario debemos concluir que en comparación con los ordenamientos procesales contemporáneos, el procedimiento extraordinario es un sistema dispositivo puro.

En consecuencia, el carácter dispositivo no opera aquí con la misma eficiencia como la que se da en el sistema anterior, lo que nos lleva a afirmar que el aspecto vital de un sistema de procedimiento lo representa la armonía que debe existir entre todos sus componentes y caracteres, con el objetivo o la finalidad a la cual está orientado y no pretender que un procedimiento puede satisfacer a un mismo momento dos objetivos contrapuestos, como lo son “La Razón de Estado y la Satisfacción del Ideal de Justicia de los Ciudadanos”

2. CARACTERÍSTICAS DEL PROCEDIMIENTO EXTRAORDINARIO.

a. Las dos etapas del procedimiento se surten ante un solo juez, lo que supone la desaparición de la figura del iudex como ciudadano privado que conoce de la etapa de decisión, esto como consecuencia lógica de la estatificación del proceso. La existencia propia de un Estado fuerte es contraria a la libertad de los ciudadanos y a cualquier forma de resolución de sus controversias que no suponga dependencia de la autoridad pública, esto a pesar de que el procedimiento formulario en términos generales no representaba ninguna amenaza para la autoridad central, más que en el plano de dependencia y control central, que son aspectos que responden a una filosofía autoritaria y centralizada.

b. El proceso se hace escrito, tramitación vía libellus, eliminándose la oralidad del procedimiento del Ordo Iudiciorum Privatorum, con la consecuente desaparición de la intermediación del proceso y de la publicidad del mismo.

c. El carácter electivo de los funcionarios que tenían que ver con la administración de la justicia es abandonado y remplazado por un sistema jerárquico y nominativo, con lo cual se garantiza el control de la justicia por parte del emperador..

d. Al eliminarse la citación privada y remplazarse por la citación como acto de poder público, así como la eliminación y creación de otros mecanismos orientados a estatificar el proceso, se crea en consecuencia un sistema burocrático e inoperante.

e. Los efectos de la Litis-Contestatio, acto fundamental del Ordo Iudiciorum Privatorum, se traspasan a la conventio y a la sentencia, naciendo en el primero de los casos la situación de Litis-Pendentia, entendiéndose en consecuencia iniciado el proceso con la notificación de la demanda.

f. La creación de la prueba legal representa el fin de la libre apreciación de la prueba, por lógica es así. Este mecanismo es conocido, modernamente, como Tarifa Legal, pues supone que los medios de prueba tendrán un valor distinto dependiendo de lo que determine la Ley.

La adopción de este sistema nos hace recordar el Formalismo Sacramental del procedimiento de las Legis Actiones, en el sentido de que en este procedimiento ganaba el pleito quien conociese las palabras correctas, las pronunciase adecuadamente y realizará el rito según lo preceptuado, quien no lo hiciese así perdía el pleito; en el procedimiento extraordinario quien puede obtener una prueba a la que la ley le otorga un valor de plena prueba (suficiente para que se falle a favor de quien la aporte), gana el pleito si la otra parte no logra obtener una prueba de igual o mayor valor.

g. El proceso deja de ser un procedimiento de resolución rápida para transformarse en un procedimiento eterno, como consecuencia de la diversidad de medios legales e ilegales que son permitidos para evitar que se dicte una sentencia con fuerza de cosa juzgada.

h. El proceso se hace oneroso en el sentido de que las partes deben abonar al juez una suma determinada en la cual están comprendidos los gastos del proceso y sueldo que le corresponde al juez para resolver el litigio.

i. La pérdida de la técnica de los juristas clásicos, enfrentada al creciente poder del Estado, determinó la desnaturalización del proceso y el olvido de la finalidad a la cual estaba orientado. Es así como podemos comprender las razones por las cuales el proceso se torna burocrático, ineficiente, oneroso y largo, y es que no interesa realmente garantizar la paz ciudadana o la seguridad jurídica, lo que importa es acrecentar el poder del Estado sobre los ciudadanos por medio de la creación de dependencias que por su propia naturaleza favorecen la corrupción y deseo de los valores de una sociedad que movida por la necesidad de encontrar solución pronta a sus problemas jurídicos está dispuesta a someterse voluntariamente a las exigencias de las personas que detentan el poder de la justicia.

El enunciado de las características del sistema extraordinario, podría hacernos suponer que se tratan de verdaderas críticas del sistema en mención, lo cual es correcto, sin embargo no se debe perder de vista que el análisis del sistema extraordinario se hace teniendo como base el sistema de procedimiento anterior y no el sistema de procedimiento posterior, ya que de ser así tendríamos que concluir que el sistema extraordinario en verdad represento un avance en la concepción del proceso por parte de los romanos, toda vez que esta concepción, palabras más palabras menos, es similar a la actual concepción del proceso, edificada por la Moderna Teoría del Derecho Procesal. Aunque en comparación con el eficaz procedimiento formulario, la extraordinaria cognitio es un sistema decadente e ineficaz.

Esta teoría se centra en el Estado como centro y generador del Derecho, por lo cual no puede aceptar como válida una construcción procesal al margen del Estado, que es lo que representa el procedimiento formulario, de allí la calificación de proceso privado (arbitral) que siempre ha merecido el *Ordo Iudiciorum Privatorum* (nomenclatura por cierta de origen moderno y no romano) y la incomprensión de sus instituciones fundamentales, entre ellas la *Litis-Contestatio*. No podría ser de otra manera reconocer la validez y efectividad de un procedimiento de esta naturaleza, sería como autodescalificar toda la Teoría del Derecho Procesal, y aproximar el sistema procesal a una naturaleza de este genero iría en contra de la Teoría del Estado.

3. La Litis-Contestatio en el procedimiento de la Extraordinaria Cognitio.

3.1. Concepción

Se ha incluido el estudio de la Litis-Contestatio en este nivel para evidenciar en forma práctica hasta que punto arribo la transformación de la naturaleza del procedimiento romano de manos del régimen imperial. Sabiendo que el procedimiento extraordinario es un sistema estatista y que se da en el periodo de total decadencia jurídica y moral de la sociedad romana, se comprende entonces el porqué de la desnaturalización del instituto fundamental de la jurisprudencia clásica. De esta forma, con la Litis-Contestatio se da una situación muy particular, propia de la evolución de las instituciones humanas, que luego de alcanzar su grado de máxima perfección, degeneran hasta regresar a los estadios primitivos de su desarrollo, si no con los mismos rasgos, si al menos con la misma falta de precisión.

Wolfgang Kunkel, Catedrático de Derecho Romano de la Universidad de Munich, nos habla de la caída de la jurisprudencia clásica a mediados del siglo tercero D.C., indicando "...más importante aún que estos cambios de la actitud externa de la jurisprudencia fue la ruptura interna con las tradiciones de la época clásica: el hecho de que la romanidad hubiera cesado definitivamente de llevar la dirección de la vida política, que hubieran sido superadas, y apenas fueron comprendidas las bases constitucionales y procesales del derecho clásico y que, de este modo, la estructura de las normas clásicas con sus finas distinciones nacidas históricamente, no fueron ahora algo vivo ... se comprende que hubiera acabado el periodo creador de la jurisprudencia²". Así la gama de instituciones surgidas y perfeccionadas en el periodo clásico no se les comprendía en todos sus alcances y efectos, por carecerse en la época del bajo imperio de los presupuestos básicos sobre los cuales descansaban las instituciones clásicas. Adviene como consecuencia y como respuesta al peligro que entrañaba la pérdida total de la sabiduría de los clásicos, la denominada "dogmatización del derecho", es decir, "... se sistematiza y generaliza la materia, y lo que en los juristas clásicos era aún fluido y elástico, se vertió en formas fijas y manejables³".

² 2. KUNKEL, Wolfgang, HISTORIA DEL DERECHO ROMANO, Traducción de la Cuarta Edición Alemana, por Juan Miguel, Editorial Ariel S.A., Barcelona, España, 1989, pag. 167.

³ 3. IBIDEM, pag. 153.

Conocida la situación histórico-social en que nos encontramos conviene determinar en que momento se entendía que se daba la Litis-Contestatio, Alvarez, Ursicino indica que la “Litis-Contestatio es una expresión que designa el momento procesal en que tiene lugar el primer debate contradictorio ante el magistrado...”⁴, es decir cuando el demandante exponía su pretensión, por medio de la “Narratio” y el demandado respondía a las mismas, defendiéndose, a través de la “Responsio Contradictio”. Lo que se buscaba era introducir la Litis-Contestatio en el mismo punto en que había tenido lugar en el procedimiento clásico⁵, así Justiniano:

“Cod. Iust. III, 9, 1 (202 D.C.): Res in iudicium deducta non videtur, si tantum postulatio simplex celebrata sit vel actionis species ante iudicium reo cognita. Inter litem enim contestam et editam actionem permultum interest. Lis enim tunc videtur contestata, cum iudex per narrationem negotii causam audire coeperit.”

“Cod. Iust. III, 1, 14, 4: ...post narrationem propositam et contradictionem objectam...”

3. 2. Efectos.

Los efectos que en procedimiento formulario correspondían a la Litis-Contestatio fueron atribuidos a la “Conventio” y a la Sentencia, solo unos cuantos efectos permanecieron en el instituto clásico:

3.2.1 Efectos que son atribuidos a la “conventio”:

a. Con la conventio adviene la situación de Litis-Pendentia, es decir el pleito está pendiente de decisión, por inducción esto supone que se da origen, también a la relación jurídico-procesal, vinculado a las partes en forma definitiva y estableciendo la competencia del magistrado. En sí este efecto constituye una variante del efecto excluyente de la Litis-Contestatio Clásica, debido a que al hablarse de un pleito pendiente de decisión, sería absurdo aceptar que se pueda entablar nuevamente otro proceso simultáneo, que verse sobre la misma causa, entre las mismas partes, y con el mismo objeto, siendo así que se hable de la excepción

⁴ LAVAREZ, Ursicino. CURSO DE DERECHO ROMANOI, Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, España, 1955., pag. 559.

⁵ WLASSAK, Anklage, 175. citado por WENGER, Leopold. ISTITUZIONI DI PROCEDURA CIVILE ROMANA. Tradotte da Riccardo Orestano. Dott. Giuffrè. Milano. 1938. pag. 286.

de Litis-Pendentia a favor del demandado, la cual no es más que la “exceptio res in vel iudicium deductae”, que le correspondía en el derecho clásico, así el Código de Justiniano nos lo indica:

“Cod. Iust. 2, 2, 4: Qui semen aliquem in regia urbe vel in provincias in ius vocatio, post libellum ei oblatum non amplius eundem reum vel ex scripto vel sine scripto conveniat, id est actionem adversus eum sine scriptis non intendat, sed apud priorem iudicem permaneat”

b. Hace nacer la obligación de contestar el libelo demanda, con el peligro de que si no lo hace, incurre en contumacia⁶, esto es lo que se infiere de:

“Paul. Sent. V, 5 a, 6: Trinis litteris vel edictis aut uno pro omnibus dato aut trina denuntiatione conventus nisi ad iudicem, ad quem sibi denuntiatum est aut cuius litteris vel edicto conventus est, venerit, quasi in contumacem dista sententia auctoritatem rerum iudicatarum obtinet: quin immo nec appellari ab ea potest.”

c. Los efectos conservativos de la Litis-Contestatio, son asumidos por la conventio, estos efectos hacen referencia a aquellos mecanismos que garantizan que frente a la ausencia del demandado, el actor podrá tener una sentencia favorable que a su vez le conducirá a la obtención real de la cosa pedida. Así se desprende:

“Cod. Iust. 7, 43, 1: Non semper compelleris, ut adversus absentem pronuncies, propter subscriptionem patris mei, qua significavit etiam contra absentes sententiam dari solere. Id enim eo pertinet, ut absentem damnare possis, non ut omnimodo necesse habeas.”

d. Hace transmisibles las acciones intransmisibles⁷, en este sentido nos dice “Paulus libro tertio decretorum. D. 44, 7, 33: Constitutionibus, quibus ostenditur heredes poena non teneri, placuit, si vivus conventus fuerat, etiam poenae persecutionem transmissam Viteri, quasi lite contestata cum mortuo. “Cabe anotar que este artículo parece estar interpolado toda vez que se refiere a un efecto de la Litis-Contestatio, en un periodo en el cual la concepción de la referida figura se había desnaturalizado.

⁶ Esto nos lo dice ALVAREZ, Ursicino, agregando además que al ser admitida la notificación se excluye la posibilidad de que el demandado someta el litigio al conocimiento de otro magistrado, es decir la simple aceptación de la notificación supone también la aceptación de la competencia del magistrado o juez que la profiera, así se desprende de: “Cod. Iust. 2, 2, 4, 1: Qui autem libellum accepit, etsi in alium ordinem transierit, militia fortasse perfunctus vel in clerum receptus, omnimodo in priore iudicio, quod secundum priorem eius ordinem competens visum est, respondeat neque ulla foti praescriptione utatur.”

⁷ Aquellas que no pueden transmitirse ni activa, ni pasivamente a favor de los herederos del acreedor, o en contra de los herederos del deudor.

e. Interrumpe la prescripción extintiva. Así lo establece el “Cod. Iust: 7, 40, 3: Si ex multis causis quendam obnoxium habens et maxime ex similibus quantitibus, in unius quidem causae summam libellum conventionis composuerit, causam tamen non expresserit, apud veteres agitabatur, an videatur omnes causas in iudicium deduxisse aut vetustissimam earum aut nihil fecisse, cum ius sensus incertus esse apparebat. Sed et in iudiciis in multis casibus tales aiterationes ventilatas invenimus, et maxime propter longi temporis interruptionem. Si enim personalis forte fuerat mota actio, hypothecariae autem actionis nulla mentio procedebat, quidam putabant personalem quidem esse temporis interruptione perpetuam, hypothecariam autem evanescere taciturnitate sopitam.”⁸

f. Se da la transformación de las acciones temporales en perpetuas. Esto queda planteado en el “Paulus libro nono responsorum. D. 27, 7, 8.: Paulus respondit tale iudicium in heredem tutoris transferri oportere, quale defunctus suscepit. Hoc eo pertinet, ut non excusetur heres, si dicat se instrumenta tutelaria non invenisse: nam cum ex omnibus bona fide iudiciis propter dolum defuncti heres teneatur, idem puto observandum et in tutelae actione. sed constitutionibus subventum est ignorantiae heredum. hoc tamen tunc observandum est, cum post mortem tutoris heres conveniatur, non si lite contestata tutor decesserit: nam litis contestatione et poenales actiones transmituntur ab utraque parte et temporales perpetuantur.”

g. En los supuestos de la “hereditatis petitio”, el poseedor de la herencia pasa a ser considerado como un poseedor de mala fe, por efecto de la conventio (el texto se refiere a la Litis-Contestatio, sin embargo la condición de la mala fe se aprecia desde el momento de la notificación). Así “Ulpianus libro quinto decimo ad edictum. D. 5, 25, 7.: Si ante litem contestatam, inquit, fecerit: hoc idcirco adiectum, quoniam post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse, quin immo post controversiam motam. quamquam enim litis contestatae mentio fiat in senatus consulto, tamen et post motam controversiam omnes possessores pares fiunt et quasi praedones tenentur. Et hoc iure hodie utimur: coepit enim scire rem ad se non pertinentem possidere seis qui interpellatur. qui vero praedo est, et ante litem contestatam doli nomine tenebitur: hic est enim dolus praeteritus.”

⁸ Esto lo reafirma el “Cod. Iust. 3, 19, 1: Si vero post huiusmodi indultum tempus, minime hoc quod dispositum est facere maluerit, tamquam lite quae ei ingeritur ex die, quo possessor ad iudicium vocatus est, ad interrumpendam longi temporis praescriptionem contestata iudex...”.

3.2.2 Efectos que son atribuidos a la sentencia.

a. El denominado efecto excluyente de la Litis-Contestatio, opera también en la sentencia dando lugar a la cosa juzgada, es decir no será posible un nuevo proceso que verse sobre las mismas partes, la misma causa y el mismo objeto. Así lo indica:

“Inst. Iust. 4, 13, 5: Item si indicio tecum actum fuerit sive in personam, nihilo minus obligatio durat et ideo ipso iure postea de eadem re adversus te agi potest: sed debes per exceptionem rei iudicatae adiuvari.”

b. El efecto novador de la Litis-Contestatio Clásica, también se traslada a la sentencia, es entonces en ese momento que opera la transformación de la relación, en el sentido de que si antes estábamos ante una relación potencial, una vez determinado a quien le asiste la razón nace para este un nuevo derecho reconocido por el ordenamiento procesal como válido, es por ello que se concede la defensa de la exceptio a que hicimos alusión en partes posteriores de esta investigación. Sin embargo, esta situación solo opera en los iudicium legitimum y sobre acciones personales.

3.2.3. Efectos atribuidos a la Litis-Contestatio.

a. Se entiende que con la Litis-Contestatio se está ante una verdadera cuestión litigiosa, es decir con el primer debate oral entre las partes es que se puede hablar de “Litis trabada”. Esto lo indica: “Cod. Iust. 3, 9, 1: Res in iudicium deducia non videtur, si tantum postulatio simples celebrata sit vel actionis species ante iudicium reo cognita. Inter litem enim contestatam et editam actionem per multum interest. lit enim tunc videtur contestata, cum iudex per narrationem negotii causam audire coeperit.”

b. Empieza a correr el plazo de tres años (3) de duración del litigio, al cumplirse este plazo queda extinguida la “Litis Pendencia”, no así la acción, a la cual corresponde un plazo de prescripción distinto. Así lo expresa:

“Cod. Iust. 3, 1, 13: Properandum nobis visum est, ne lites fiant paene inmortales et vital hominum modum excedant, cum criminales quidem causas iam nostra lex bienio conclusit et pecuniariae causae frequentiores sunt et saepe hinc materiam criminibus creare noscuntur, praesentem legem super his orbi terrarum ponendam, nullis locorum vel temporum angustiis coartandam ponere.”

La estructura jerárquica de la administración de justicia en este periodo conjuntamente con la dogmatización del Derecho Romano

Clásico por medio de los Codex desarrollados en la época, más bien como compilaciones hasta llegar al Corpus Iuris Civile del emperador Justiniano constituyen un preámbulo para comprender los problemas sistémicos de nuestros ordenamientos jurídicos y de la crisis en la administración de justicia. Es por esta razón que hemos querido resaltar en forma repetitiva la naturaleza intrínseca de los diversos sistema de procedimiento en atención a la época, a las creencias religiosas, al estilo de vida, al carácter pragmático de la sociedad romana, a la filosofía sobre la cual se enmarcan sus razonamientos jurídico-práctico, a las situaciones socio-políticas y socio-económicas que influyeron en el desarrollo del derecho y al complejo sistema de interrelaciones entre todos estos aspectos que a primera vista parecen complejos, pero que una vez identificados en grado de preponderancia clarifican la comprensión y el análisis del porqué de los diversos institutos del Proceso Romano y de cómo pese a los esfuerzos de muchos doctos en la materia del Proceso Romano no puede ser encuadrado en esquemas puramente jurídicos o estatistas o privatistas.

INDICE DE FUENTES ANTIGUAS:

DIGESTO DE JUSTINIANO:

D. 5, 1, 23
D. 5, 3, 40
D. 5, 25, 7
D. 6, 1, 27, 1
D. 6, 1, 80
D. 13, 1, 7, 1
D. 24, 3, 17, 2
D. 27, 7, 8, 1
D. 42, 1, 16
D. 42, 1, 53, pr 1-2
D. 42, 4, 7, 1
D. 44, 1, 7
D. 44, 1, 22
D. 44, 2, 7, 4
D. 44, 7, 33
D. 44, 7, 60
D.50,17,156, 1,pr-1

CODIGO DE JUSTINIANO

Cod II 1,13
Cod.III 9,1
Cod III 1,14,4
Cod II 2,4
Cod VII 43,1
Cod VII 40,3

BIBLIOGRAFÍA

1. **Alvarez Suarez, Ursicino**. Curso de Derecho Romano. Tomo I Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, España, 1955.
2. **Belloci, Nicola**. La Genesis Della Litis Contestatio nel Procedimento Formulare. L'ERMA di Bretschneider. Roma, Italia, 1979.
3. **B. Biondi**, Appunti Intorno alla Setenza nel Processo Civile Romano en ID., Scritti Giuridici, en, Milán, 1965.
4. **B. Albanese**, Il Processo Privato Romano delle Legis Actiones, Pubblicazioni del Seminario Giuridico dell'Universita di Palermo, 1987.
5. **Chiovenda, Giuseppe**. Principii di Diritto Processuale. Giuffré - Editore 1957. Milano, Italia.
6. **D. Montovani**, Le Formule del Processo Privato Romano Padova, Italia, 1999.
7. **García Garrido**, Manuel Jesús; Diritto Privato Romano, Edizione Italiana a cura i Marco Balgarini. CEDAM, 1992.
8. **Kunkel Wolfgang**. Historia del Derecho Romano. Traducción de la Cuarta Edición Alemana, por Juan Miguel, Editorial Ariel S.A. Barcelona, España, 1989.
9. **Pennacchio, Carmela**, Il Processo Civile Romano: Testi Latini con Traduzione enote, editorial. Liguori, 1998.
10. **Provera, Giuseppe**, Il Principio del Contraddittorio nel Processo Civile Romano, Giappichelli, Torino, 1970.
11. **Pugliese, Giovanni**. Istituzioni di Diritto Romano. III Edizione. 1991. Giappichelli Editore. Torino, Italia.
12. **Talamanca, Mario**. Lineamenti di Storia del Diritto Romano. Dott A. Giuffrè Editore, Milano, Italia, 1979.

13. **W. Eder, Augustus** and the Power of Tradition: "The Augustan Principate as Binding Link between Republic and Empire". Edited by Kurt A. Raaflaub and Mark Toher. University of California Press, 1990.
14. **Wenger, Leopold**. Istituzioni di Procedura Civile Romana, Giuffr  - Editore 1938. Milano, Italia.

CRITERIOS PARA TASAR EL DAÑO MORAL

ADRIANO CORREA E.

INTRODUCCIÓN:

La temática del daño moral es quizás una de las más escabrosas y más difíciles de tratar, pero más aún difícil lo constituye tratar de elaborar algún criterio sobre la forma en que debe valorarse el mismo. Este pequeño esfuerzo tan solo pretende lograr aclarar el concepto de que la determinación del daño moral es una tarea de naturaleza objetivamente subjetiva; pues como se podrá observar al ir develándose ante nosotros la temática tratada, nuestros jueces y magistrados diariamente se enfrentan a la encomiosa y controvertida labor de calcular una “indemnización en dinero” a un daño al que la doctrina califica como un daño de naturaleza no patrimonial, entendiéndose con esto que no es susceptible este daño de valoración económica.

Como podrán imaginarse este cálculo no será posible realizarlo como diría Aurelio Baldor, “por simple inspección”, sino que tenemos necesaria y forzosamente ingresar en conceptos que no son de dominio total y completo del juez, elementos que tan sólo en la rama de Psiquiatría forense pudiésemos encontrar.

Lo que nos motiva igualmente es tratar de buscar la forma de establecer algunos criterios básicos de acuerdo con lo que las normas de Psiquiatría y la Psicología nos dictan sujetándolas y enmarcándolas en estas ciencias para que éstas nos indiquen con claridad ¿Cómo se pudiera calcular el monto que hay que indemnizar cuando se afectan los sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, etc.?

También es necesaria hacer la salvedad, aunque parezca muy obvia, de que indemnizar, significa reparar el daño causado; por esto es menester que miremos con detalles las posibilidades que existen de haberse causado un daño de naturaleza no patrimonial. Por esto deberemos tratar brevemente el tema de la legitimación para actuar en un proceso del daño moral y cómo debe acreditarse la misma. También debemos especificar que estos criterios de tasación trataremos de esbozarlos de manera ejemplificativa por lo complejo y relativo del tema.

I.- CONCEPTO Y DEFINICIÓN DEL DAÑO MORAL

Antes de adentrarnos al concepto del daño moral como ente independiente debemos definir lo que es daño, ya que el concepto de daño moral no es sino sólo una especie dentro del concepto del daño.

Daño, para la Academia de la Lengua Española es detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor, molestia, o bien el maltrato de una cosa. La doctrina suele dar un concepto meramente objetivo del daño, caracterizándolo como “el menoscabo que a consecuencia de un acontecimiento o evento determinado sufre una persona, ya en sus bienes vitales, ya en su propiedad, ya en su patrimonio”¹. Siendo este concepto tan objetivo, no toma en consideración ningún tipo de daño extrapatrimonial. Cuando nos habla de bienes vitales entendemos que son las partes de su cuerpo; patrimonio y propiedad.

Manuel Osorio en su Diccionario de Ciencias Jurídicas y Políticas nos remite al término agravio moral, para referirse al daño moral que según este mismo autor, este término fue acuñado por el jurista Capitaint.

El agravio moral es definido por Osorio de la siguiente manera: **“consiste en el desmedro sufrido en los bienes extrapatrimoniales que cuentan con protección jurídica, y si se atiende a los efectos de la acción antijurídica el agravio moral es el daño no patrimonial que se infringe a la persona en los intereses morales tutelados por la ley”**.²

Empiezan aquí nuestros problemas, ya que como dijo un jurista español de apellido Ortega “suficiente tenemos ya con lo hipotéticamente real para ocuparnos de lo hipotéticamente posible”, empero, algunas veces, hay que hacerlo.

A diferencia de otras legislaciones, nuestro código civil sí define qué es el daño moral en su artículo 1644 a del c.c. cuando establece que;

“Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación,

¹ Larents, citado por JAIME SNATOS BRIZ, Derechos y Daños, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1963.

² OSORIO MANUEL; Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, editorial Heliasta, Buenos Aires, 1994.

vida privada, configuración y aspectos físicos o bien en la consideración de que si mismas tienen los demás..”.

Creemos, que antes de saber cómo pueden valorarse estos daños tendremos que especificar qué son y cómo pueden afectarse estos daños.

II. PSICOLOGÍA DE LA AFECTIVIDAD

Toda vez que el objeto de nuestro estudio es el daño moral y la manera de tasarlo, se hace necesario que ingresemos en el terreno de la Psiquiatría para analizar cuál es el objeto cierto de nuestra investigación, y el objeto cierto de nuestra investigación no es otro que nuestra vida afectiva, la cual comprende una serie de fenómenos de la esfera anímica de nuestra personalidad sin que se haya deslindado con exactitud por los psicólogos.³

Sin embargo, el autor Vallejo Nágera, comenta en su Tratado de psiquiatría, que desde el punto de vista práctico y clínico deben separarse dos grupos de fenómenos afectivos los cuales son:

- a. Los sentimientos propiamente dichos y
- b. los afectos emocionales.

Se entiende por sentimiento ciertos procesos psicofísicos particularmente simples, mientras que los afectos emocionales son de naturaleza más compleja, y la orientación de la vida afectiva de cada una de las personas es totalmente distinta a las demás.

Puede definirse el sentimiento además como un estado de conciencia **singular, personal e independiente, que está dotado de cualidades propias.**⁴ Además el sentimiento tiene una universalidad de estímulos; sin embargo, se relaciona directamente con los llamados valores que tenga cada individuo. Por su parte los afectos emocionales son de un complejo afectivo que se traducen en una posición sentimental distinta a la que el individuo vive cotidianamente.

³ AVALLEJO NAGERA, Tratado de Psiquiatría, editorial Salvat, quinta edición, pag. 168

⁴ A VALLEJO NAGERA; OP CIT, pág. 173

Para nosotros, sin querer mayormente con los psiquiatras y psicólogos, esta distinción es innecesaria ya que ambas forman parte del complejo concepto del daño moral, y si se nos permite habría una relación de género a especie de acuerdo con lo que podemos observar de la siguiente clasificación de sentimientos psíquicos de SHNEIDER:

1. Sentimientos de situación

Son aquellos sentimientos referidos únicamente al estado del yo, y a su vez se clasifican en **agradables** (alegría, placer, agilidad, felicidad, júbilo, reposo, satisfacción, seguridad); y **desagradables** (tristeza, preocupación, angustia, miedo, intranquilidad, desasosiego, fracaso, desamparo, nostalgia, mal humor, cólera, rabia, envidia, celos, etc.).

2. Sentimientos de autovaloración y exovaloración

Los de autovaloración son los que se refieren, como dice el código, a la consideración que tiene la persona sobre sí misma; estos, a su vez, pueden ser afirmativos como la fuerza, el orgullo, la vanidad, la dignidad, la superioridad, el triunfo, el consuelo, o bien pueden ser negativos como la vergüenza, la culpabilidad, etc.

Los sentimientos de exovaloración son aquellos que atañen a la consideración que los terceros tienen sobre una persona y también se clasifican en afirmativos como el amor, confianza, compasión, interés, justicia, nobleza, y en negativos como el odio, la repugnancia, desprecio, indignación, etc. Decíamos entonces que se trata de una relación de género a especie en donde los sentimientos son los géneros y los afectos sentimentales la especie.

3. La determinación del daño moral

Ubicado el objeto central del daño, es decir, enmarcándonos en estos conceptos de qué es lo que se “daña moralmente” tendremos ahora que recalcar el hecho de que debe probarse que la acción antijurídica ha producido un daño moral y además que solo se indemniza cuando este daño causado se resarce.

En nuestro criterio el daño moral, sólo puede ocurrir cuando exista un daño de naturaleza psicológica que afecte alguno los sentimientos que hemos ya descrito. Hay quienes no comparten este criterio y se esfuerzan por tratar de diferenciar un daño psicológico de un daño moral. El argentino Juan Xavier Vehils Ruiz, en un artículo sobre el daño moral, y citando a Hernán Daray, establece diferencias entre el daño moral y el daño psicológico basado en tres criterios a saber:

- a. El carácter patológico del daño psicológico; es decir, la perturbación del equilibrio espiritual es siempre en su criterio visto desde el punto de vista de las patologías; sin embargo, este daño moral solo puede ser decretado por el juez cuando una causa exógena interviene en el afectado ya que existen daños psicológicos que por tener causas endógenas no son susceptibles de responsabilizar a nadie tales como los trastornos oligofrénicos de naturaleza congénita.
- b. Legitimación activa: Sostiene que el daño moral está (para la legislación argentina) al artículo 1078 del Código Civil argentino, estableciéndose que esta legitimación activa corresponde tan solo a los herederos forzosos de la víctima o al damnificado directo y que cualquiera persona tiene acción para reclamar un daño psicológico.

No obstante, en nuestro sistema de responsabilidad civil contra y extracontractual, es de naturaleza culposa, y siempre habrá que probar el daño psicológico y además siempre habrá un agente de causalidad que sirva como medio entre el ofendido y el daño causado.

Esto lo ha manifestado la jurisprudencia de nuestros tribunales en no pocas ocasiones, en donde se ha establecido que los requisitos que se necesitan para la declaración de responsabilidad civil son que haya un hecho antijurídico, que este hecho cause un daño, y una relación de causalidad entre el daño y el sujeto que lo realiza.

- c. En cuanto a la legitimación activa en nuestro país en algunos casos el artículo 1984 del código Procesal permite el desistimiento de la acción penal por los herederos declarados;
- d. En cuanto a su prueba; establece el colega Vehils Ruiz que la jurisprudencia argentina viene reconociendo el daño moral sin exigir la prueba del mismo; sin embargo, reiteramos que nuestro sistema no perdona en cuanto estos hechos y todos los daños tienen que probarse para poder decretarse, incluso los daños morales.

Siempre hay que probar los daños que se nos han ocasionado producto de una situación en la que seamos las víctimas. Lo que es un poco más difícil en el daño moral es determinar cuánto valen estos daños, y

normalmente se fija en un criterio jurisprudencial que nuestros Tribunales han creado a partir de una sentencia de 1982, en la que se establece que “ahora bien, sabido es que no hay parámetro para cuantificar el daño moral por la especial naturaleza de los mismos. Sin embargo, nuestra más alta corporación de justicia ha establecido una suma determinada, suma para estos casos, fijándola en (B/.3,000) bajo las siguientes consideraciones:

Este punto de vista equitativo sin entrar al análisis actuarial ni las operaciones matemáticas correspondientes, lo resuelve la Sala mediante el enunciado práctico de que el quantum del daño moral siempre ha sido fijado jurisprudencialmente en la suma de B/.3,000.00 y no hay razones para variarlo ahora. (Sentencia de 27 de julio de 1982 registro judicial de julio de 1982, Pág. 66 y ss.)

Este criterio ha sido reiterado en otras ocasiones como en el proceso CONDOMINIO BRISA MARINA Y OTROS vs DÍAZ GUARDIA Y OTROS. En la sentencia de 30 de abril de 1993; en ambos casos hubo prueba del daño moral causado.

Partiendo de la base de que todo daño moral que se causa es de naturaleza psíquica su determinación puede resolverse por los medios ordinarios de pruebas y entonces, una vez determinado, debemos cuantificarlos.

4. Criterios para determinar el daño moral

Tal como vimos en nuestra introducción, por mandato de ley nuestros juzgadores deben fijar una indemnización económica a una situación que la misma doctrina llama daño no patrimonial.

Hemos de emprender esta tarea no sin antes recordar que siendo los sentimientos sujetos de una universalidad de estímulos habrá tantos daños morales como situaciones que los causen ya que algunos de estos conceptos se pueden dañar y es necesario reparar este daño.

Haremos entonces un recorrido por los daños morales que se solicitan más comúnmente, para esbozar un criterio de valoración lo más acorde con la sana crítica.

La norma ofrecida en el artículo 1644 del Código Civil patrio establece con claridad que el monto de la indemnización moral lo determinará el juez, tomando en cuenta los siguientes factores:

1. Los derechos de los lesionados
2. El grado de responsabilidad
3. La situación económica del responsable
4. La situación económica de la víctima
5. Las demás circunstancias del caso.

Volviendo al punto medular de este tema, recordemos que estamos refiriéndonos al problema de la indemnización pecuniaria del daño moral y no al resarcimiento de la integridad del individuo agraviado al que el mismo Artículo 1644 establece la forma de cómo debe darse esta reparación.

Veamos entonces cada uno de los parámetros con los que el juez debe reponer un valor pecuniario al daño moral.

1. Derecho de los lesionados

Específicamente, se circunscribe al daño moral de un lesionado y dentro de esta situación específica procede que nos enmarquemos en la responsabilidad derivada del delito de lesiones culposas regulados en el art. 139 del Código Penal cuya máxima representación en nuestro país son los procesos de lesiones culposas o por imprudencia.

¿Significa que en los delitos de homicidio culposo no cabe la solicitud de daño moral?, en nuestro concepto aplicando la analogía, ya que nos encontramos bajo la égida del derecho civil que nos permite usarla, y toda vez que la afectación de las emociones y los sentimientos responden a distintos estímulos concluiríamos en que sí cabe a pesar de que la norma no lo establezca directamente, ya que sostenemos que la forma en como está redactado el artículo es de forma ejemplificativa y no taxativa, lo que se ha plasmado en la norma ejemplos de los criterios que debe seguir el juez para determinar el quantum de los daños morales. También pueden ser los derechos de los damnificados con la muerte de un padre, un hijo, un hermano, etc.

En el análisis del criterio del daño moral que causa la muerte de un padre pudiera sugerirse el criterio de valorar una indemnización moral con el doble de la indemnización probada en la parte material; es decir, dotar a la familia con los recursos que este, el padre, les hubiera proveído, dentro de las posibilidades económicas que manejaba la familia al momento del fallecimiento.

Toda vez que la mayoría de las personas no cambiarían su vida por dinero, no podemos pensar en que la indemnización moral sea infinita, aunque esa indemnización no “repare” en el término estricto de la palabra ya que jamás se podría resucitar al fallecido.

La limitante que encuentra esta tesis que intentamos exponer, es que ocurre si el fallecido no trabaja al momento de fallecer. Con los índices de desempleo tan altos no es raro que algunos fallecidos en accidentes automovilísticos no reporten ingreso alguno, y no por ser su vida no tiene valor; decir esto, es tanto como partir del supuesto de que la persona ha muerto “no tenía ninguna utilidad del hecho de vivir..”⁵

Si se tratara de la muerte de un hijo menor de edad, la situación es mucho más complicada. Sin embargo, Posner sugiere que la indemnización pecuniaria sería el costo de manutención en base a los costos de oportunidad del mercado. Si tomáramos esto como base un criterio para compensar este difícil transe para el daño moral se sugiere al menos 3 veces la indemnización pecuniaria.

2. El grado de responsabilidad

Este criterio supone la co-autoría y participación en la pérdida o menoscabo de la vida o la integridad física de la persona, situación que el juzgador debe tomar en cuenta para endilgar una indemnización moral. En este caso, sería que el coautor o cómplice, dependiendo de su grado de responsabilidad, podría ser condenado al pago de una indemnización mayor o menor.

⁵ RICHARD POSNER. El Análisis Económico del Derecho, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, D.F. 1998, pág 189.

3. Situación económica del responsable

De todos los criterios este nos parece el más objetivo de todos. Sin embargo, esta situación no es como la del obligado a dar alimentos, en la que al alimentista se le considera en gran parte su situación económica. La afectación de algunos de los grados de nuestra vida afectiva, a nuestro juicio, no tienen en nada que ver con la posibilidad económica del demandado; sin embargo, al no tener en la vía civil medios de compeler al insolvente, es tal vez un criterio práctico adecuado ya que de nada sirve establecer una cuantía de un millón de balboas de daño moral a alguien que no los puede pagar; sin embargo, nada impide que utilizando los criterios esbozados con anterioridad pueda llegar a esa suma de dinero.

4. Las demás circunstancias del caso

Este criterio nos sugiere la imposición de la sana crítica por parte del juez al momento de la valoración de las pruebas del caso que se le presente.

III. CONCLUSIONES

1. Dado que el objeto a valorar del daño moral son los sentimientos y estos son personalísimos por definición, la valoración del daño moral debe ser hecha de manera subjetiva utilizando criterios objetivos relativos a la circunstancia de la víctima.
2. Los sentimientos son susceptibles de ser ubicados de acuerdo a la clasificación de SCHNEIDER, y también pueden y deber ser probados, aunque en algunas ocasiones el daño físico y biológico traen como consecuencia un daño moral que siempre es de naturaleza psicológica.
3. El criterio de los B/.3,000 pudiera ser superado si el juzgador utiliza algunos de los criterios aquí esbozados para una valoración más justa del daño moral sin que esto haga que la víctima que sufre el daño reciba compensaciones exorbitantes, tomando siempre en consideración la realidad económica de la víctima.
4. La vida humana no tiene valor económico per se; sin embargo, la supresión de la vida ocasiona efectos de orden patrimonial. Lo que intenta medirse económicamente no es la vida sino las consecuencias que sobre otro patrimonio, incide la interrupción de la misma y el costo de oportunidad que tenía la víctima, que si es valorable en un momento determinado.
5. La redacción poco feliz del art. 1644 a del código civil panameño, esboza criterios un tanto pobres y a veces no plausibles para la valoración del daño moral.
6. La indemnización del daño moral busca resarcir o compensar situaciones psicológicas, toda vez que a la hora del pago lo difícil ya pasó.

BIBLIOGRAFÍA

DEVISS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial, Tomo I, Editorial Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 1993.*

GHERSI, Carlos A., *Accidentes de tránsito, derecho y reparación de daños, Editorial Universidad, 1995.*

OSORIO, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas,+ Políticas y Sociales, Editorial Heliasta. Buenos Aires, 1994.*

SANTOS BRIZ, Jaime. *Derechos de daños, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982.*

TAMAYO JARAMILLO; Javier. *La culpa contractual, Editorial Temis. Bogotá 1990.*

VALLEJO NÁGERA, A. *Tratado de psiquiatría, 5ta. Edición, Editorial Salvat, Madrid, 1968.*

VENINI, Juan C., *Responsabilidad por daños y contractual y extracontractual, Editorial Juris, Santa Fé, Rosario, 1990.*

WYRSCH, J. *Psiquiatría forense, Editorial Espasa Calpe. Madrid, 1949.*

**LA IGUALDAD JURÍDICA,
LOS DERECHOS SOCIALES
Y EL PARADIGMA DEL
DESARROLLO HUMANO**

ARMANDO PADILLA Z.

Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Panamá. Becario de la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI). Especialista en Derecho Constitucional y Ciencias Políticas por el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid. Especialista en Derechos Humanos en la Universidad Complutense de Madrid. Profesor visitante del Instituto de Estudios de Iberoamérica y Portugal de la Universidad de Salamanca. Profesor de las asignaturas Derecho Constitucional y Derechos Humanos en la Universidad Santa María La Antigua. Juez Titular del Juzgado Segundo Penal de Adolescentes de Panamá, Órgano Judicial.

La Igualdad Jurídica, los Derechos Sociales y el Paradigma del Desarrollo Humano

1. La justicia y la igualdad en Aristóteles

En el pensamiento clásico, la justicia era vista como una virtud que mantiene la armonía en los hombres y en el cosmos, equilibrio que se lograba a través de la legalidad y la igualdad. Por tal razón, Aristóteles decía que "...debe llamarse justo el que obedece a las leyes y al que observa con los demás las reglas de la igualdad"¹ En otras palabras, la legalidad y la igualdad son los contenidos de la justicia y los que dan a la relación un valor, un fin deseable, cual es: ser justo.

En la antigüedad, se entendía que la justicia se presentaba en dos modalidades: la conmutativa o retributiva y la justicia distributiva o atributiva.

La primera de ellas fue llamada por Aristóteles "justicia reparadora y represiva" y entraña una relación proporcional aritmética entre lo que se da o hace y lo que se recibe a cambio. Hay una equivalencia entre el dar o hacer y el recibir. Desde el punto de vista retributivo, se actúa con justicia, si son iguales las cosas que una persona entrega o realiza y lo que le es retribuido. En vista que ambos extremos se corresponden, ambos tienen el mismo peso o valor específico.

Así, por ejemplo, un precio es justo si equivale al valor del bien que se adquiere; un salario o sueldo es justo si se corresponde con el esfuerzo, conocimiento, experiencia y resultados exigidos por la actividad realizada; y, una indemnización es justa si compensa los daños producidos.

En caso de desigualdad y para ser justo, debían equipararse los extremos, quitando a una de las partes el provecho obtenido. Y en ese sentido Aristóteles sentenciaba que: "El juez iguala las cosas y, podría decirse que teniendo delante de sí una línea cortada en partes desiguales y cuya porción mayor excede de la mitad, el juez quita la parte que excede y la añade a la porción pequeña"²

¹ ARISTÓTELES. *Moral a Nicómaco*. 6ª edición, Espasa-Calpe, S.A., Madrid, 1993, p. 203.

² Idem, p. 213.

La otra forma de justicia es conocida como distributiva o atributiva y que, para Aristóteles involucra una relación proporcional geométrica, donde lo justo está determinado por el mérito de las personas. La atención no está dirigida a constatar la desigualdad entre las cosas, sino el mérito de las personas que las reciben.

Según este modelo de justicia, si las personas no son iguales, entonces tampoco deberán tener partes iguales, controversia que representa las disputas y reclamaciones de la justicia. Ésta distribuye las ventajas o desventajas, beneficios o gravámenes de la relación social. Ya no se trata de una relación de intercambio o equivalencia entre cosas, tal como se planteaba en la justicia retributiva, sino una relación de convivencia, donde se equiparan los derechos de las personas.³ La justicia distributiva permite, por tanto, determinar cuáles son los derechos y responsabilidades de las personas, por ejemplo, delimitando la relación entre trabajador y empleador o entre el Estado y el imputado.

Estas nociones de igualdad tienen especial trascendencia en la estructuración de los derechos humanos, tal como veremos a continuación.

2. La Igualdad Jurídica

2.1. Antecedentes

El liberalismo burgués rescató las ideas de los pensadores de la antigüedad para articular el principio denominado de igualdad jurídica. Recordemos que el Bill of Rights (Virginia, 1776) declaró que: “1. *That all men are by nature equally free and independent, and have certain inherent rights...*”.⁴ En ese mismo sentido, tras proclamar el slogan “Libertad, Igualdad y Fraternidad”, la Declaración francesa de 1789 afirmó que “*Art. 1er. Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune...*”.⁵

En este contexto, la igualdad jurídica se erige como el núcleo esencial de otro principio: el imperio de la Ley. Este pone límites al poder del Estado y como consecuencia del traslado de la sede de la soberanía (ya no residirá en el monarca absoluto sino en el pueblo como resultado de un

³ Norberto BOBBIO. Igualdad y Libertad. Ediciones Paidós, Barcelona, 1993, p. 60.

⁴ “Todos los hombres son igualmente libres e independientes y tienen asegurados derechos que le son inherentes.”

⁵ “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común.”

pacto de asociación), tanto gobernantes como gobernados quedan por igual sometidos al mandato de la Ley (*Government of law not government of men*).

Bajo la igualdad jurídica, cada persona tiene los mismos derechos y obligaciones que los demás, independientemente de sus cualidades o atributos personales, sociales o económicas. Los derechos y deberes se corresponden unos con otros. Hay identidad de facultades y responsabilidades. El resultado de esta relación es que la convivencia se realiza sin que existan las llamadas ventajas (privilegios) ni desventajas (discriminaciones) para nadie.

Debemos aclarar que si bien el individualismo proclamó la igualdad jurídica, en un principio esta no era universal, pues solo regía entre los "iguales", es decir, entre la misma burguesía. Por ejemplo, en cuanto a los derechos políticos, inicialmente sólo los reconoció a favor de los varones propietarios; es decir, a los varones que tuviesen renta anual proporcionada, procedente de bienes propios e, incluso, vinculaba el ejercicio de tales derechos a la condición de ser dueño de alguna propiedad raíz que tuviera un valor específico (en la Constitución de Cúcuta de 1821, primera vigente en el periodo unitario durante la época de unión a Colombia, ese valor era de 100 pesos para el sufragante parroquial y 500 pesos para los electores de Presidente, Senadores y Diputados).

Si bien la primera Constitución republicana (1904) reconoció el derecho al sufragio a todos los varones, no fue sino hasta la Constitución de 1941 se amplió el sufragio limitado a la mujer; y finalmente, en la Constitución de 1946 cuando reconoció el sufragio universal sin restricciones para ambos sexos.

Se desprende de lo anterior que en el ámbito de los derechos políticos, sólo por mencionar un ejemplo muy concreto, el principio de igualdad jurídica enfrentó un largo camino para su materialización y que gracias a la presión de los movimientos políticos y sociales fue universalizado, proceso de carácter progresivo que aún continúa con las leyes de igualdad de oportunidades, cuyo análisis abordaremos más adelante.

2.2. La Igualdad Jurídica en la Constitución Política e instrumentos internacionales

El derecho general de igualdad está consagrado en el artículo 19 de la Constitución Política, según el cual "*No habrá fueros o privilegios ni discriminación por razón de raza, nacimiento, discapacidad, clase social, sexo, religión o ideas políticas.*" Debemos indicar que la mención

expresa a las personas con discapacidad como sujetos de derechos de igualdad fue introducida en las reformas constitucionales del año 2004.

Este principio se encuentra recogido en instrumentos internacionales, tales como el artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Paris, 1948), el artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 1966) y los artículos 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José.

2.3 Los distintos tipos de Igualdad Jurídica:

En nuestro ordenamiento jurídico existen referencias explícitas a la vigencia del principio de igualdad jurídica, encontrando al menos dos tipos de manifestaciones:

- *Igualdad “en” la Ley.* En este supuesto, el destinatario del mandato de igualdad es el legislador o quien elabore normas jurídicas. Debe garantizar que en el proceso de elaboración y aprobación del derecho no se establezcan privilegios ni discriminaciones basadas en consideraciones personales, sin que pueda asignar distintos derechos y obligaciones sin justificación alguna.

Las leyes o las normas que la reglamenten no deben contrariar la letra o el espíritu de la Constitución, por lo que la jurisprudencia constitucional nos muestra casos representativos en que se ha garantizado la vigencia del principio de igualdad en la ley.

Recordemos que la Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucional el artículo 328 del Código de la Familia que establecía que en los procesos de guarda y crianza, debía preferirse a la madre si los hijos o hijas se encontraban en compañía de ambos, luego de considerar que esta norma atentaba contra el principio de igualdad de derechos de los cónyuges.⁶ Igual suerte corrieron las sanciones previstas para las personas que participaran en juegos de azar con mujeres y la prohibición de admitir a mujeres y empleadas domésticas en establecimientos destinados a estos juegos, contenidas en los artículos 1246 y 1252 del Código Administrativo.⁷

- *Igualdad “frente” a la Ley.* En este supuesto, la igualdad está referida al trato que tanto autoridades como particulares deben dispensar a los y las ciudadanas. Bajo este prisma, sería

⁶ Fallo del 29 de mayo de 1996.

⁷ Fallo del 16 de febrero de 1996.

arbitrario reconocer o no derechos según quien se trate, especialmente en circunstancias en que se discrimina o privilegia por razón de pertenencia a determinado grupo étnico, por nacimiento, discapacidad, clase social, sexo, religión o ideas políticas.

Este principio significa que toda norma jurídica debe ser aplicada en todo caso que cae bajo el mismo supuesto de hecho y a ningún caso que no caiga en él. Se garantiza que en presencia de un mismo hecho, se atienda siempre de igual forma o se tome aquella decisión que en el futuro se estaría dispuesto a respaldar bajo las mismas circunstancias, independientemente de quien sea el individuo o grupo. Por tanto, la igualdad frente a la ley equivale a la regla de la universalización: dar la misma respuesta institucional a situaciones idénticas.

Este principio se asoma con ocasión del debate entre el derecho penal del acto frente al derecho penal de autor: hay que juzgar el hecho cometido, mas no quien lo cometió. Los etiquetamientos sobre los sujetos pasivos de la acción penal (particularmente asociados a la pobreza o por la condición de adolescentes menores de edad) puede incidir en la respuesta institucional, siendo común que sea más intensa sobre estos grupos que sobre otros (una de las críticas al proceso penal es su selectividad: personas pertenecientes a altos niveles socioeconómicos o vinculados a la delincuencia de cuello blanco se sustraen a las consecuencias jurídicas penales a las que están expuestos los pobres). Estas disfunciones pueden llevar al sistema hasta el conocido “derecho penal del enemigo”, estado en el que no se reconocen derechos constitucionales a personas o grupos vulnerables ubicados en el conflicto con la ley penal y que resultan de ese etiquetamiento político-social.

2.4 Igualdad jurídica, regla de la justicia e igualdad de oportunidades

Hemos visto que el principio de igualdad jurídica se sustenta en el mismo trato o consideración sobre las personas, sin que sean legítimas las distinciones por razón de *raza, nacimiento, discapacidad, clase social, sexo, religión o ideas políticas*. Cualquier trato diferenciado que se fundamente en estos aspectos no es igualitario ni racional, pues no hay motivos éticos ni científicos que lo justifiquen.

Eso no significa que el sistema jurídico tenga ciertas consideraciones pero por razones muy distintas a los anteriores factores. Así, por ejemplo, sólo los profesionales del Derecho pueden ocupar el cargo de

jueces o magistrados o sólo las personas mayores de treinta y cinco años pueden ser Presidentes de la República. Estas distinciones están hechas bajo criterios de formación profesional o de madurez y, por tanto, no suponen discriminación o privilegio alguno.

Lo que sí debemos tener muy claro es que la igualdad jurídica tiene excepciones, ya que en principio sólo deben gozar de los mismos derechos y obligaciones aquellos que se encuentren entre sí en situación de igualdad. Y, por el contrario, no pueden gozar de los mismos derechos y obligaciones aquellos que se encuentren en situación de desigualdad. Esta es la llamada **regla de la justicia**, según la cual “se debe tratar a los iguales de modo igual y a los desiguales de modo desigual”⁸.

Esta regla permite que determinados colectivos reciban un trato especial, generalmente expresado mediante derechos que compensan situaciones desventajosas desde el punto de vista social o económico.

Con el desarrollo del Estado social y democrático de Derecho, el alcance de la regla de la justicia se ha expandido más allá de perseguir meros “tratos” iguales o favorables que corrijan desigualdades y, en ese sentido, las leyes de igualdad de oportunidades han logrado demandar del Estado un conjunto de acciones positivas que, incluyen, nuevas directrices políticas y hasta prestaciones económicas.

Un ejemplo significativo lo constituye la perspectiva de género. El Estado está obligado a reconocer los intereses, derechos, necesidades, realidades y puntos de vista de las mujeres, así como identificar las distintas formas de subordinación y discriminación donde se menoscabe o anule el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de la mujer de los derechos humanos. En ese sentido, la ley contempla el trato preferente que tienen las mujeres embarazadas en la utilización de los servicios públicos y sociales, particularmente en el transporte, en la atención médica u hospitalaria y, en general, cuando requiera proteger su salud y la del que está por nacer (artículo 493 del Código de la Familia). Ahora bien, los derechos de la mujer no se limitan a asegurar que se les dispense a las embarazadas de hacer una fila o cola en la atención de los servicios públicos. Las políticas dirigidas hacia la igualdad de derechos exige del Estado mucho más, como por ejemplo: que los partidos políticos garanticen por lo menos el 30% de mujeres en las listas electorales o como ministras, viceministras y directoras de entidades autónomas y semiautónomas (artículo 7 de la Ley 4 de 1999, por la cual se instituye la Igualdad de Oportunidades para las Mujeres); o que se eliminen los conceptos estereotipados de los papeles masculino y

⁸ Norberto BOBBIO. Ob. cit., p. 64.

femenino en todos los niveles y formas de enseñanza, mediante el estímulo de la educación mixta y la modificación de los libros y programas escolares (artículo 10.C de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, CEDAW); o el establecimiento de medidas concretas para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer, incluyendo en la legislación las normas necesarias, adoptando medidas jurídicas de protección y estableciendo procedimientos legales justos, eficaces y accesibles a la mujer (artículo 7 de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, Convención Belem do Pará).

El función dinámica que se le exige al Estado se aprecia también respecto a la aplicación de las leyes de igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad. Entre los derechos dirigidos a garantizar su inclusión e igual acceso a los beneficios de la vida social podemos citar que las construcciones de edificios, parques, aceras, jardines, plazas, vías, servicios sanitarios y otros espacios de uso público deben ser accesibles y utilizados por las personas con discapacidad, mediante rampas, pasamanos, señalizaciones visuales, auditivas y táctiles (artículos 31 y 35 de la Ley 42 de 1989, por la cual se establece la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad).

3. Propiedad privada y derechos sociales

No hay que perder de vista que el liberalismo clásico fue impulsado por la burguesía, entre otros motivos, para asegurar la adquisición de capital y garantizar su expansión, proveniente de actividades tales como el comercio y la banca; y que, el conjunto de libertades (como la reunión y la asociación) servían para lograr ese fin.

La libertad económica en términos burgueses excluía al Estado del mercado para procurar la salvaguarda de los particulares frente a toda intromisión en esa esfera de libertad. La mano invisible de Adam Smith gobernaba el mercado, la competencia, la oferta y la demanda, autosuficiencia que permitía asignar los recursos de la actividad económica. De modo tal que no se reconocían mayores derechos laborales porque bajo este prisma podía significar una interferencia del Estado en la libertad de contratación entre las partes, muy a pesar de la asimetría de la relación capital-trabajo.

Por demás, el *laissez faire*, al justificar la adquisición de patrimonio, aún en condiciones de igualdad jurídica, desembocó en la profundización de las desigualdades económicas, incrementando sus efectos con la

garantía constitucional de protección sobre la propiedad privada y con los derechos de sucesión a lo largo de generaciones.

Böckenförde nos explica que “De la libertad jurídica general igual para todos resulta así necesariamente la desigualdad social”⁹, es decir, a mayor libertad para adquirir propiedad, mayor desigualdad económica. Y es que en la competencia por adquirir patrimonio, algunos conseguirán más, otros menos y otros simplemente no adquirirán bien alguno.

En el caso de Panamá, estudios apuntan a que las desigualdades “... tienen un carácter histórico estructural que nace en el período colonial, ligadas a la tenencia del suelo urbano de la capital, como fuente de poder político y económico. Estas desigualdades originarias van a marcar las tendencias básicas del desarrollo panameño, que contribuirá a su vez a reproducirlas y perpetuarlas.”¹⁰

A partir del desarrollo del liberalismo burgués y su doctrina económica y los antes mencionados efectos de desigualdad material, emergen los movimientos sociales, respaldados por una estructura ideológica que cuestiona la existencia misma de la propiedad privada y que, en el caso del marxismo, propuso su abolición. Otras ideas más moderadas apuestan a la reorientación de los fines de la propiedad hacia un destino social, legitimando la intervención del Estado en el mercado para regular las relaciones laborales para corregir las desigualdades materiales.

En este contexto surgen los derechos sociales y económicos que pretenden armonizar valores como la Libertad e Igualdad que, en un momento previo del debate político, se consideraron hasta incompatibles.

Pero a juicio de Peces-Barba, la libertad no puede realizarse sin que a la vez el individuo goce de las condiciones económicas y sociales que garanticen su disfrute; el ejercicio de la libertad depende que su titular esté en suficientes condiciones materiales para el uso de ellas; y por tal motivo, los derechos sociales facilitan la autonomía de las personas y su desarrollo integral creando las condiciones de la libertad.¹¹

Es decir, si el individuo no encuentra satisfechas sus necesidades básicas, como alimentación, vivienda o salud, no podrá disfrutar de las libertades por la sencilla razón que no podrá ejercerlas. Esta

⁹ Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, Alemania, 1993, p.74.

¹⁰ Sistema de Naciones Unidas. *Análisis Conjunto del País. Panamá*. Panamá, 2000, p. 15.

¹¹ Gregorio PECES-BARBA. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Ediciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1988.

complementariedad significa que el pleno disfrute de los derechos civiles y políticos resulta imposible sin el disfrute de los derechos sociales, lo que demuestra que los derechos humanos son indivisibles.

El sistema constitucional panameño ha tomado partido por un modelo de Estado social y democrático. A partir del reconocimiento de los derechos sociales, económicos y culturales, garantiza la propiedad privada con fines sociales, que el interés privado ceda ante el interés público o social y a que se alcancen iguales condiciones iniciales o de punto de partida para que cada individuo desarrolle sus propias potencialidades.

De hecho, la Constitución Política garantiza la propiedad privada adquisitiva, pero señala que implica obligaciones para su dueño por razón de la función social que debe cumplir (artículos 47 y 48); cuando existan conflictos entre los derechos de los particulares y motivos de utilidad pública o interés social, el interés privado debe ceder ante el interés público o social (artículo 50); y, reconoce que las actividades económicas le corresponden primordialmente a los particulares, aunque el Estado las orientará, dirigirá, reglamentará, reemplazará o creará, según las necesidades sociales, con el propósito de acrecentar la riqueza nacional y asegurar sus beneficios para el mayor número posible de los habitantes (artículo 282).

4. Desigualdad y Sistema de méritos

Hemos visto que nuestro modelo constitucional garantiza la propiedad privada y, como expresamos en líneas anteriores, propone que sus beneficios sean redistribuidos entre todas las personas y que se ofrezcan iguales oportunidades jurídicas para el acceso a la riqueza.

En ese sentido, uno de los caminos tradicionales para facilitar los procesos de movilidad social ha sido el sistema de méritos. La meritocracia (de “*mereo*”, *merecer*) es el modelo de gobierno que privilegia el mérito y que asegura que los cargos y posiciones directivas se ocupen según la inteligencia y el esfuerzo empleado, de suerte que rasgos como el grupo étnico, la posición social o económica, no deben tener ninguna relevancia.

Aplicado en un escenario de desigualdad material, debería contribuir a desplazar a individuos o grupos de forma vertical u horizontal. En vista que cada persona posee talentos distintos y desarrolla actividades muy diferentes, podría obtener distintos grados de éxito. El reconocimiento de las destrezas y esfuerzos, a través de beneficios justos por el trabajo realizado, debería tener como recompensa el mejoramiento de la calidad de vida de los asociados.

Sin embargo, el sistema de méritos encuentra al menos dos importantes dificultades: a) la desigual posesión de talentos y esfuerzos; y b) que no todas las personas disponen de las mismas oportunidades para obtener, cultivar y ampliar dichos talentos.

En efecto, los talentos y esfuerzos de las personas no son iguales en todos los casos y lo que es más, las capacidades físicas y mentales no pueden ser distribuidas. Hay personas con dones especiales (como los estudiantes superdotados, trabajadores excepcionales en la ejecución de un oficio o profesionales con destrezas únicas) quienes, después de cumplir con los requerimientos éticos de cada actividad, sumado al esfuerzo empleado y a los resultados obtenidos, en principio deberían recibir distinta o mejor remuneración. Y, a mayor remuneración, mayor patrimonio, lo que lleva implícito una desigual distribución de ingresos respecto a quienes no poseen estos talentos ni hayan realizado esfuerzos semejantes, pero **justa** a partir de la aplicación de la regla de la justicia.

Pero además hay que advertir que el sistema de méritos puede terminar favoreciendo a los grupos socioeconómicos ubicados en una posición ventajosa de la relación social. No todas las personas tienen las mismas oportunidades para acceder a programas educativos de calidad, ni a la tecnología que la acompaña, ni a todo el entorno socioeconómico que facilita el desarrollo de los talentos. El sistema de méritos se expone a convertirse en un medio para perpetuar en la cúspide de la relación social a los grupos más privilegiados. Este contexto material impide el ejercicio de la libertad, porque las personas no pueden ejercer su autonomía, es decir, no pueden elegir su proyecto de vida, porque las elecciones quedan subordinadas a sus condiciones socioeconómicas.

De ahí que el sistema de méritos por sí solo no hará posible la movilidad social sino se establecen mecanismos para igualar las condiciones iniciales o de puntos de partida. En términos de Giovanni Sartori, al proveer a cada uno un poder material inicial adecuado, el individuo podrá conseguir los mismos talentos y posiciones que cualquier otro¹²

5. Solidaridad, pobreza y el paradigma del desarrollo humano

La efectividad de la cooperación social solo será posible si incorporamos junto con la noción de Igualdad, el valor de la Solidaridad. Sobre el

¹² Terminología utilizada por Giovanni SARTORI en *Elementos de Teoría Política*. Alianza Editorial S.A., Madrid, 1992, p. 90.

particular, Adela Cortina nos refiere que la solidaridad es la versión secularizada del valor *fraternidad*, tercero que defendió la Revolución francesa junto a la Libertad e Igualdad y que implicaba que todas las personas eran hijas del mismo Padre y que, por tanto, tiene una indudable raíz religiosa.¹³

La solidaridad supone una obligación de auxilio recíproco dirigida hacia un fin justo en un contexto en que la vida en sociedad no puede ser interpretada como una mera vecindad o una simple aproximación física de seres humanos, sino que también involucra una convivencia en la que se comparten esfuerzos y bienes y que permite alcanzar metas colectivas.

Este auxilio recíproco pasa por un estado de conmoción que permite a los individuos identificarse con los fines del otro y verlo “como nosotros pero distintos a nosotros” y, tal como nos dice Maldonado, una vez comprendemos al otro, no podemos serles indiferentes o insensibles, motivando, por tanto, en nosotros acciones sociales y políticas a su favor.¹⁴

En estos términos, la solidaridad dista mucho de asimilarse a la caridad, al favor o a la filantropía. Se traduce en obligaciones jurídicas convertidas en derechos humanos y se erige en el motor que mueve a los derechos de carácter social, económicos y culturales.

Así, por ejemplo, quienes se encuentran en situación de pobreza y pobreza extrema merecen la solidaridad del conglomerado social. Tengamos presente que la pobreza, como fenómeno multifactorial, implica privaciones en salud, educación y nivel de vida. Está asociada al ingreso, es decir, a la insuficiencia de capacidad productiva efectivamente utilizada y, según estudios especializados, se presenta cuando el valor de los bienes producidos por los miembros de una familia es inferior al necesario para la satisfacción de sus necesidades básicas. Este fenómeno debe ser abordado por las políticas públicas desde una óptica solidaria mediante acciones concretas que logren expandir la capacidad de producción de las familias pobres o mejorar la utilización de la capacidad que poseen, aumentando la disponibilidad de trabajo, perfeccionando la fuerza laboral, mejorando la calidad de los puestos de trabajo disponibles y valorando adecuadamente los bienes y servicios producidos por los niveles más pobres de la población.¹⁵

¹³ Adela CORTINA. Ob. Cit., p. 242.

¹⁴ Carlos Eduardo MALDONADO. *Derechos Humanos, Solidaridad y Subsidiariedad*. Editorial Temis, S.A., Bogotá, 2000, p. 81.

¹⁵ Ricardo PAES DE BARROS, Mirela DE CARVALHO y Samuel FRANCO. *La Igualdad como Estrategia de Combate a la Pobreza en Panamá. Síntesis*. PNUD e

Y es que un sistema no puede ser justo si incrementa por igual las utilidades de todos los asociados, sin aumentar los beneficios de quienes se encuentren en desventaja social. Sobre este particular, el Premio Nóbel Amartya Sen nos dice que la bondad de un sistema se juzga según el nivel de utilidad de la persona menos favorecida y son éstos quienes deben recibir ingresos superiores a los demás, precisamente para corregir las desigualdades.¹⁶ Se debe dar más a quienes necesitan más.

Tampoco puede ser justo un sistema que enfoque su atención únicamente en los niveles de crecimiento económico, porque ese crecimiento no siempre está vinculado al desarrollo humano de las personas. Tal como lo explica el Informe de Desarrollo Humano 2010, es posible que las empresas produzcan bienes a costa del empleo intensivo de mano de obra barata o que exploten recursos naturales de un país, pero no necesariamente están interesadas en mejorar la calificación de los trabajadores y tampoco les importará mucho la salud de éstos si cuentan con una amplia base de posibles empleados (p. 5).

El desarrollo humano no se limita a ofrecer a las personas mayores oportunidades. Este concepto es más amplio y comprende “crear un ambiente propicio para que la gente disfrute de una vida prolongada, saludable y creativa”. Consecuentemente, el desarrollo debe ser sustentable, debido a que los logros están expuestos a retrocesos; debe ser equitativo, porque debe abordar las disparidades estructurales; y debe ser empoderador, facultando a la gente para ejercer su capacidad de decidir y participar.

La comprensión de este nuevo paradigma nos llama a reducir los niveles de desigualdad en la distribución de la salud, educación e ingresos; en especial por razón de género, discriminación que se hace evidente no solo en el acceso a los servicios básicos, sino en el mercado laboral; y nos propone el desafío de restituir los derechos sociales de quienes padecen graves privaciones en la salud, educación o nivel de vida.

IPEA, p. 7.

¹⁶ Amartya SEN. *¿Igualdad de qué?* En J. RAWLS y otros en *Libertad, Igualdad y Derecho*. Editorial Ariel, S.A., Barcelona, 1998, p. 142.

**LOS PRINCIPIOS DE LA CONFIANZA
LEGÍTIMA Y LA BUENA FE EN EL
DERECHO ADMINISTRATIVO**

JAIME JAVIER JOVANÉ BURGOS

Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas en la Universidad de Panamá (2002); Master en Derecho Público por la Universitat Pompeu Fabra, en Barcelona, España (Noviembre de 2004); Diploma de Estudios Avanzados de investigación (Diciembre de 2004); Postgrado en Docencia Superior en la Universidad de Panamá (2006); curso de especialización en derecho administrativo en el XXII curso de la Fundación General de la Universidad de Salamanca, España (2008); curso de especialización en derecho constitucional en el XXIII curso de la Fundación General de la Universidad de Salamanca (2008); curso de especialización en derecho del trabajo en el XXIV curso de la Fundación General de la Universidad de Salamanca (2009); curso de especialización en derecho penal en el XXVI curso de la Fundación General de la Universidad de Salamanca (2010); y Doctor en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra, en Barcelona, España (2009).

Profesor de las asignaturas de derecho constitucional I y II, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Santa María La Antigua; Profesor de la Maestría de Derecho en la asignatura de Metodología de la Investigación a cargo de la Vicerrectoría de Investigación y Postgrado de la U.S.M.A.; y Coordinador del Centro de Investigación Jurídica de la U.S.M.A.

1.- Introducción:

La presente monografía tiene por objeto efectuar un análisis en relación a dos principios de gran importancia como lo serían el de confianza legítima y el de la buena fe, analizados desde la perspectiva del derecho administrativo, y los cuales deben ser tomados en consideración y aplicados fundamentalmente por la Administración Pública, y en segunda instancia por parte de los administrados.

Se expondrán de igual forma las razones por las cuales los principios generales del derecho adquieren una relevante y connotada importancia dentro del ordenamiento jurídico, al igual que también se indicará las circunstancias por las cuales se hace necesaria su observancia y cumplimiento en beneficio del conglomerado social.

De igual manera, se procurará establecer la noción del concepto así como también los elementos que conforman el principio de confianza legítima, de forma tal que el lector pueda comprender la figura jurídica frente a la cual nos encontramos.

Se indicará también el origen a partir del cual surge el principio de confianza legítima, al igual que su aplicación tanto en el derecho comunitario, como en otros distintos países tales como Alemania, Inglaterra, España, hasta llegar a exponer los casos en los cuales este precepto ha sido también empleado por la jurisprudencia contenciosa-administrativa panameña.

Procuraremos indicar en función de la doctrina jurídica, las circunstancias fácticas en las que cabe la aplicación del principio de legítima confianza dentro del derecho administrativo, al igual que también los requisitos que se demandan para su empleo, así como también los restantes principios a través de los cuales se vale el principio de legítima confianza para poder interactuar.

En este mismo orden de ideas, también analizaremos el principio de la buena fe en el derecho administrativo, el cual sirve de instrumento complementario e informador al principio de la legítima confianza.

Nuestro estudio sobre el principio de la buena fe se enfocará específicamente en aspectos que tienen que ver con la noción o conceptualización del mismo pero a partir de la rama del derecho administrativo. De igual manera, analizaremos el principio de la buena fe como límite a determinadas conductas indebidas e injustificadas por parte de la Administración del Estado.

Finalmente efectuaremos un desarrollo del principio de la buena fe respecto de las circunstancias fácticas en las que se emplea este canon, al igual que los efectos de aplicación de éste importante precepto, pero analizados todos ellos sobre la base del derecho administrativo.

2.- Generalidades sobre los principios del derecho administrativo:

Previo al análisis de la naturaleza y de los componentes propios de cada uno de los principios de la confianza legítima y el principio de la buena fe en el derecho administrativo; se hace necesario efectuar un análisis justificativo en relación con la importancia que generan los principios del derecho administrativo respecto de la buena marcha y funcionamiento de la Administración Pública.

JUNIOR CRETELLA conceptualiza a los principios del derecho administrativo como estipulaciones de carácter indispensable que orientan al derecho administrativo¹.

De la anterior noción, podemos colegir que los principios que uniforman el derecho administrativo han de tener un grado de extensión o expansión en cuanto su aplicabilidad, ya que éstos podrán ser empleados en la mayor cantidad de casos o procesos existentes².

¹ CRETELLA JUNIOR define textualmente a los principios del derecho administrativo como: “*Conjunto de proposiciones fundamentales sectoriales que informan el Derecho Administrativo.*” (CRETELLA, JUNIOR. Citado por FERNÁNDEZ VÁSQUEZ, EMILIO (1981). *Diccionario de Derecho Público*. Buenos Aires (Argentina): Editorial Astrea, página N°. 603.

² Una gran parte de los juristas consideran tanto a los principios del derecho en general, así como también los principios de derecho administrativo como instrumentos y fuentes principales del ordenamiento jurídico, ya que son los pilares o las bases que sirven de soporte a todo el conjunto o el engranaje de normas que constituyen el derecho. En virtud los fundamentos previamente establecidos, se ha llegado a señalar que los principios del derecho se encuentran ubicados inclusive por encima del propio derecho positivo.

La simple expresión *principio* denota el carácter básico, esencial, fundamental y primordial que uniforma e informa el sistema jurídico, lo cual en la práctica se traduce en la ayuda, soporte o los pilares que solventan aquellos vacíos jurídicos del ordenamiento. Los principios del derecho se caracterizan por ser dinámicos, innovadores y gozan de una evolución incesante que hacen que exista un notable y constante desarrollo en relación con el derecho, tanto desde la perspectiva de carácter doctrinaria, como también al momento de proferir los tribunales de justicia sus dictámenes o sentencias³.

De igual manera, se establece en relación a los principios jurídicos que: “(...) *constituyen la base del Ordenamiento jurídico, la parte permanente y eterna del Derecho y también la cambiante y mudable que determina la evolución jurídica; son las ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídica de la Nación.*”⁴

Precisamente los principios del derecho adquieren una notoria importancia a partir del instante en el que el juzgador o juez deberá resolver un litigio o controversia de carácter administrativa sometida a su consideración, pero no existe una norma jurídica o disposición legal a través de la cual pueda solucionarse la polémica ante él presentada. En virtud de tales circunstancias, deberá acudir a los principios generales del derecho, con el objetivo de poder sustentar o fundamentar dentro de los términos legales y jurídicos sus decisiones o dictámenes⁵.

³ Sobre el particular, consideramos apropiado transcribir la siguiente idea del insigne maestro EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y que guarda estrecha relación con la temática bajo objeto de análisis, respecto de la importancia de los principios del derecho: “(...) *Son fruto de la propia vida jurídica y tienen, por tanto, dos formas principales de manifestarse: la práctica del derecho y especialmente la jurisprudencia –que es la práctica dotada de una mayor auctoritas ya la vez con más capacidad conformadora de la aplicación futura- y la doctrina, o la ciencia jurídica, en su tarea iluminadora del sistema institucional del ordenamiento, explicando sus conexiones propias y permitiendo con ello un funcionamiento más afinado de él.*” (GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. Citado por FERNÁNDEZ VÁSQUEZ, EMILIO. Ob. Cit., página N°. 604).

⁴ DE CASTRO, FEDERICO (1942). *Derecho civil de España* (3ª. Ed., Tomo I). Valladolid (España): Editorial Casa Martín, página N°. 470.

⁵ Los principios generales del derecho adquieren la característica de ser una *prolongación del derecho escrito*, fundamentalmente en los casos en los que los repartidores de justicia (juzgadores), no tengan a mano un texto jurídico o legal que brinde la solución sometida a su consideración frente a un determinado litigio, al igual que no sería recomendable la aplicación de la analogía. Inclusive el propio maestro GARCÍA DE ENTERRÍA sobre este particular nos comenta en relación a los principios del derecho y el derecho administrativo que: “(...) *todo derecho, pero de manera muy particular el Derecho Administrativo, se constituye*

Como consecuencia de las ideas precedentemente expuestas, debemos concluir señalando que frente a los hechos en los que la ley escrita no puede llegar a desarrollar o abarcar el conjunto de casos que se pueden suscitar en el mundo jurídico; se hace necesario acudir ante otros instrumentos de garantía jurídica que solventen las dificultades doctrinales y prácticas que puedan subsistir, en especial en los momentos e instantes en los que salgan a relucir las *lagunas legales*; siendo entonces cuando aparecen en escena los principios del derecho, quienes se encargarán de informar la ciencia jurídica⁶.

3.- El principio de la confianza legítima:

Dentro del presente apartado, procederemos a efectuar específicamente un estudio en relación a uno de los principios más importantes dentro del derecho administrativo, y que sirve de instrumento de garantía en beneficio de los ciudadanos o administrados.

3.1.- Noción en torno al principio de confianza legítima:

Iniciaremos estableciendo que no existe una definición propia en relación con el principio de confianza legítima, empero lo que podemos ubicar es una noción conceptual en relación a esta figura jurídica, ya que su origen es de construcción neta y exclusivamente jurisprudencial, aunque con posterioridad fue desarrollado por la doctrina jurídica.

El principio de confianza jurídica va ligado específicamente a la exigencia de que las autoridades que conforman la Administración del

necesariamente sobre un sistema de principios generales del derecho, que no sólo suplen las fuentes escritas, sino que son los que dan a éstas su sentido y presiden toda su interpretación. Estos principios generales no proceden por deducción de primeras verdades morales sino que son principios técnicos, que se articulan sobre todo el mecanismo básico del derecho, que son las instituciones; y su desarrollo y perfección es fruto de la vida jurídica, un hallazgo a través del manejo de problemas concretos, y es la obra por excelencia de la jurisprudencia y de la doctrina en su interrelación recíproca.” (GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. Citado por FERNÁNDEZ VÁSQUEZ, EMILIO. Ob. Cit., páginas N°. 604-605).

⁶ A grandes rasgos, podemos establecer como principios fundamentales del derecho administrativo los siguientes: el derecho de la vida, la igualdad ante la ley, la seguridad jurídica, la buena fe, la confianza legítima, la proporcionalidad, la presunción de legalidad, la imparcialidad, la cosa juzgada, etc.

Estado sean fieles y que se apeguen a los actos administrativos, resoluciones o criterios que por costumbre han mantenido, y que no varíen sus dictámenes y con mayor razón si los mismos no han sido debida y manifiestamente motivados. A través de ésta actuación, se garantiza el respeto por la seguridad jurídica, el cual deriva de la existencia de un Estado de Derecho; y el cual trae consigo un mínimo de estabilidad por medio del cual los administrados puedan construir un proyecto profesional o personal sin que se presenten cambios súbitos o repentinos⁷.

En este sentido, el principio de confianza legítima podemos conceptualizarlo como la irrevocabilidad de las situaciones subjetivas consentidas y admitidas. Se trata de un instrumento que tutela o protege los derechos de las personas frente a determinadas situaciones adoptadas entre éstas y la Administración, brindándole a los administrados o a las personas una garantía, toda vez que los mismos han ajustado su conducta en función de la forma como tradicionalmente ha actuado la Administración Pública, ponderando los precedentes, la legalidad aplicable, y las situaciones ya consolidadas⁸.

Así las cosas, la doctrina ha dispuesto en relación a ésta institución de derecho que: “(...) *el principio de protección de la confianza legítima (Vertrauensschutz) supone el amparo que debe dar el juez al*

⁷ En relación con la funcionalidad o particularidad del principio de confianza legítima, el Tribunal Supremo español a través de la sentencia del 28 de julio de 1997 (RJ 1997, 6890) ha llegado a señalar que: “*El principio de protección de la confianza legítima que ha de ser aplicado, no tan sólo cuando se produzca cualquier tipo de convicción psicológica en el particular beneficiado, sino más bien cuando se basa en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación administrativa, unido a que, dada la ponderación de los intereses en juego –interés individual e interés general–, la revocación o dejación sin efecto del acto hace crecer en el patrimonio del beneficiado que confió razonablemente en dicha situación administrativa, unos perjuicios que no tiene por qué soportar.*”

⁸ Al respecto debemos señalar que: “(...) *el principio de confianza legítima comporta que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquella, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones; y resulta especialmente aplicable cuando se basa en signos externos producidos por la Administración suficientemente concluyentes, unido a unos perjuicios que razonablemente se cree que no se iban a producir.*” (GARCÍA MELIÁN, JUAN CARLOS (2006). *El principio de confianza legítima y la Administración*. Recuperado el 3 de mayo de 2012, desde <http://www.eldia.es/2006-02-18/vivir/vivir4.htm>).

*ciudadano frente a la Administración Pública, la que ha venido actuando de una determinada manera, en cuanto ésta lo seguirá haciendo en esa misma manera en lo sucesivo y bajo circunstancias (políticas, sociales, económicas) similares.*⁹

El principio de la confianza legítima es un instrumento que inhibe la potestad con la que cuenta la Administración Pública de poder dejar si efecto actos de contenido favorable, o que beneficien a una determinada persona en particular.

De igual manera, es importante señalar que el principio de confianza legítima se encuentra directa y estrechamente vinculado o guarda concordancia jurídica con los principios de la buena fe¹⁰ y de la

⁹ BERMÚDEZ SOTO, JORGE (2005). *El principio de confianza legítima en la actuación de la administración como límite a la potestad invalidatoria*. Revista de Derecho (Valdivia), Volumen XVIII. Chile: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, página N°. 2.

¹⁰ Así tenemos por ejemplo que en el fallo del 27 de abril de 2007 (RJ 2007\5798), proferido por el Tribunal Supremo de España se llegó nuevamente a reafirmar los dictámenes expresados en sentencias tales como la del 20 de mayo (RJ 2004\3480) y la del 24 de noviembre de 2004 (RJ 2004\8108) en relación con la vinculación que existe entre el principio de confianza legítima y el principio de la buena fe, al manifestarse lo siguiente: *“Es cierto que si la Administración desarrolla una actividad de tal naturaleza que pueda inducir razonablemente a los ciudadanos a esperar determinada conducta por su parte, su ulterior decisión adversa supondría quebrantar la buena fe en que ha de inspirarse la actuación de la misma y defraudar las legítimas expectativas que su conducta hubiese generado en el administrado. También lo es que ese quebrantamiento impondrá el deber de satisfacer las expectativas que han resultado defraudadas, o bien de compensar económicamente el perjuicio de todo tipo sufrido con motivo de la actividad desarrollada por el administrado en la creencia de que su pretensión habría de ser satisfecha; pero no sería correcto deducir que esta doctrina que puede exigirse a la Administración la efectiva satisfacción de lo demandado cuando ésta haya de ajustarse a una conducta normativamente reglada y que aprecie la ausencia de uno de los requisitos que permitan el otorgamiento de lo solicitado. Es decir: la plena satisfacción de la pretensión desatendida no puede obtenerse en aquellos supuestos en los que está excluido el ejercicio de la potestad discrecional de la Administración y sometida su decisión al cumplimiento de determinados requisitos legales, cuya carencia ha de impedir acceder a lo solicitado (...).”*

De igual manera, en relación con el concepto de la buena fe y la confianza, en la sentencia del 11 de julio de 1986, el Tribunal Supremo de España llegó a establecer lo siguiente: *“La buena fe, concepto quizá más fácil de sentir que de definir, en cuanto principio jurídico, tiene muy distintas manifestaciones. En lo que ahora importa, implica una exigencia de coherencia con la confianza que en los demás ha podido razonablemente originar la conducta anterior del sujeto actuante (...).”*

seguridad jurídica¹¹, los cuales con posterioridad procederemos a analizar.

Ahora bien, debemos destacar que la doctrina jurídica ha procedido a enfocar el problema del principio de la confianza legítima a partir de la existencia o no de *derechos adquiridos* producto del acto administrativo invalidado, y en menor medida respecto de la buena o mala fe en que se encuentra el particular.

3.1.1.- El problema de la revisión de los actos administrados dictados por la Administración del Estado, cuando estos se emitieron en virtud de una actuación ilegal:

Es por todos los juristas conocido como regla general, que la Administración del Estado deberá de ajustar sus actuaciones a lo que establecen las leyes y los reglamentos jurídicos, con la finalidad de garantizar el principio de legalidad.

Así las cosas, como contrapartida debemos efectuar la siguiente interrogante: ¿Que sucedería si un acto administrativo se dictó prescindiendo de las formalidades legales y el mismo se dictaminó de forma total y absolutamente ilegal? ¿Puede dejarse sin efecto dicho acto administrativo ilegal?

¹¹ La seguridad jurídica garantiza la confianza de los ciudadanos en relación con el cumplimiento, la observancia, la debida ejecución y el respeto de las situaciones derivadas de la aplicación de normas válidas y vigentes, lo que se traduce entonces en una estabilidad y firmeza del derecho.

En relación a la estrecha vinculación que existe entre el principio de confianza legítima, la buena fe y la seguridad jurídica debemos indicar que: "(...) Lo que es incuestionable –y así se reconoce por todos- es su vinculación a otro gran principio del Estado de Derecho cual es el de seguridad jurídica. El principio aparece dotado de un contenido tendente a sobreponer la seguridad jurídica frente a los cambios repentinos de legislación que no aseguren garantías suficientes de transitoriedad y previsibilidad, y <<permita mantener los efectos de determinadas situaciones ilegales, mantenimiento que se justifica por la protección que merece el particular que confió legítimamente en la estabilidad de la situación creada por la Administración>>, primando la seguridad jurídica sobre el principio de legalidad. Vinculación con el principio de la seguridad jurídica que también se da en el principio de buena fe." (GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS (2009). *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. (5ª. Ed.). Navarra (España): Editorial Civitas de Thomson Reuters, páginas N°. 73-74).

Debemos partir de la base que le está totalmente prohibido a la Administración Pública interactuar en ejercicio de sus potestades de forma arbitraria o lesiva, lo cual se traduce en el hecho que le está vedada la utilización del exceso de poder, de forma tal que se la misma no podrá incurrir en desviación de poder, ya que dicha actuación lesiona la legalidad.

Ahora bien, hay que recordar que antiguamente en virtud de potestades tales como la invalidación de los actos administrativos, era permitido que la Administración Pública dejara sin efecto los actos que se encontraban viciados o iban en contra de lo estipulado por la Ley, pero esta concepción varía con el transcurrir del tiempo, a tal punto que se señalaría que: “(...) *Esta posición cambia, cuando a mediados de los años cincuenta la doctrina y la jurisprudencia compradas asumen una concepción más restrictiva sobre esta posibilidad de actuación de contra imperio, para señalar que en determinados casos la invalidación de oficio del acto dañaba el principio de protección de la confianza legítima en la actuación administrativa.*”¹²

La regla tradicional que imperaba en cuanto a la anulación de oficio de los propios actos administrativos por parte de la Administración Pública cambia, por tal razón no es posible entonces que se dicte una resolución opuesta o contradictoria en relación a una decisión o resolución dictada con anterioridad respecto de una misma materia o asunto en la que **fundamentalmente se concedieran o reconocieran derechos subjetivos adquiridos**¹³.

Con referencia a éste planteamiento, y siguiendo su estudio sobre la base del derecho administrativo español debemos señalar que su análisis se realiza a partir de la **distinción entre los actos de gravamen y los actos favorables**¹⁴.

¹² BERMÚDEZ SOTO, JORGE; ob. Cit., página Nº. 3.

¹³ Hoy en día la doctrina jurídica de derecho administrativo considera que la propia administración pública no puede revocar los actos administrativos que reconocen o declaran derechos, a tal punto que ésta actuación se materializa hoy en día en una regla general de que **nadie puede ir válidamente en contra de sus propios actos**, lo que se traduce en el siguiente principio en latín: “*Venire contra factum proprium non valet*”.

¹⁴ En relación a la noción de los actos administrativos favorables y los actos de gravamen debemos señalar respecto de cada uno de ellos lo siguiente: “*Los actos favorables o declarativos de derechos, vendrían a ser aquellos en los que se produce un beneficio o se amplía la esfera jurídica de los particulares. En la práctica estos actos están constituidos por: admisiones, concesiones, autorizaciones, aprobaciones y dispensas.*”

Así las cosas, para la doctrina española un *acto de gravamen* impuesto a un ciudadano en el que se le restringe su esfera o actuación, puede ser dejado si efecto o no tener validez en cualquier momento por parte de la Administración Pública que lo dictaminó o emitió, de allí que se señale que no existe ningún tipo de término o límite en relación a las potestades de revocatoria de los actos administrativos, ya que la Administración del Estado puede en cualquier instante o momento, actuar inclusive al margen de los procedimientos administrativos legalmente tipificados para **atacar los actos viciados de nulidad**, de allí que pueda volver a examinar sus propias decisiones o resoluciones emitidas y revocarlas, o dictar otras que las contradigan.

Pero de acuerdo a la doctrina jurídica española en derecho administrativo, cuando nos encontramos ante **actos declarativos o reconocedores de derechos**, no es posible revocar los actos o las decisiones que previamente dictaminó la Administración del Estado; y en el caso que así se hiciera, deberá hacerse en las condiciones y cumpliendo con los límites que establece el derecho administrativo entre los cuales figura el respeto por el principio de confianza legítima en el derecho administrativo¹⁵.

En virtud de las razones previamente expuestas debemos concluir que la existencia y protección del principio de confianza legítima se justifica en el hecho que se requiere que la conducta o la actuación de la Administración Pública se ajuste a actitudes definidas y formales que

*Los actos de gravamen o desfavorables, serían aquellos que de una u otra manera restringen o limitan los derechos de los administrados o en su defecto les imponen sanciones de carácter administrativo. Por ésta razón dichos actos deben obligatoriamente de ser notificados a los afectados, al igual que requieren forzosamente que se cumpla con la obligación de la **motivación del acto administrativo**. También es importante indicar que éste tipo de acto no pueden tener efectos de carácter retroactivo. En la práctica se materializa a través éstos actos restrictivos de gravamen a través de: órdenes, actos traslativos de derechos, los actos extintivos y los actos sancionadores.” (JOVANÉ BURGOS, JAIME JAVIER (2011). *Derecho Administrativo* (Tomo I). Panamá (Panamá): Editorial Cultural Portobelo, páginas N°. 228-229).*

¹⁵ La tendencia hoy en día al momento de revocar los actos administrativos dictaminados previamente por la Administración Pública, es la de acudir ante los tribunales de justicia e invocar o solicitar la potestad de revocar o anular los actos o resoluciones administrativas previamente dictadas por parte de las entidades del Estado, con el fin de no lesionar los derechos previamente declarados; y que quede exclusivamente bajo la potestad del Órgano Judicial ésta decisión.

generen una certidumbre, convicción y confianza entre los administrados y aquella. En otras palabras, se exige que las reglas de juego bajo las cuales deberán interactuar las entidades estatales se llegarán a mantener y respetar, lo que se traduce en el respeto de la confianza de una seguridad jurídica de un Estado de Derecho¹⁶, lo que garantiza que las personas deberán contar con algún tipo de instrumento o herramienta que limite los poderes unilaterales de los que goza la Administración Pública.

3.2.- El origen del principio de la confianza legítima:

Como dato histórico, debemos establecer que el principio de la confianza legítima tiene su origen o nacimiento en la jurisprudencia del Tribunal Administrativo de Prusia, por lo cual podemos afirmar que se trata de un precepto que proviene del derecho alemán.

Con el transcurrir del tiempo, el principio de la confianza legítima empieza a adquirir un mayor desarrollo, científicidad y tecnicidad jurídica, y no es sino a través de la sentencia del 14 de noviembre de 1956, proferida por el Tribunal Superior Administrativo (OVG) de Berlín, en donde se plasma de manera formal y específica el control de la legalidad de los actos administrativos particulares, los cuales a simple vista parecen ajustarse a derecho, pero que en el fondo se encuentran lesionados por insuficiencias o vicios de forma.

Prosiguiendo con la evolución del principio de confianza legítima, debemos señalar que para el 19 de diciembre de 1961, el Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) de Alemania, emite una sentencia en la que se procede a efectuar un control de constitucionalidad de las leyes, en especial al momento de éstas *resquebrajar la confianza que las leyes o disposiciones anteriores ofrecían y que han sido derogadas por otras nuevas*¹⁷.

¹⁶ En éste sentido, debemos formularnos la siguiente interrogante: ¿Cuál sería la fundamentación por medio de la cual deberá existir entonces el principio de confianza legítima? Para CASTILLO BLANCO, éste precepto tiene su motivación en el hecho que: *“La actuación de los individuos requieren, en una sociedad como en la que vivimos, del comportamiento de otros sujetos de derecho que con sus comportamientos y actuaciones marcan y determinan necesariamente el nuestro. No hay mercado sin confianza.”* (CASTILLO BLANCO, FEDERICO (1998). *La protección de confianza en el Derecho Administrativo*. Madrid (España): Editorial Marcial Pons, página N°. 109).

¹⁷ El referido tribunal limitaría los casos en los que operaría la retroactividad propia, y procedería a confrontarlo con el principio de seguridad jurídica.

De esta manera, el principio de confianza legítima es adoptado en Alemania, como un principio instrumental que permitirá integrar y solventar aquellas lagunas o vacíos jurídicos con los que cuentan los sistemas jurídicos especialmente en materia tanto administrativa como constitucional. Con éste precepto se procede entonces a limitar, delimitar o demarcar de forma oficiosa la potestad con la que cuenta la administración pública de revisar los actos administrativos por ella dictada con anterioridad, produciendo una afectación a la persona que anteriormente se le había reconocido o concedido un determinado derecho.

De igual manera, con el precepto de confianza legítima se procede también a moderar, apaciguar o atemperar los efectos perjudiciales que podría generar la aplicación de forma retroactiva de las normas, lo que podría propiciar una afectación negativa en contra de los administrados.

3.2.1.- Recepción o acogida del principio de confianza legítima dentro del Derecho Comunitario Europeo:

Con el transcurrir del tiempo, cada vez más fue tomando auge y vigencia éste importante principio de confianza legítima dentro de las decisiones de las disposiciones de carácter comunitario, al punto que el mismo se recogió o recepcionó dentro de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En tal sentido, debemos señalar que la primera sentencia que muy superficialmente empezó a mencionar la idea de la existencia de un principio de confianza legítima fue la del 12 de julio de 1957, que se dictó para los casos 7/56 y 3 a 7/57¹⁸.

¹⁸ En relación a la acogida del principio de confianza legítima debemos señalar que: *“Su fundamento es el principio “iura not curiae” ante la necesidad de enjuiciar conflictos jurídicos regidos por el derecho comunitario para los cuales los Tratados y el derecho derivado, por su juventud y parquedad, no proporcionaban aun una solución expresa.*

A tal efecto se recurre a principios generales del derecho que bien estaban en uso en todos los derechos de los Estados Miembros, en la mayoría de ellos o, incluso, en uno sólo. (LEÓN CAVERO, RAFAEL A. (2011). *Principio de Confianza Legítima. Sus orígenes y recepción por la Jurisprudencia comunitaria y española.* Recuperado el 3 de mayo de 2012, desde http://www.elderecho.com/administrativo/Principio-Confianza-Legitima-Jurisprudencia-comunitaria_11_312805002.html)

La sentencia que procede a desarrollar con mayor detalle, precisión y puntualidad el principio de la confianza legítima en el Derecho Comunitario por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es la del 16 de junio de 1966, dictaminada en el caso *Chatillon vs High Authority* (54/1965)¹⁹. Luego entonces, con el transcurrir del tiempo en el caso C-81/72 (proceso *Civil Service Salaries E.C. Commission vs E.C. Council*), se afina con mayor detenimiento y puntualidad la aplicación del referido principio²⁰.

Hoy en día, de los diversos fallos que ha dictado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se colige que para que pueda emplearse el principio de confianza legítima es necesario que se cumplan una serie de requisitos previos para su respectiva aplicación tanto objetiva²¹ como subjetiva²².

¹⁹ No debemos perder de vista que la primera sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que desarrolló formalmente el concepto del *principio de confianza legítima* fue la sentencia del 13 de julio de 1965 (asunto 111/1963, *Lemmerz-Werke*), en la que se criticó la violación de la confianza que se depositó en la Administración Pública, y ésta actuó de una forma totalmente distinta a la que se esperaba.

²⁰ En éste caso se plantea con mayor rigor la aplicación del principio de confianza legítima en relación con la obligación de la motivación de las resoluciones administrativas, ya que se establece entonces la necesidad de motivar las decisiones administrativas que se alejen de las líneas tradicionales o decisiones sostenidas con anterioridad, toda vez que con los fallos precedentemente dictados para una materia en específico generaba la producción de la confianza legítima en favor de sus destinatarios, y el cambio radical de pensamiento podía ocasionar una perturbación en la confianza de los administrados.

²¹ Como *requerimiento objetivo* para la aplicación del principio de confianza legítima se exige que:

- 1.- Que se actúe en ejercicio de potestades regladas estrictas, no discrecionales.
- 2.- Que se le hayan brindado previamente al administrado, garantías concretas a través de un acto administrativo precedentemente emitido.
- 3.- Que se trate de una práctica administrativa inveterada o circulares publicadas que, en todo caso deberán de ajustarse a derecho.

²² Entre los *requisitos subjetivos* que se exigen para la ejecución y el empleo del principio de confianza legítima podemos ubicar los siguientes:

- 1.- Que el operador económico que invoque el principio, aun siendo prudente, no pueda prever la adopción de una medida comunitaria que le produzca un perjuicio a sus intereses (ya que aunque sea previsible o posible, no puede aplicarse).
- 2.- Que el interés público subyacente en el cambio de criterio administrativo sea menos merecedor de protección que el interés privado que deriva de la

En cuanto a la retroactividad de las normas comunitarias respecto del principio de confianza legítima, debemos señalar que: "(...) *no puede afectar a situaciones jurídicas nacidas y concluidas al amparo de la norma anterior (retroactividad propia) salvo en casos excepcionales si "el fin a alcanzar lo exige" y con justificación clara e inequívoca, como cuando la aplicación retroactiva de una medida está prevista o deriva de la norma en vigor.*"²³

Como conclusión en referencia a la aplicación del principio de confianza legítima, el cual se encuentra relacionado con el principio de la buena fe; es importante destacar que la jurisprudencia comunitaria exige para el empleo de ambos, que necesariamente han de cumplirse con los siguientes cánones:

- 1.- Que haya habido una acción de la Administración que justifique las legítimas expectativas de los administrados.
- 2.- Que las expectativas que haya generado la administración puedan ser objetivamente reconocidas por cualquier otra persona neutral que no esté vinculada al acto o procedimiento administrativo.
- 3.- Que los intereses de los afectados no sean contrarios a intereses públicos preponderantes.

3.2.2.- El acogimiento del principio de confianza legítima en el derecho inglés:

En el derecho inglés, la historia del derecho administrativo resulta ser muy particular o peculiar, ya que por una parte ha procurado no declarar su autonomía científica de miedo que el mismo adquiriera una europeización a la francesa del ordenamiento jurídico; y por otro lado podemos situar la existencia de una rama consiente de sus deficiencias y resuelta a resolver sus lagunas a golpe de sentencia²⁴.

Podría señalarse que la verdadera evolución del derecho administrativo empieza a concretizarse entre los años cincuenta y sesenta, específicamente cuando se publica la obra *Administrative Law*

expectativa de mantenimiento de la práctica administrativa anterior. (Cfr. LEÓN CAVERO, RAFAEL A., Ob. Cit.).

²³ LEÓN CAVERO, RAFAEL A., Ob. Cit.

²⁴ Cfr. SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, DANIEL (2002). *El principio de confianza legítima en el derecho inglés: La evolución que continúa*. Revista Española de Derecho Administrativo Nº. 114. Madrid (España): Editorial Civitas, páginas Nº. 233-264.

de Sir William Wade. De igual manera, para esta época un grupo de jueces, al igual que doctrinarios especialistas en derecho administrativo proceden a cambiar la perspectiva que se tenía anteriormente de ésta rama del derecho, y deciden innovar en su tradicional desarrollo al acceder a sistematizarla y dogmatizarla. Así las cosas, con el transcurrir del tiempo, comienza a modernizarse el derecho administrativo inglés, y a sufrir una serie de cambios propios de ésta disciplina²⁵.

El principio de confianza legítima surge en el derecho administrativo inglés a partir de las causas de ilegalidad (*grounds of review*), que en la práctica se materializa a través del **control de judicialidad de la discrecionalidad administrativa**²⁶. El mayor

²⁵ Al respecto de éste comentario podemos señalar que: “Los cambios que propician un cambio de rumbo pueden resumirse de forma muy sintética de la siguiente manera: primero, en el año 1977 se instaura el procedimiento de revisión judicial, conocido como *judicial review*. Aunque se tratara de una reforma cuya intención era sistematizar el Derecho de los prerrogatives remedies sobre los que operaba hasta entonces el Derecho administrativo, no puede negarse su trascendencia es más que simbólica, pues unifica la norma relativa a procedimientos de *judicial review*, le confiere una reglamentación completa en lo que se refiere a las partes, objeto, prueba y daños, y marca el inicio de una partición entre Derecho público-Derecho privado sobre la que aún hoy corren ríos de tinta. Los siguientes cambios estructurales al corpus jurídico-administrativo inglés consisten en una serie de ataques frontales al principio de soberanía parlamentaria, primero de la mano de la Unión Europea y después merced al plan de reforma constitucional elaborado por el gobierno laborista a partir de 1997. Es por todos conocido el alcance simbólico y jurídico de la sentencia *Factortame (I)* del TJCE, pero en el Reino Unido su aparición supuso un cambio de rumbo en el Derecho público calificado por Sir William Wade como de “revolucionario”, y destacado entre nosotros por el profesor García de Enterría. La función del juez en casos de *judicial review* siempre encontraba el muro del legislador a la hora de desempeñar sus funciones de control al ejecutivo, un muro que llegó a convertirse en el mismo fundamento del Derecho administrativo a través de la doctrina *ultra vires*, defendida por Wade, como colorario lógico del principio de soberanía parlamentaria diciano.” (SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, DANIEL. Ob. Cit., páginas N°. 233-264).

²⁶ El control de la discrecionalidad administrativa iría asociado a la vigilancia, comprobación o verificación de aquellos actos administrativos que quedan a criterio o a potestad de la Administración Pública para su emisión, o expedición. Fundamentalmente se pretende lograr que estos actos se apeguen dentro de los parámetros establecidos por la ley; y que no sean actos absolutos o violatorios del derecho.

En relación a los actos discrecionales debemos señalar que: “(...) la administración dispone de un cierto margen de apreciación que el ordenamiento le confiere deliberadamente para que pueda acomodar su actuación a las circunstancias del caso concreto, y en virtud del cual son posibles diversas

problema que se puede presentar en ésta temática radica en el hecho que la potestad de los jueces ingleses para decretar la nulidad de un acto administrativo, no se puede exponer o explicar con claridad en un país en el cual no existe una constitución escrita y reina un modelo ortodoxo de separación de los poderes públicos²⁷.

*soluciones, todas ellas igualmente válidas: por ejemplo, al adjudicar una obra pública la Administración puede valorar con un margen de libertad las diferentes propuestas presentadas, que ofertan condiciones diferentes –calidades, presupuestos, plazo de ejecución, diseño...- para elegir la que, en conjunto, considere más adecuada. Cuando la Administración ejerce potestades discrecionales dicta actos discrecionales. Este tipo de actos presenta, asimismo, particularidades de régimen jurídico: por ejemplo, los actos discrecionales han de encontrarse siempre motivados.” (GAMERO CASADO, EDUARDO; FERNÁNDEZ RAMOS, SEVERIANO (2009). *Manual básico de Derecho Administrativo* (6ª. Ed.). Madrid (España): Editorial Tecnos, páginas Nº. 396-397).*

²⁷ Relacionado con el control judicial de la discrecionalidad administrativa y la potestad con la que cuentan los jueces para anular los actos administrativo debemos establecer que: *“Hasta ahora se ha justificado esta potestad utilizando la doctrina ultra vires, que dice lo siguiente: el legislador, de forma expresa o implícita, no ha autorizado al ejecutivo a realizar sus actividades más allá de la ley. Se trata de un principio de legalidad sui generis que intenta dar unidad y coherencia a la función revisora de los jueces y la soberanía parlamentaria. En los caso en los que existen potestades regladas la doctrina ultra vires se mantiene firme, pero en el ámbito de las potestades discrecionales no evita tambalearse. Las causas por las que un juez puede anular un acto discrecional del ejecutivo son, según el dictum famoso de Lord Diplock, tres: irregularidad procedimental, ilegalidad y razonabilidad. El primer supuesto recoge la tradicional doctrina inglesa del natural justice, cuya finalidad es estrictamente procesal: principios tan emblemáticos de la tradición anglosajona como el audi alteram partem o el nemo iudex in causa sua. El segundo recoge la desviación de poder continental y supuestos de control de legalidad interna reconocidos por la jurisprudencia desde principios del siglo XX. Y el tercero es el control de razonabilidad, plasmado en la conocida sentencia Associated Picture Houses Ltd. v. Wednesbury Corporation de 1948, que constituye el caso más claro de control de legalidad interna hasta ahora previsto en el Derecho administrativo inglés. Según el principio de razonabilidad (más conocido en el argot como Wednesbury unreasonableness), un acto será ultra vires cuando sea tan irrazonable que ninguna autoridad razonable lo habría adoptado. Se trata de un criterio vago, impreciso y propicio a la arbitrariedad judicial. Si situamos esta causa a la luz de la doctrina ultra vires, la fragilidad de ésta es aún más palpable: será contraria a la voluntad del Parlamento cualquier decisión tan irrazonable que ninguna autoridad la habría adoptado, y ello porque existe una voluntad implícita del legislador soberano que exige la nulidad del acto.” (SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, DANIEL. Ob. Cit., páginas Nº. 233-264).*

En la práctica la adopción o el acogimiento del principio de confianza legítima en el sistema jurídico inglés ha tenido como base las mismas circunstancias que han influido en los ordenamientos legales de los demás países; ya que un verdadero y real Estado de Derecho deberá de brindarle a sus ciudadanos, administrados y las personas que interactúan con el mismo, una real y verdadera seguridad o estabilidad jurídica.

Así las cosas, a través del principio de confianza legítima el sistema jurídico inglés pretende que se protejan las expectativas que hayan generado o dictaminado los poderes públicos, de forma tal que los mismos se preocupen por cumplir las decisiones precedentemente dictadas, y en cierta forma se respete la conducta o costumbre administrativa adoptada al momento de resolverse similares casos o controversias²⁸. De esta forma, se genera mayor confianza por parte del administrado en una Administración Pública que en realidad cumple con sus objetivos y promesas²⁹.

A medida que ha transcurrido la evolución del derecho administrativo inglés, el principio de confianza legítima ha ido perfeccionándose al punto que su estudio ya no se realiza o enfoca a partir de los parámetros de la ilegalidad de los actos administrativos, sino que se hace a partir de la *revocación de los actos conforme a derecho y los actos administrativos declarativos de derechos subjetivos en beneficio de los administrados*³⁰.

²⁸ La costumbre administrativa (transcurso en el tiempo del hecho vinculante) se encuentra directamente relacionada con el principio de confianza legítima, toda vez que se torna en una actuación mucho más fácil probar y convencer a un repartidor de justicia sobre la existencia de un hecho, a diferencia de cuando se trate de una actuación vinculante que se haya prolongado o repetido en el tiempo. Por ejemplo, si las autoridades tributarias han mantenido un singular o similar criterio, política o práctica por muchos años, ésta no puede ser abandonada de forma indiscriminada, sin ser debidamente motivada y mucho menos si se produce con dicha actuación un perjuicio a un ciudadano. Así las cosas, pareciera deducirse con temor a podernos equivocar, que el principio de confianza legítima restringe el concepto desproporcionado del clásico y tradicional *mutatis mutandis*.

²⁹ Se trata de un silogismo, premisa o argumento que pretende lograr la eficacia de la Administración Pública como instrumento de protección de las personas. Cabe destacar que esta postura también ha recibido una aceptación y apoyo a partir de la vertiente del análisis económico del Derecho.

³⁰ La tendencia parece apuntar al hecho que el *Administrative Law* de Inglaterra aplica el principio de confianza legítima en los siguientes casos o circunstancias:

La tendencia en la actualidad dentro del *Administrative Law* en relación con el principio de confianza legítima es la de considerar a éste precepto o canon como un principio tanto en la vertiente de carácter sustantiva como en la adjetiva, ya que una de las principales problemáticas con las que se enfrenta el derecho administrativo inglés es la carencia de un procedimiento administrativo con carácter codificado, como si lo tiene Alemania y España, circunstancia tal que ha hecho del Derecho procesal administrativo de Inglaterra, una rama del *common law*³¹.

El ordenamiento jurídico inglés ha empezado a preocuparse en especial en las circunstancias en las que la fuente reguladora sea el *common law*, para proteger la confianza procesal del interesado, en los momentos que está en juego *un interés económico importante* o cuando la revocación de un acto administrativo trae aparejada *elementos de sanción a una conducta del administrado*³².

1.- Cuando la Administración del Estado dicta un acto administrativo favorable e individual y posteriormente lo llega a sustituir o modificar por otro que deja sin contenido al acto anterior.

2.- Cuando una entidad pública emite un acto administrativo de carácter favorable, y con posterioridad a causa de un cambio de política pública deja sin valor el tenor o contenido del acto.

3.- Cuando una administración sostiene un similar y singular criterio o política unificadora, y a través de un acto administrativo individual excepciona dicha tendencia o costumbre y favorece a uno o varios ciudadanos determinados.

4.- En las circunstancias en las que una administración que ejecuta una política general, procede a generar expectativas en los particulares afectados, y con el transcurrir del tiempo modifica la política desesperanzando, frustrando o defraudando las expectativas creadas.

³¹ En relación al derecho procesal administrativo debemos señalar que: "(...) *Tras la tutela de los derechos procesales late la idea del procedual fairness, que implica un trato individualizado y adecuado a las exigencias de justicia y equidad, prohibiendo cualquier tipo de decisión que genere indefensión en el ciudadano. Tan importante es la presencia de la tutela procesal, o natural justice, que se presume la existencia de una confianza por parte del ciudadano en que la administración respetará esta parcela del ordenamiento. Cuando no sea respetada, se defrauda la confianza legítima creada.*" (SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, DANIEL. Ob. Cit., páginas N^o. 233-264).

³² En relación con la confianza legítima desde su vertiente procesal, la doctrina ha indicado sobre el particular que: "*Se han ampliado las garantías procesales a casos de revocación de ayudas públicas cuando su cuantía era notoria. Asimismo, los Tribunales han entendido que los derechos de audiencia podrían limitarse en función de la urgencia y coste del trámite. Se trata de un criterio muy flexible que permite al juez ponderar todos los elementos en juego, incluido el grado de discrecionalidad en manos de la administración. La confianza*

Cabe destacar que a nivel de la jurisprudencia, la Corte de Apelaciones de Inglaterra ha procedido a considerar de vital importancia el principio de confianza legítima en especial en materia de procedimientos administrativos, toda vez que le brinda una garantía al ciudadano para impugnar un dictamen que tradicionalmente debió de haberse resuelto de una determinada manera, y la administración pública dicta la resolución en sentido totalmente opuesto³³.

Es importante señalar que el *Administrative Law* entiende que existen excepciones en las cuales no es posible aplicar el principio de confianza legítima, siendo éstas cuando media: la interpretación abierta del hecho y la mala fe.

En la primera de las circunstancias precedentemente señaladas, el ciudadano no puede justificar sus alegaciones en meras interpretaciones personales del hecho, sino que deberá concretarlas a través de pruebas rotundas que fundamenten su existencia y extensión³⁴.

En el segundo supuesto en el que ha mediado mala fe, tanto la doctrina como la jurisprudencia inglesa consideran que cualquier tipo de

legítima procesal abarca asimismo la motivación del acto revocatorio. Al no existir en el common law una obligación general de motivar las decisiones administrativas, los casos en los que una falta de motivación suponga una violación del principio de confianza legítima procesal serán muy específicos y en función de su naturaleza.” (Ídem).

³³ La Corte de Apelaciones en el caso *Behluli* llegó a sostener en virtud del principio de confianza legítima que: “(...) ha adquirido un importante lugar en el desarrollo del Derecho de los procedimientos (fairness) administrativos. Se trata de una expectativa que, a pesar de no constituir un derecho jurídico vinculante, se encuentra fundada en un juicio razonable que le atribuye la capacidad de ser protegida por el Derecho público. Habilita al ciudadano a impugnar la decisión que le priva de una expectativa basada en un fundamento razonable, según la cual su petición debería haber sido resuelta de una forma determinada.” (The principle of legitimate expectations has achieved an important place in developing the law of administrative fairness. It is an expectation which, although not amounting to an enforceable legal right, is founded on a reasonable assumption which is capable of being protected in public law. It enables a citizen to challenge a decision which deprives him of an expectation founded on a reasonable basis that his claim would be dealt with in a particular way.)

³⁴ “Si el ciudadano puede realizar interpretaciones vagas o voluntariamente favorables a sus intereses, se produce uno de los efectos perjudiciales que destacan los críticos de la protección de confianza: la parálisis de la administración por miedo a verse vinculada por cualquier manifestación.” (SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, DANIEL. Ob. Cit., páginas N°. 233-264).

actuación o comportamiento de carácter doloso por parte del ciudadano afecta o vicia la aplicación o alegación del principio de confianza legítima. Así las cosas, si un determinado comportamiento o conducta por parte del administrado se encuentra impregnado de fraude, difícilmente puede alegarse el precepto jurídico bajo estudio³⁵.

No puede negarse la constante evolución que está sufriendo el sistema jurídico administrativo de Inglaterra, a tal punto de considerar el principio de la confianza legítima como un principio general del *Administrative Law*. En esta misma línea, la jurisprudencia inglesa ha procedido a elevar el control administrativo tradicional utilizado por los tribunales (la razonabilidad *Wednesbury*), y así ha quedado evidenciado en la sentencia de julio de 1999 proferida por la Corte de apelaciones, en el caso *North and East Devon Health Authority –vs- Pamela Coughlan*³⁶, en donde se ha procedido a aplicar el principio de la confianza legítima.

³⁵ Como dato curioso en relación con el fraude y el dolo, Lord Denning en el caso *Lazarus Estates Ltd. v Beasley* llegó a señalar lo siguiente: “*Ni hay sentencia judicial ni resolución ministerial que pueda sostener si ha sido labrada mediante el fraude. El fraude lo desenmascara todo.*”

³⁶ Los hechos que han ido aparejados al caso *North and East Devon Health Authority –vs- Pamela Coughlan* básicamente fueron los siguientes: La señorita Coughlan padeció o experimentó un grave accidente de tránsito en el año 1971 que le ocasionó minusvalías motoras muy graves y de carácter permanente. Durante el término de dieciocho (18) años estuvo internada en un hospital municipal para enfermos crónicos hasta el año 1993, cuando las autoridades administrativas le aconsejaron que se trasladara a Mardon House, que era un centro especial dedicado al tratamiento de minusvalías.

Entre uno de los principales motivos que influyeron a que la señorita Coughlan decidiera marcharse a Mardon House era precisamente la promesa que se le hiciera por parte de las autoridades municipales, de brindarle un hogar para el resto de su vida sin tener que preocuparse jamás por temas o asuntos de alojamiento. Cabe destacar que ésta misma promesa se le hizo no solo a la señorita Coughlan, sino también a un grupo de pacientes.

Para el año 1998, las autoridades sanitarias deciden cerrar Mardon House por razones de carácter presupuestarias, procediendo a trasladar a sus pacientes a otro sitio distinto, y así incumplir la declaración que se le realizaran a la señorita Coughlan. Por tal razón, la afectada decide acudir a los tribunales de justicia y recurrir la decisión del cierre de Mardon House, demanda ésta que es acogida y en la que se falla a favor de la recurrente. Con posterioridad la autoridad sanitaria local acude ante la Corte de Apelación, con la finalidad de impugnar la decisión de la sentencia dictaminada a favor de la señorita Coughlan sobre la base que la decisión de cierre no puede considerarse irrazonable en términos ortodoxos *Wednesbury*.

La Corte de Apelación decide mantener la sentencia favorable a la señorita Coughlan, dictada en primera instancia, pero emplea otros fundamentos o argumentos diferentes a los precedentemente señalados de la siguiente manera: efectivamente, existía una expectativa o confianza por la señorita

Finalmente debemos concluir señalando que es indiscutible la transposición de la normativa de derecho comunitario y su respectiva influencia, al igual que los fallos dictaminados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea; en donde se incide directamente sobre la jurisprudencia inglesa en especial en materia de derecho administrativo. De igual forma, también ejerce una relativa preponderancia o dominio el derecho comparado de otros países de la Unión Europea, frente a una posible europeización del ordenamiento administrativo inglés, y esto ha quedado evidenciado con la implementación del principio de la confianza legítima³⁷.

3.2.3.- Adopción del principio de confianza legítima en el derecho español:

Para examinar la manera como se incorpora el principio de confianza legítima dentro del derecho español, es necesario hacerlo en primera instancia tanto de la base de la actuación del Tribunal Constitucional, como sobre la base de su implementación por parte del Tribunal Supremo.

Es importante destacar antes de iniciar nuestro análisis, que el principio de confianza legítima es abordado o desarrollado en España, a partir de la jurisprudencia emitida por los tribunales de justicia, razón por

Coughlan, pero al tratarse de un acto individual no formal a través de una política (*policy*), ha de realizarse una ponderación de los intereses en juego. En primera instancia, entiende el Tribunal que si la promesa que le efectuaron las autoridades a la señorita Coughlan no se llegó a concretizar, esto en el ámbito o el campo del Derecho Privado, habría equivalido a un incumplimiento de contrato. En segunda instancia, el mantenimiento de Mardon House no supone violación alguna del ordenamiento jurídico, puesto que la decisión de cierre obedece exclusivamente a coordenadas políticas. En tercer grado, **las justificaciones proferidas por la Administración del Estado no son motivo para fundamentar una revocación y defraudar la confianza creada** en favor de la señorita Coughlan, por lo que se falla a favor de la demandante.

³⁷ En virtud de éstas razones se ha llegado a señalar respecto del derecho administrativo inglés que: "(...) *El transcurso del tiempo ha impermeabilizado los ordenamientos anglosajones con gran eficacia, pero el proceso de integración comunitaria está produciendo un cambio en el Reino Unido. Si las diferencias conceptuales eran pequeñas y en ocasiones se reducían a cuestiones de forma, en estos momentos puede decirse que existe un Derecho administrativo con autonomía propia y con rasgos cuasicontinentales.*" (SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUDERO, DANIEL. Ob. Cit., páginas N°. 233-264).

la cual es necesario hacer alusión a los fallos proferidos por éstos organismos encargados de repartir justicia.

3.2.3.1.- El principio de confianza legítima en el Tribunal Constitucional de España:

A causa de la jurisdicción y competencia propia del Tribunal Constitucional, el principio de la confianza legítima sólo puede ser analizado a partir del problema de la retroactividad de las leyes.

El desarrollo como fue evolucionando éste principio va asociado a tres (3) etapas o fases en relación a la jurisprudencia dictada por éste máximo Tribunal en materia Constitucional.

En la *primera fase jurisprudencial*, se procede única y exclusivamente enunciar, manifestar o informar los requisitos que caracterizarán al principio de confianza legítima, por lo que no se puede señalar la existencia de un real y verdadero reconocimiento del precepto o canon bajo estudio³⁸.

Con posterioridad podemos ubicar o identificar una *segunda fase jurisprudencial* en la que ya se empieza a reconocer propiamente la aplicación del principio de confianza legítima por primera vez a través de la STC 173/1996, del 31 de octubre, en la que específicamente se declara la inconstitucionalidad de una ley en base al precepto de confianza legítima³⁹.

³⁸ Entre las primeras sentencias que pertenecen a ésta fase podemos señalar las siguientes: STC 126/1987, del 16 de julio; STC 150/1990, de 4 de octubre; STC 197/1992, de 19 de noviembre y la STC 205/1992, de 26 de noviembre.

³⁹ En esta sentencia, se había procedido a objetar o impugnar el artículo 38,2,2 de la Ley 5/1990, de 29 de junio relativa a las medidas en materia presupuestaria, financiera y tributaria; en donde se creaba un gravamen complementario a la Tasa Fiscal de los juegos de suerte, envite o azar, aplicable a las máquinas de tipo B o C que, para 1990, ya se hubiera devengado con anterioridad a su entrada en vigor. Al respecto debemos señalar que: "*Era una norma muy similar a la que se había declarado constitucional la anterior STC 126/1987 –EDJ 1987/126- pero el pronunciamiento ahora es distinto porque el Tribunal entiende que en 1990 la subida retroactiva no era previsible al haberse equiparado –desde 1988- la fiscalidad de los diversos tipos de juego con subidas de tipo importantes y cercanas en el tiempo, y actualizando su importe para el ejercicio fiscal que comenzaba el uno de enero de 1990. Era radicalmente imprevisible que los operadores económicos afectados que a mitad de años se modificara hasta alcanzar más del doble de la cuota originalmente establecida. Pero lo más relevante es que tal imprevisibilidad alcanza sólo virtualidad*

Luego existiría una tercera y última etapa de consolidación del principio de confianza legítima, aplicable más específicamente el mismo en relación a la inconstitucionalidad en casos de retroactividad propia al no acreditarse un interés general prevalente, o en los casos en los que se emplee un medio totalmente desproporcionado⁴⁰.

Así las cosas, el Tribunal Constitucional ha procedido a la aplicación del principio de confianza legítima con relación al efecto de las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las leyes, para el mantenimiento de actos administrativos firmes dictados en aplicación de leyes declaradas sobrevenidamente inconstitucionales, pero que eran más favorables a los ciudadanos⁴¹.

Los únicos casos en los que se puede declarar la inconstitucionalidad en relación a la retroactividad de las leyes por parte del Tribunal Constitucional y en donde se podrá invocar el principio de confianza legítima, es cuando el legislador dicte normas retroactivas violatorias de los principios constitucionales en materia penal y de los derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional español considera que no puede decirse lo mismo respecto del principio de seguridad jurídica, ya que no en todos los casos éste precepto adquiere la suficiente relevancia para transformarse en un parámetro constitucional.

3.2.3.2.- El principio de confianza legítima en el Tribunal Supremo de España:

Dentro del análisis que efectuaremos en relación al Tribunal Supremo respecto del principio de confianza, es importante destacar que debemos por una parte diferenciar la aplicación del principio de confianza legítima y el problema de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador; en tanto que por otra parte debemos analizar el control de la legalidad de los reglamentos y actos administrativos respecto del principio de confianza legítima.

impugnatoria a efectos del juicio de constitucionalidad porque –en este caso- no se había acreditado por el legislador la concurrencia de un interés general suficiente para prevalecer por encima de la confianza legítima.” (Las negrillas son nuestras). (LEÓN CAVERO, RAFAEL A. Ob. Cit., página N^o. 3).

⁴⁰ Al respecto pueden consultarse los siguientes fallos: STC 234/2001, del 13 de diciembre y la STC 48/2005, del 3 de marzo.

⁴¹ Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional 178/2004, del 21 de octubre.

3.2.3.2.1.- El principio de confianza legítima y el problema de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador:

Dentro de ésta categoría podemos distinguir dos (2) tipos de períodos como vendrían a ser los siguientes:

A.- Se aplicará el principio de confianza legítima cuando medie responsabilidad del Estado al haber efectuado una transposición tardía o defectuosa de parte del Poder Legislativo, respecto de las normas comunitarias (entiéndase por normas comunitarias los reglamentos y las directivas comunitarias)⁴².

B.- El segundo periodo opera luego de la reforma de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común), en donde se cambia el criterio de indemnización en virtud del principio de confianza legítima y se determina

⁴² Al respecto, podemos señalar que vino a ser la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España, a través de la sentencia del 13 de junio del 2000 en donde se establecieron **los requisitos para determinar** las circunstancias en las que se produce la responsabilidad patrimonial del Estado como legislador a causa de los daños producidos por la sucesión de normas en el tiempo, justificado en virtud del principio de la confianza legítima; y en la que básicamente podemos transcribir las siguientes ideas:

“Que se produjeran (...) daños o perjuicios en virtud de actos de aplicación de las leyes y existiera (...) 1º un sacrificio patrimonial singular de derechos o intereses económicos legítimos que pueden considerarse afectados de manera especial por las actuaciones administrativas anteriores o concomitantes con la legislación aplicable.”

*“(...) Para examinar si esto es así es menester utilizar varios criterios. Entre ellos **reviste singular interés el relacionado con la observancia del principio de buena fe en las relaciones entre la administración y los particulares, la seguridad jurídica y el equilibrio de prestaciones.** Estos conceptos, utilizados por las sentencias de esta Sala únicamente citadas, están estrechamente relacionados con el principio de confianza legítima enunciado por el Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas. **La virtualidad de este principio puede comportar la anulación y, cuando menos, obliga a responder en el marco comunitario, de la alteración (sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta económica y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias) de las circunstancias económicas habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas en mantenimiento.**”*

“(...) Sin embargo, el principio de confianza legítima no garantiza a los agentes económicos la perpetuación de la situación existente, la cual puede ser modificada en el marco de la facultad de apreciación de las instituciones comunitarias, ni les reconoce un derecho adquirido al mantenimiento de una ventaja.” (Las negrillas son nuestras)

que sólo procede la indemnización en los casos que la nueva ley así lo contemple⁴³.

3.2.3.2.2.- El principio de confianza legítima en los casos en que las leyes no sean materialmente expropiatorias y no establezcan un régimen de resarcimiento.

Para poder aplicar éste precepto bajo estudio, de acuerdo con la Ley 30/1992, de 26 de noviembre; modificada por la Ley 4/1999 de 13 de enero (relativas al régimen de procedimiento administrativo común), es necesario que se incurra en los siguientes supuestos o requerimientos establecidos por el ordenamiento jurídico administrativo de España:

1.- Que no haya mediado una actuación objetiva y eficaz para alcanzar los intereses generales establecidos por el Derecho y la Ley.

⁴³ Para examinar el nuevo criterio que sostuvo la jurisprudencia del Tribunal Supremo español en esta materia, es necesario transcribir las ideas contenidas dentro de la Sentencia del 14 de febrero de 2004, la cual establece lo siguiente: *"(...) La regulación contenida en el artículo 139.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (...) exige determinar el alcance del nuevo requisito establecido en el sentido de que la previsión de la indemnización y de su contenido arranque del propio acto legislativo que motiva la lesión, cuestión que los Tribunales habrán de ir resolviendo, sin que sea procedente efectuar ahora afirmaciones categóricas (...)"*

Pero con posterioridad ésta misma sentencia termina señalando que: *"De excepcional interés para el estudio de esta materia es la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 5 de marzo de 1996, en la que se contiene doctrina sobre la responsabilidad de un Estado miembro por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho comunitario que le sean imputables, requisitos de esa responsabilidad y cuantía de la reparación, por las violaciones del Derecho comunitario cuando el incumplimiento reprochado sea atribuido al legislador nacional."*

Así las cosas, en relación al tema precedentemente analizado, consideramos pertinente efectuar un extracto de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 5 de marzo de 1996 que indicó lo siguiente: *"(...) se está refiriendo a la aplicación del principio de confianza legítima en el marco del ordenamiento jurídico comunitario –caracterizado, entre otras circunstancias- por un déficit democrático y un marcado economicismo. El TS puede aplicar el principio cuando actúe como juez comunitario, no cuando lo haga como juez nacional que debe respetar las normas emanadas por un poder legislativo democrático. Un principio general del derecho, como el de confianza legítima, no puede aplicarse "contra legem". (Cfr. LEÓN CAVERO, RAFAEL A. Ob. Cit., página N^o. 5).*

2.- Que no se cumpla con la obligación de publicar instrucciones y consultas en respuesta a peticiones presentadas por los interesados.

3.- Que no se haya cumplido con la aplicación garantista que contempla el procedimiento administrativo.

4.- Que la propia administración pública no se haya vinculado por sus propios actos, salvo los revocables en casos y por causas tasadas en la Ley.

5.- Que no se apliquen de forma retroactiva los efectos de los actos administrativos.

6.- Que no exista de por medio una resolución motivada, en la que indique porqué se dan los cambios de criterios sostenidos tradicionalmente por las Administraciones Públicas.

3.2.4.- La recepción del principio de confianza legítima en la jurisprudencia contencioso-administrativa de la República de Panamá:

En el caso de la República de Panamá, debemos señalar que el principio de confianza legítima no es acogido, adoptado o reconocido dentro de la normativa que regula el procedimiento administrativo común, ni hasta el momento de la redacción de ésta monografía en ninguna ley o reglamentación.

Se trata entonces, de un principio, test o canon que es reconocido y acogido por la jurisprudencia de nuestro medio, en determinados casos o circunstancias puntuales. Este mismo fenómeno ha acontecido igualmente en los países que por primera vez comenzaron a aceptar la aplicación del principio de confianza legítima, ya que su incorporación al sistema jurídico primero se ha hecho por vía de la jurisprudencia, y con posterioridad ha sido recogido en la legislación.

Así las cosas, procederemos a hacer mención de aquellos procesos o casos en los que se ha reconocido en la República de Panamá la aplicación del Principio de la confianza legítima.

En la sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, de 21 de junio de 2000, el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo procede a aplicar el principio de confianza legítima en concordancia con el principio de la buena fe y en el que se declara ilegal el acto administrativo demandado, ya que éste tribunal de la causa interpretó que la Caja del Seguro Social para otorgar una pensión de

sobrevivencia por convivencia en unión libre, estaba solicitando una excesiva documentación de la que por lógica se requiere normalmente para acceder a dicha solicitud⁴⁴.

De igual manera, en la Sentencia del 19 de diciembre de 2000, la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, procedió a la aplicación del principio de confianza legítima el cual se encuentra en concordancia con el precepto de la buena fe, cuando se le pretendía solicitar a una persona que para ejercer la profesión de auxiliar de fisioterapia y/o kinesiología en el territorio nacional, debía presentar la misma una certificación que acreditaba la aprobación del curso de auxiliar de fisioterapia de tres meses de duración para acceder a una determinada clasificación; cuando dicha persona ya había adquirido dicha experiencia por haber desempeñado dichas labores anteriormente, e inclusive la misma contaba tanto con un resuelto del año 1986, como de un Decreto Ejecutivo de 1990 que así lo corroboraban⁴⁵.

⁴⁴ En la Sentencia del 21 de junio de 2000, proferida por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, se llegó a señalar respecto de los principios de confianza legítima y buena fe lo siguiente: “(...) *Es de aplicación en este caso el principio de buena fe. Este significa que el administrado, según la estimación habitual de la gente, puede esperar determinadas consecuencias de su conducta o que no ha de tener otras distintas a las previstas en la Ley; quiere decir que si una persona se comporta de una manera confiada en que su conducta tendrá determinadas ventajas previstas en la Ley, la Administración no puede comportarse de manera excesivamente formalista de suerte que defraude confianza depositada en ella por los administrados (Cfr. Jesús González Pérez, el Principio de la Buena Fe en el Derecho Administrativo, 3ª edición, Ed. Civitas, Madrid, 1999, págs. 72, 73 y 91). De allí que la Corte, en aplicación de este principio, debe dejar de lado el excesivo formalismo de la Caja de Seguro Social, y evitar que ésta sancione el incumplimiento de un trámite con consecuencias contrarias a la naturaleza del mismo. La declaración del señor XXXXXXXX, visible a foja 32 es suficiente para dar lugar al nacimiento del derecho subjetivo de la señora XXXXXXXX a la pensión que reclama, aunque haya sido hecho en un trámite distinto ante la misma institución.*”

⁴⁵ Respecto de la sentencia bajo objeto de estudio (Del 19 de diciembre de 2000), la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia indicó que: “(...) *Así las cosas, a juicio de la Sala en el presente caso debe aplicarse el principio de buena fe, que es uno de los principios generales que sirven de fundamento al ordenamiento jurídico y que está previsto en el artículo 1109 del Código Civil, pues, al ser la señora XXXXXXXX clasificada en categoría inferiores a la solicitud por actos de la Administración, le creo la expectativa razonable de que, luego del acuerdo suscrito entre el Ministerio de Salud y la Asociación Panameña de Fisioterapeutas y/o Kinesiólogos el 26 de febrero de 1992, obtendría automáticamente el cambio de categoría de conformidad a los términos allí contemplados. Debe tenerse presente que el principio de buena fe debe regir en*

En otro caso bajo estudio, se puede determinar igualmente a través de la sentencia del 18 de mayo de 2001 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, la aplicación del principio de legítima confianza, el cual se encuentra intrínsecamente relacionado con el de la buena fe, a un caso en el que a una funcionaria se le clasifica en diferentes categorías como Terapista Ocupacional, a través inclusive de otros actos administrativos reconocidos por la propia Administración Pública. Así las cosas, no es posible posteriormente emitir otro acto administrativo en el que se le desconoce las diversas categorías que tiene la servidora pública; toda vez que a través de dichas categorías ésta persona lograba devengar un sueldo correspondiente a cada categoría por ser un derecho que le asiste, e inclusive obligarla a devolver las sumas de dinero recibidas producto de dichas categorías⁴⁶.

A manera de mención, podemos señalar que éste mismo criterio respecto de las clasificaciones de categorías ha sido también

las relaciones del Estado con sus administrados, pues, le permite a estos recobrar la confianza en la Administración consistente, “en que el procedimiento para dictar el acto que dará lugar a las relaciones entre Administración y administrado, aquélla no va adoptar una conducta confusa y equívoca que más tarde permita eludir o tergiversar sus obligaciones.” En estos actos, según el mismo autor, serán respetados en tanto no exijan su anulación los intereses públicos. (GONZÁLEZ PÉREZ, JESUS, El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo, Editorial Civitas, S.A., Segunda Edición, Madrid, España, pág. 69).

⁴⁶ La aludida sentencia del 18 de mayo de 2001 llegó a señalar respecto del principio de la buena fe y la legítima confianza lo siguiente: “(...) Debe entonces aplicarse al caso bajo estudio, el principio de buena fe, que es uno de los principios generales que sirven de fundamento al ordenamiento jurídico y que está previsto en el artículo 1109 del Código Civil, pues, al ser la señora XXXXXX clasificada en diferentes categorías como Terapista Ocupacional, de modo alguno puede ahora la administración desconocerle ese derecho y aún más ordenar mediante otro acto administrativo descontar una suma de dinero que por derecho percibió en concepto de sueldo y que corresponde a las diversas categorías a las que fue ascendida. Esta omisión no es imputable al administrado.

La Sala ha manifestado en otras ocasiones, que el principio de buena fe debe regir en las relaciones del Estado con sus administrados, pues, le permite a éstos recobrar la confianza en la Administración, que según Jesús González Pérez, consiste en “que en el procedimiento para dictar el acto que dará lugar a las relaciones entre Administración y administrado, aquélla no va adoptar una conducta confusa y equívoca que más tarde permite eludir o tergiversar sus obligaciones”. Estos actos, según el mismo autor, serán respetados en tanto no exijan su anulación los intereses públicos. (El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo, Editorial Civitas, S.A., Segunda Edición, Madrid, España, pág. 69).”

reproducido en la sentencia del 31 de mayo de 2004, en la que ha mediado de igual manera, la aplicación de los principios de buena fe y de confianza legítima.

Otra de las circunstancias en las que se ha procedido a emplear los principios de confianza legítima y de buena fe por parte de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, ha sido en la sentencia del 15 de junio de 2001 en la que el propio Tribunal accede a continuar con la misma costumbre tradicional en relación al pago de las vacaciones de los servidores públicos, tomando como base el último salario devengado⁴⁷.

De igual manera, podemos destacar que en la sentencia del 2 de mayo de 2002, proferida por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia se aplicó el principio de la buena fe el cual se relaciona con el principio de la confianza legítima al señalarse que la Seguridad Social no puede generar o crear una serie de obstáculos generando excesivas formalidades que les impidan a los asegurados o beneficiarios hacer uso de los servicios y derechos a que tienen en la Caja de Seguro Social⁴⁸.

⁴⁷ La sentencia del 15 de junio de 2001 ha terminado puntualizando en relación con el pago de las vacaciones de los servidores públicos respecto del principio de confianza legítima y la buena fe lo siguiente: *“Es por ello, que a juicio de la Sala, también es de aplicación en este caso el principio de buena fe, que es uno de los principios que sirven de fundamento al ordenamiento jurídico y que está previsto en el artículo 1109 del Código Civil, pues, definitivamente la práctica generalizada de la Administración de pagar con el último salario a los funcionarios cuyo empleo o ha terminado le creó al administrado una expectativa razonable. Este principio debe regir en las relaciones del Estado con los administrados, ya que le permite a éstos recobrar la confianza en la Administración consistente “en que en el procedimiento para dictar el acto que dará lugar a las relaciones entre Administración y administrado, aquélla no va adoptar una conducta confusa y equívoca que más tarde permite eludir o tergiversar sus obligaciones”. Estos actos, según el mismo autor, serán respetados en tanto no exijan su anulación los intereses públicos. (GONZALEZ PEREZ, JESUS, El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo, Editorial Civitas, S.A., Tercera Edición, Madrid, España, 1999, pág. 91).”*

⁴⁸ La Sentencia proferida por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, del 2 de mayo de 2002 estableció respecto de los principios bajo estudio lo siguiente: *“(…) El Tribunal considera que el procedimiento administrativo previsto por la Caja para que los particulares (población asegurada o beneficiaria) hagan uso de los servicios y obtengan el reconocimiento de los derechos de la seguridad social, no puede convertirse en una carrera de obstáculos, con exceso de formalidades que impidan el goce natural de los derechos de los cotizantes. Debe aquí hacerse aplicación del principio de buena fe administrativa aceptado por la jurisprudencia de la Sala a principios de la*

También a través de la sentencia del 21 de mayo de 2003, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia procede a reconocerle una indemnización en materia de contratación pública a una empresa contratante, a causa de los gastos en que incurrió el contratista durante la etapa precontractual, ya que la propia Administración Pública había generado una expectativa razonable producto de los actos desplegados por la entidad pública contratante que habían generado una confianza a favor de la empresa en el sentido de que ésta pensaba que finalmente se iba a terminar suscribiendo el contrato, pero en la práctica ello no terminó ocurriendo⁴⁹.

Cabe destacar que el criterio precedentemente mencionado en el fallo que antecede a éste párrafo también ha sido igualmente reproducido en la sentencia del 16 de agosto de 2004, proferido por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en relación a la indemnización por los gastos incurridos por la parte afectada, durante la etapa precontractual a la celebración del contrato público.

década pasada, principio orientador de amplio espectro en la doctrina ius-administrativista, según el cual, la Administración no debe comportarse de modo de que sus actuaciones se deriven consecuencias en sí perjudiciales al particular distintas a las que por virtud de la buena fe se espera de ella.”

⁴⁹ En la sentencia del 21 de mayo de 2003 dictaminada por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia se termina aplicando los principios de la confianza legítima y la buena fe en materia de contratación pública al señalarse que: “(...) Sin embargo, en aplicación del principio de buena fe que orienta las actuaciones de la contratación pública, esta Superioridad debe reconocer a la empresa XXXXXX el derecho que le asiste en este caso, a recibir una compensación indemnizatoria del Estado, por los gastos en que de buena fe hubiese incurrido durante la etapa precontractual para cumplir con el compromiso suscrito por la Autoridad Marítima de Panamá.

El principio de buena fe, es uno de los principios generales que sirven de fundamento al ordenamiento jurídico y que está previsto en el artículo 1109 del Código Civil, es aplicable en este caso, toda vez que de acuerdo a lo establecido en el artículo 15 de la ley 56 de 1995, las actuaciones de quienes intervengan en las contrataciones públicas se rigen, entre otros, por los principios generales del derecho y particularmente el derecho administrativo, que ha reconocido la vigencia del principio de buena fe en las relaciones con la Administración Pública.

La compensación solicitada por la empresa demandante, se vislumbra como equitativa y justa en este caso, pues existía más que una “expectativa razonable” en la contratación (con sustento en los actos desplegados por la entidad pública contratante), y además provee un marco de certidumbre jurídica a las empresas que contratan con el Estado. (...).”

Por otra parte, también en la sentencia del 26 de octubre de 2004, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia decidió aplicar los principios de confianza legítima y de la buena fe, toda vez que en dicho caso la Caja de Seguro Social procedió de manera oficiosa a emitir un acto administrativo en el cual reconocía la expedición de una pensión de vejez a favor de una administrada; pero con el transcurrir del tiempo pretendía revocar dicha actuación, y procede a emitir otro acto administrativo de tenor distinto, so pretexto de que la asegurada debía cumplir el requisito de solicitar de manera formal la pensión de vejez ante dicha entidad⁵⁰.

Otro de los fallos en los que se aplican los principios de la buena fe y la confianza legítima es en la sentencia del 30 de noviembre de 2005, en donde producto de la conducta silenciosa de la Administración Pública, ésta pretende desconocer un derecho que le asistía a los servidores públicos en relación con el pago de una determinada prestación económica, la cual se había reconocido en el Decreto N°. 95 de 1997, reglamentación ésta que no se había declarado ilegal y se encontraba en firme, y era legal para la fecha en que se demandó el incumplimiento del referido reglamento⁵¹.

⁵⁰ En el aludido fallo del 26 de octubre de 2004, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia terminó establecido sobre el particular que: *“Debe, pues, aplicarse al caso bajo análisis de la Sala, el principio de buena fe, que es uno de los principios generales que sirven de fundamento al ordenamiento jurídico y que está previsto en el artículo 1109 del Código Civil. Ello es así, ya que si bien es cierto la señora XXXXXX al momento de alcanzar la edad de 56 años no tramitó su pensión de vejez, no es menos cierto que la Caja de Seguro Social la tramitó de oficio y expide la Resolución C de P 7832 de 27 de agosto de 1992, luego de cuya notificación la asegurada renunció a la jubilación por antigüedad de servicios, para acogerse a ésta como más beneficiosa. De modo alguno pueda ahora la Administración desconocer ese derecho y aún más expedir otro acto administrativo en base a una solicitud de pensión de vejez que a requerimiento de la Caja de Seguro Social fue presentada, y donde se sujeta su vigencia a partir del cese de labores, requisito que, como antes se indicó, la asegurada llenó a cabalidad para los efectos de la Resolución C de P 7832 de 27 de agosto de 1992.*

La Sala ha manifestado en otras ocasiones, que el principio de la buena fe debe regir en las relaciones del Estado con sus administrados, pues, le permite a éstos recobrar la confianza en la Administración, que según Jesús González Pérez, consiste en “que en el procedimiento para dictar el acto que dará lugar a las relaciones entre Administración y administrado, aquélla no va adoptar una conducta confusa y equívoca que más tarde permite eludir o tergiversar sus obligaciones”. Estos actos, según el mismo autor, serán respetados en tanto no exijan su anulación los intereses públicos. (El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo, Editorial Civitas, S.A., Segunda Edición, Madrid, España, pág. 69).”

Finalmente, en el último de los fallos sobre el cual enfocaremos nuestro análisis en relación con los principios de la confianza legítima y la buena fe, vendría siendo la sentencia del 8 de febrero de 2006; en la que una asegurada efectuó aportes para el pago de cuotas por salarios, logrando en 20 años acumular un total de 244 cuotas a la Caja de Seguro Social, pero al momento de solicitar la cotizante su derecho a la pensión de vejez, la institución de seguridad social emite un acto administrativo en el cual se señala que la asegurada no tiene derecho a recibir éste derecho⁵².

⁵¹ La sentencia del 30 de noviembre de 2005 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, terminó señalando lo siguiente: "(...) *No es dable entonces que ahora la Contraloría General de la República, so pretexto de que desde 1987 hasta el momento de la solicitud no se ha incluido recurso económico alguno para hacer frente a la reclamación del pago del diferencial salarial a favor de los Directores y Subdirectores que también lo eran en julio de 1987 y de Exdirectores y Exsubdirectores que se desempeñaban en esos cargos en ese mismo mes y año, desconozca ese derecho. Ello a todas luces contrasta con el principio de irrevocabilidad de los actos administrativos en firme que reconozcan derechos a favor de terceros. Al existir pues, un derecho subjetivo conferido por un acto de la Administración, el administrado adquiere un derecho que crea una situación de exclusividad que podrá oponer contra ésta en cuanto se exceda en sus funciones. Reiteradamente la Sala ha sostenido que debe entonces la Administración recurrir a la vía jurisdiccional ordinaria a fin de anular sus propios actos que confieren esos derechos. Jaime Vidal Perdomo en ese sentido afirma que "el respeto a las situaciones jurídicas creadas o definidas por los actos administrativos puede ser tal que se hagan irrevocables aunque sean ilegales..." (VIDAL PERDOMO, JAIME, *Derecho Administrativo*, Editorial Temis, S. A., Décima Edición, Bogotá, Colombia, 1994, pág. 143).*

También a juicio de la Sala es de aplicación en este caso el Principio de la Buena Fe que debe regir en las relaciones del Estado y sus administrados, ya que les permite a éstos recobrar la confianza en la Administración, que consiste, según González Pérez en "que en el procedimiento para dictar el acto que dará lugar a las relaciones entre Administración y Administrado, aquella no va a adoptar una conducta confusa y equívoca que más tarde permita eludir o tergiversar sus obligaciones. Estos actos, según el mismo autor, serán respetados en tanto no exijan su anulación los intereses públicos (El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo, Editorial Civitas, S.A., Segunda Edición, Madrid, España, pág. 69).

Por las razones indicadas, debe la Sala acceder a las pretensiones de la demanda."

⁵² La sentencia del 8 de febrero de 2006 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, terminó aplicando los principios de confianza legítima y de buena fe al señalar respecto de la negación a la solicitud de la pretensión del derecho de pensión alimenticia a la Caja de Seguro Social, lo siguiente: "*Considera este Tribunal que a pesar de la excepción contenida en el artículo 2, literal del Reglamento de Afiliación para los Trabajadores Domésticos, es claro que la*

Como podemos observar, la aplicación de los principios de confianza legítima y de buena fe en el derecho administrativo se encuentran estrechamente ligados, acompañados o directamente vinculados entre sí; y sirven como instrumentos o mecanismos de garantía correctores de las indebidas actuaciones generadas por la Administración Pública, en donde la emisión de un acto administrativo por éstas puede resultar perjudicial en función de la confianza o expectativa beneficiosa que se había generado a favor del administrado.

Resulta también interesante señalar y a la vez deducir en relación a los fallos precedentemente analizados, que en la República de Panamá para poder aplicarse el principio de confianza legítima que hemos venido estudiando, es necesario también hacer alusión al **principio de la buena**

señora XXXXX de buena fe, realizó aportes a la Caja de Seguro Social en concepto de cuotas por salarios, acumulando un total de 244 cuotas. Es por ello, que de acuerdo a lo anteriormente expuesto en esta resolución, debe aplicarse el principio de buena fe, que es uno de los principios generales que sirven de fundamento al ordenamiento jurídico, el cual está previsto en el artículo 1109 del Código Civil. A nuestro juicio, la entidad demandada no ha actuado conforme a dicho principio _ principio que debe regir en las relaciones del Estado con sus administrados_ pues se le ha creado a la asegurada en cuestión, una razonable esperanza de poder recibir una pensión de vejez normal, tras haberle recibido la Caja de Seguro Social sus aportes por más de 20 años, para posteriormente señalar que la asegurada no tiene derecho a recibirla, por no estar su situación expresamente contemplada en las normas que regulan la Caja de Seguro Social. Es contrario a la buena fe opina este Tribunal, pretender que la asegurada XXXXX cotizara nuevamente en la Caja de Seguro Social, para tener derecho a la pensión por vejez

*“Así pues, el tratadista Jesús González Pérez señala que “la aplicación del principio de la buena fe permitirá al administrado recobrar la confianza en que la Administración no va a exigirle más de lo que estrictamente sea necesario para la realización de los fines públicos que en cada caso concreto persiga. Y en que no le va a ser exigido en el lugar, en el momento ni en la forma más inadecuado, en atención a sus circunstancias personales y sociales, y a las propias necesidades públicas. Confianza, legítima confianza de que no se le va a imponer una prestación cuando sólo superando dificultades extraordinarias podrá ser cumplida, ni en un lugar en que, razonablemente, no cabía esperar. Ni antes de que lo exijan los intereses públicos, ni cuando ya no era concebible el ejercicio de la potestad administrativa. Confianza, en fin, en que en el procedimiento para dictar el acto que dará lugar a las relaciones entre Administración y Administrado, no va a adoptar una conducta confusa y equívoca que más tarde permita eludir o tergiversar sus obligaciones.” (GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS. *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*. Editorial Civitas, S. A. Segunda Edición. Madrid, España. 1989. pág. 69.)”. Sentencia de 26 de agosto de 1996, XXXXXX -vs-Caja de Seguro Social.”*

fe que sería básicamente el que le da pie, soporte o cabida justificativa al precepto de confianza legítima. Así las cosas, a nuestro juicio pareciera inferirse que la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia para poder emplear el principio de la confianza legítima hecha mano del artículo N°. 1109⁵³ del Código Civil panameño que regula el principio de la buena fe en materia contractual, para de ésta forma darle sustento al mismo dentro del marco jurídico, y a la vez apoyarse sobre él, en relación con la aplicación del precepto de la confianza legítima en materia del derecho administrativo.

3.3.- Circunstancias fácticas en las que se materializa el principio de confianza legítima:

De acuerdo a la doctrina jurídica alemana, la protección del principio de confianza legítima se puede ver materializado o puesto en ejecución en los siguientes casos: por la invalidación de los actos administrativos irregulares de gravamen; por la invalidez de los actos administrativos irregulares favorables; y por la revocación de los actos administrativos favorables válidos.

A continuación nos corresponderá examinar cada una de las circunstancias en las que se produce la protección del principio de la confianza legítima en relación con el derecho procesal administrativo.

3.3.1.- La invalidación de los actos administrativos irregulares de gravamen:

Tal como señalábamos con anterioridad, cualquier acto administrativo que establezca algún tipo de carga (acto gravamen), que *ocasiona un perjuicio a una persona* o a un administrado puede ser revocado ya sea de manera retroactiva o para el futuro (ex nunc o ex tunc), toda vez que es una potestad discrecional con la que cuenta exclusivamente la entidad pública que dictaminó la resolución administrativa, en la que se vio afectada una persona.

⁵³ El artículo N°. 1109 del Código Civil panameño dispone lo siguiente: “*Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conforme a la buena fe, al uso y a la ley.*

Se exceptúan los actos y contratos enumerados en el artículo 1113, los cuales no se perfeccionan mientras no consten por escrito, con especificación completa de las condiciones del acto o contrato y determinación precisa de la cosa que sea objeto de él.”

Ahora bien, el carácter discrecional se puede transformar de acuerdo con la jurisprudencia administrativa alemana en una actuación obligatoria para la Administración Pública que emitió el acto administrativo, siempre y cuando se produzcan las siguientes circunstancias:

- 1.- Cuando se palpe de forma manifiesta y obvia la existencia de una actuación de carácter ilegal.
- 2.- Si la situación que se generó producto del acto administrativo resulta a todas luces inaceptable e imposible su realización.
- 3.- Si el acto administrativo afecta la buena fe.

Bajo estas condiciones o circunstancias, la persona afectada no tendrá ningún tipo de objeción, o problema si el acto administrativo de gravamen que goza de invalidez deje de tener efecto para su ejecución o validez, por afectarle injustificadamente.

3.3.2.- La invalidación de los actos administrativos irregulares favorables:

Se trata de las circunstancias en las que la Administración del Estado dicta un acto administrativo declarativo o constitutivo de derechos en favor del o los administrados, o en su defecto se mejora una situación o condición que anteriormente poseía una persona y después pretende dejarlos sin valor. Así las cosas, éste tipo de actos que ya han reconocido derechos previamente adquiridos en favor de determinadas personas o sujetos no pueden ser invalidados o desconocidos por la propia entidad pública que los emitió, ya que el administrado beneficiario está confiado de la fuerza jurídica del acto anteriormente emitido, y cualquier violación o cambio afectaría el principio de confianza legítima, que sirve como instrumento o herramienta de protección ante la Administración Pública⁵⁴.

⁵⁴ La legislación alemana ha considerado que la invalidación indebida de un acto administrativo en el que se concedían derechos en favor de determinadas personas puede ser susceptible de indemnización en razón de los perjuicios ocasionados a favor del destinatario del acto invalidado. Así las cosas, en relación a ésta compensación o resarcimiento debemos señalar que: *“Dicha indemnización será fijada por la propia autoridad administrativa, la cual debe poner en la balanza la protección de la confianza y los intereses públicos que están en juego. El afectado por la invalidación en este caso tendrá el plazo de un año a contar de la notificación de la invalidación para exigir la indemnización (párrafo 3 del §48).”* (BERMÚDEZ SOTO, JORGE; ob. Cit., página N°. 5).

Así las cosas, resulta pertinente destacar que la ley de procedimiento administrativo de Alemania ha considerado que no es posible alegar el principio de confianza legítima por parte de un administrado al cual se le ha revocado un acto declarativo o constitutivo, si previamente el mismo ha incurrido en las siguientes faltas administrativas:

- 1.- Que el beneficiario haya obtenido el acto administrativo a través de fraude, amenaza o cohecho.
- 2.- Que se haya dictaminado el acto administrativo a partir de las bases de indicaciones, antecedentes inexactos o incompletos que se constituirían en elementos esenciales y primordiales para la emisión del acto administrativo a favor del administrado.
- 3.- Si el propio beneficiario del acto administrativo tenía conocimiento de la irregularidad en relación a su emisión; o en el supuesto que no teniendo conocimiento del mismo, había incurrido en una falta o negligencia grave.

3.3.3.- La revocación de actos administrativos favorables válidos:

La normativa alemana contempla la posibilidad de revocar aquellos actos administrativos en firme con contenido favorable, pero únicamente cuando se presenten determinados casos expresamente tizados dentro de la Ley. Los efectos de ésta revocación operan de forma ultractiva o hacia el futuro.

Entre los casos o las circunstancias en los que se pueden revocar los actos administrativos favorables válidos y en firme encontramos los siguientes:

- 1.- En las circunstancias o casos en que la propia ley establezca de forma expresa la posibilidad de revocar el acto administrativo, o en aquellos casos en que el acto administrativo posea o establezca de forma taxativa alguna cláusula de revocación.
- 2.- Si dentro del acto administrativo media alguna cláusula de carácter condicional, y ésta ha sido incumplida por el propio beneficiario de la medida.
- 3.- Cuando la autoridad competente no debió de haber emitido el acto administrativo, ya que no tomó en consideración las circunstancias reales o que se estaban presentando para dictar el mismo; o en los supuestos en que la revocación del interés público se encuentre bajo intimidación (Ej. En el caso en que medie una amenaza para el Estado, o se pueda presentar un Estado de urgencia).
- 4.- En las circunstancias en que la revocación evite o elimine serias desventajas en favor de la comunidad.

3.3.4.- Otros casos:

El principio de legítima confianza puede de igual manera ser empleado en materia de contratación pública, en los supuestos en los que el Estado le promete a un determinado contratista que le va a otorgar determinadas primas, bonificaciones e incentivos que hacen que el particular acepte el contrato, y con posterioridad la Administración del Estado procede a revocarle las promesas efectuadas al contratista, existe entonces una violación al principio de la buena fe, a la seguridad jurídica y a la confianza de aquella persona que depositó sus esperanzas que iba a contar con dicha cantidad de dinero para ejecutar el contrato, pero que en la práctica nunca llega a recibir⁵⁵.

3.4.- Características particulares del principio de confianza legítima, de acuerdo con la doctrina jurídica:

Dentro del presente apartado, expondremos aquellas reglas o cánones que nos **permitirán identificar** si resulta pertinente la aplicación del principio de confianza legítima, como límite a la actuación indebida de la Administración Pública, siendo los mismos a saber:

A.- Cuando media una situación de ilegitimidad producida por la administración, ésta estará en la obligación de revocar el acto ilegítimo procediendo a invalidarlo. Cabe destacar que de acuerdo con la intangibilidad del principio de juridicidad, la invalidación puede variar⁵⁶.

⁵⁵ Vinculada con ésta circunstancia encontramos la sentencia del Tribunal Supremo de España, del 30 de junio de 1995, que estableció lo siguiente en relación a unas primas concedidas por la Administración a un particular o contratista: *“Cuando el particular, movido por dicha invitación de la Administración, acepta la misma y cumple los condicionamientos impuestos por aquélla, desarrollando la actividad por aquélla promovida, comprometido en tal empresa sus medios personales, financieros y materiales, su confianza en la oferta de la Administración no puede verse defraudada por ésta posteriormente; pues amén de la correcta vinculación jurídico-negocial que toda oferta acepta entraña, se infringiría con ello el principio doctrinal de la “confianza legítima” y el constitucional de la seguridad jurídica.”*

⁵⁶ Sobre esta temática en particular debemos señalar que: *“(…) En efecto, la invalidación debería variar en sus efectos, distinguiendo tres momentos para su entrada en vigor: a) desde la dictación del acto invalidado (ex tunc); b) desde la dictación del acto invalidatorio (ex nunc) o; c) desde un momento posterior, atendida la situación particular del interesado. En estos dos últimos dos casos, en especial en el último, la Administración Pública ha debido ponderar el principio de protección de la confianza; de no hacerlo, el acto invalidatorio tendría siempre efecto retroactivo.”* (BERMÚDEZ SOTO, JORGE. Ob. Cit., página Nº. 11).

B.- De acuerdo a los señalamientos previamente establecidos, resulta pertinente hacer un breve análisis de aquellos casos en los que es posible aplicar el principio de confianza legítima, cuando ha mediado precedentemente un acto administrativo invalidado.

B.1.- En los casos en los que estén en juego o se encuentre de por medio prestaciones de carácter económicas o monetarias⁵⁷.

B.2.- Cuando las obligaciones contraídas entre el Estado y los administrados se hicieron sobre la base de la confianza de la legitimidad del acto administrativo favorable⁵⁸.

B.3.- A causa de circunstancias en las que surjan situaciones de actos desfavorables, pero en las que la Administración del Estado deberá primero tener en cuenta el interés de los terceros que se puedan ver afectados producto de la invalidación⁵⁹.

⁵⁷ En virtud del principio de confianza legítima, si un acto administrativo se revoca producto de la presunta alegación de una situación de ilegitimidad producida por la administración, y la naturaleza propia del acto administrativo invalidado involucra o conlleva la emisión de prestaciones económicas, deberá entonces la desautorización o abrogación tener vigencia únicamente hacia el futuro, o en un instante posterior con efectos ultractivos, lo cual se traducen en el hecho que deberán conservarse todas aquellas prestaciones devengadas o pagadas.

⁵⁸ Si la celebración de un contrato administrativo entre el Estado y un contratista se llevó a cabo bajo la promesa de que la Administración del Estado iba a cumplir con la realización del pago de una determinada cantidad de dinero o el otorgamiento de determinados incentivos, lo que generó la confianza en que el contratista celebrara y ejecutara el contrato; pero con el transcurrir del tiempo dicha promesa o confianza que inicialmente fue el motivo básico que generó la constitución o suscripción de dicho contrato no se llega a realizar; existe una vulneración entonces al principio de confianza legítima por parte del Estado, en contra del Administrado.

Así las cosas, la Administración Pública estará en la obligación de asumir los perjuicios que se generen en contra del administrado, a causa de la variación injustificada de criterio, procediendo de ésta manera a indemnizarlo para mantener la vigencia del precepto bajo estudio.

⁵⁹ Una prueba típica de estas circunstancias, es cuando un mismo acto administrativo desfavorable u otro similar se ha aplicado a terceros, o cuando ha supuesto una inversión o desembolso. Como muestra de este último caso podemos señalar la introducción de una mejora tecnológica en el proceso productivo.

B.4.- La Administración del Estado no puede revocar o dejar sin efecto un acto administrativo desfavorable o de gravamen que tiene valor, máxime si dicho criterio es el que ya ha sido aplicado a varios administrados, o se ha repetido de forma acostumbrada <costumbre administrativa> en situaciones similares⁶⁰.

C.- En otro orden de ideas, debemos señalar que si el presunto beneficiario o administrado genera una situación de ilegitimidad que produce que la emisión del acto administrativo le beneficie sin razón legal alguna, entonces no es posible la aplicación del principio de confianza legítima⁶¹.

Para concluir debemos señalar que todo parece apuntar al hecho que debe de ser invocado el principio de confianza legítima en el momento en el que se emplea de forma lesiva una determinada norma jurídica (por ser injustificada su aplicación), o se dictamina un acto administrativo por parte de la Administración Pública que lesiona derechos previamente adquiridos o simplemente se aparta de los criterios tradicionalmente seguidos <costumbre administrativa>, generando con ello una afectación a la confianza, seguridad y entereza de las personas destinatarias de la norma que no esperaban cabalmente una reacción normativa o un comportamiento diferente al comúnmente ejercido.

⁶⁰ Al respecto debemos tener presente que: “(...) *la protección de la confianza de aquéllos que no se benefician con la revocación del acto administrativo desfavorable, fundada además en el principio de igualdad en la aplicación de la ley, impone que dicho acto se conserve.*” (BERMÚDEZ SOTO, JORGE. Ob. Cit., página N°. 12).

⁶¹ Si ha mediado influencia ilegítima directa del administrado para la emisión injustificada del acto administrativo, la confianza no se ve por ningún motivo vulnerada a causa de la invalidación del mismo, lo cual trae como consecuencia que no se llegue a indemnizar al presunto afectado, ya que ha existido un vicio del consentimiento.

Una de las conductas a través de las cuales se puede materializar la influencia ilegítima por parte del administrado es cuando el mismo procede a **ocultar o falsear los datos o la información que se le solicita**, con el ánimo de obtener algún tipo de resultado beneficioso para el mismo, al momento de conseguir la expedición de un acto administrativo. Un ejemplo de esto ocurre cuando se pretende obtener una licencia de construcción a partir de haber facilitado datos inexactos. Evidentemente que en estos casos no es posible solicitar una indemnización.

3.5.- Requisitos para la aplicación del principio de la confianza legítima:

A continuación procederemos a enunciar las exigencias que acuerdo a la jurisprudencia española, se solicitan para la aplicación del principio de confianza legítima:

A.- Deberá existir un acto administrativo concluyente que provoque en el afectado alguno de los siguientes tipos de confianza:

- 1.- Confianza del afectado en que la Administración actúa correctamente.
- 2.- Confianza del afectado en que es lícita la conducta que sostiene respecto de la relación entre la Administración y su persona.
- 3.- Confianza del afectado en que sus expectativas como interesado son razonables.

B.- Que la Administración Pública de muestras (signos externos) que insinúen u orienten al ciudadano hacia la realización de una determinada conducta⁶².

⁶² Respecto a éste requerimiento, la sentencia del 8 de junio de 1990 del Tribunal Supremo español dispuso que: “(...) <<Como ya tiene declarado esta Sala en reiteradas sentencias, de las que son una muestra las de 1 de febrero y 3 de mayo de 1990, en el conflicto que se suscita entre la “estricta legalidad” de la actuación administrativa y la “seguridad jurídica” derivada de la misma, tiene primacía esta última, por aplicación de un principio, que aunque no extraño a nuestro Ordenamiento jurídico bajo el epígrafe de bona fides, ya fue recogido en nuestra S. de fecha 28 de febrero de 1989, cual es el principio de “protección de la confianza legítima del ciudadano” al actuar de la Administración, que ha sido asumido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, de la que forma parte España, cuyo principio es de aplicación, no cuando se produzca cualquier tipo de convicción psicológica subjetiva en el particular, sino cuando dicha “confianza” se basa en signos o hechos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes, para que induzcan racionalmente a aquél, a confiar en la “apariencia de legalidad” de una actuación administrativa concreta, moviendo su voluntad a realizar determinados actos e inversiones de medios personales o económicos, que después no concuerdan con las verdaderas consecuencias de los actos que realmente y en definitiva son producidos con posterioridad por la Administración, máxime cuando dicha “apariencia de legalidad”, que indujo a confusión al interesado, originó en la práctica para éste unos daños o perjuicios que no tiene por qué soportar jurídicamente>>.”

C.- Que se trate de un acto administrativo individual que reconoce una situación jurídica perdurable, y en la que se tiene la confianza que puede mantenerse por el transcurso del tiempo.

D.- La existencia de una causa idónea que genere o induzca la existencia de una confianza legítima en favor del afectado, la cual no podrá generarse por mera negligencia, ignorancia o mera tolerancia de la Administración.

E.- Que el administrado haya cumplido a cabalidad con los deberes y obligaciones que se le exigían para el caso administrativo en concreto.

3.6.- Los efectos de la aplicación del principio de confianza legítima en el derecho administrativo:

En primera instancia, el principio de confianza legítima es una herramienta al servicio de los administrados ya que permite que se restrinja la actuación de la Administración Pública en los casos en los que ésta se encuentra facultada de emitir actos administrativos discrecionales, o contrarios a las potestades regladas.

En otro orden de ideas, debemos señalar que la aplicación del principio de confianza legítima garantiza la igualdad de trato de la Administración del Estado, para con todos los ciudadanos. En éste sentido, podríamos señalar con temor a equivocarnos que éste canon bajo estudio nos garantiza que la ley se deberá aplicar por igual⁶³.

Otro de los efectos beneficiosos que genera la aplicación y ejecución del canon de confianza legítima radica en el hecho que las esperanzas o las expectativas con las que contaban los administrados sobre un determinado beneficio, o criterio, o política mantenida por la Administración Pública no puede ser defraudada⁶⁴.

⁶³ La sentencia del Tribunal Supremo de España, del 23 de junio de 1992 estableció en relación a esta garantía de igualdad de trato de los ciudadanos que: “<<Siendo por otra parte de recordar que el principio de seguridad jurídica – art. 9.3 de la Constitución- que reclama una protección de la “confianza de los ciudadanos en que sus pretensiones van a ser resueltas de modo igual para todos, sin discriminaciones justificadas”.

⁶⁴ Con relación al tema de la ausencia de defraudación de las esperanzas con las que cuentan los ciudadanos, la sentencia del Tribunal Supremo de España, del 15 de abril de 2002 dispuso que: “(...) el principio de protección a la confianza legítima, relacionado con los más tradicionales, en nuestro ordenamiento, de la seguridad jurídica y la buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, comporta, según la doctrina del Tribunal de

De acuerdo al principio de confianza legítima, si la Administración del Estado lesiona las esperanzas o expectativas que aspiraban las personas que se iban a mantener, pero repentinamente varía dicho criterio, éstas últimas podrán solicitar que se les indemnice o se le resarza por la frustración de no habersele cumplido con las perspectivas que originalmente percibieron de las entidades públicas, y en las que medió un cambio radical de política o decisión de parte de las instituciones estatales⁶⁵.

4.- El principio de buena fe como elemento complementario e informador del principio de la confianza legítima:

Expresada la estrecha vinculación directa que existe entre los principios de la confianza legítima y el de la buena fe, es necesario hacer un análisis o estudio pormenorizado de este último, con la intención de determinar sus características, peculiaridades y particularidades tal como hemos realizado en páginas anteriores en relación con el principio de la confianza legítima en el derecho administrativo.

4.1.- Noción en relación con el principio de la buena fe:

Previo a la instrucción o análisis que efectuaremos en relación con el principio de la buena fe, se hace necesario proceder a definir, puntualizar o precisar cual es el concepto o la noción de éste precepto que acometeremos su estudio.

Así las cosas, para el maestro GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, el concepto de buena fe o *bona fides* debe ser entendido como: “Concepto moral y psicológico expresivo de una actitud recta, justa u

Justicia de la Comunidad Europea y la jurisprudencia de esta Sala, el que la autoridad pública no pueda adoptar medidas de primacía de esta última sobre aquélla, cuando la Administración mediante actos externos inequívocos mueve al administrado a realizar una actividad que le origina unos necesarios desembolsamientos económicos (...).”

⁶⁵ La sentencia del 12 de julio de 1999, del Tribunal Supremo de España enfatizó sobre el particular lo siguiente: “(...) el principio de la confianza legítima puede comportar la anulación y, cuando menos, obliga a responder en el marco comunitario de la alteración sin reconocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su condición económica y proporcionada al interés público en juego y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias, de las circunstancias económicas y estables, generalizadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento.”

*honestas en la conciencia del sujeto del derecho, productora de importantes consecuencias en el orden jurídico. En la esfera de los derechos de obligaciones supone el cumplimiento de las prestaciones estipuladas. En el orden procesal permite al juez, al indagar su existencia, apartarse de la letra del contrato.*⁶⁶

En tanto que el Doctor GULLERMO CABANELLAS, define el concepto de buena fe de la siguiente manera: *“Rectitud, honradez, hombría de bien, buen proceder. Creencia o persuasión personal de que aquel de quien se recibe una cosa, por título lucrativo u oneroso, es dueño legítimo de ellas y puede transferir el dominio. Modo sincero y justo con que uno procede en los contratos, sin tratar de engañar a la persona con quien los celebra. Convicción de que el acto realizado es lícito. Confianza en la certeza o verdad de un acto o hecho jurídico. Buena intención. Ingenuidad, candor, inocencia. Carencia de recelo.*⁶⁷

Por otra parte, el profesor MANUEL OSORIO conceptualiza el principio de la buena fe en los siguientes términos: *“Convencimiento, en quien realiza un acto o hecho jurídico, de que éste es verdadero, lícito y justo. El concepto tiene extraordinaria importancia en materia contractual y de derechos reales (propiedad, posesión, servidumbre, etc.), así como también en materia de prescripción.*⁶⁸

Del conjunto de definiciones en relación con el principio de la buena fe, debemos establecer que el mismo demandará la exigencia de una conducta honesta, recta y justa en relación a la actuación de parte de uno o varios sujetos; circunstancia tal que repercutirá en consecuencias importantes de orden jurídico a partir de las cuales se generará confianza entre las personas. En virtud de lo precedentemente señalado, el principio de la buena fe lo podemos enmarcar o ubicar dentro de la categoría de los principios generales del derecho⁶⁹.

⁶⁶ GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, FAUSTINO (1982). *Diccionario de Derecho Romano* (3ª. Ed.). Madrid (España): Editorial Reus, S.A., página N°. 81.

⁶⁷ CABANELLAS, GUILLERMO (1972). *Diccionario de Derecho Usual* (Tomo I, 7ª. Ed.). Buenos Aires (Argentina): Editorial Heliasta S.R.L., páginas N°. 299-300.

⁶⁸ OSSORIO, MANUEL (1989). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires (Argentina): Editorial Heliasta S.R.L., página N°. 92.

⁶⁹ En relación a si debemos considerar el principio de la buena fe como un principio procesal, el maestro GONZÁLEZ PÉREZ nos comenta que: *“No parece correcto considerar al de buena fe un principio del proceso, como no es infrecuente considerarlo en la doctrina, sino una proyección del principio en el*

Así las cosas, la influencia que genera la buena fe en las actuaciones entre personas, genera una confianza cierta o verdadera en el sentido que se está actuando de forma leal, lícita y correcto, con carencia de recelo alguno. Un tanto ligado con esta idea, debemos señalar que se considerarán como actuaciones contrarias a la buena fe, aquellas conductas que encierren: engaño, denigración, fraude, dolo, abuso del derecho, fraude de la ley⁷⁰, etc.

En este sentido, la aplicación del principio de la buena fe en el derecho administrativo conlleva que la actuación que demandará la sociedad o los administrados para con la Administración del Estado implicará una conducta honesta, recta justa, leal, correcta, lícita y objetiva de esta última en relación con las personas, de forma tal que se fortalezca la confianza en ella depositada por parte de los administrados, lo que nos recuerda aquel aforismo romano que señala que: "*Fides bona contraria est fraudi et dolo*" (La buena fe es contraria al fraude y al dolo).

En relación a la noción de la buena fe analizada desde el punto de vista de la jurisprudencia debemos señalar que: "(...) *significa confianza, seguridad y honorabilidad basadas en ella, por lo que se refieren sobre todo al cumplimiento de la palabra dada; especialmente, la palabra fe, fidelidad, quiere decir que una de las partes se entrega confiadamente a la conducta leal de otra en el comportamiento de sus obligaciones, fijado en que ésta no le engañará.*"⁷¹

ámbito del Derecho procesal." (GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS. Ob. Cit., página N°. 274).

⁷⁰ Ligado con éste tema debemos indicar respecto de aquellas conductas lesivas a la buena fe lo siguiente: "(...) *si por buena fe ha de entenderse el cumplimiento leal, honrado y sincero de nuestros deberes para con el prójimo, y el ejercicio también leal, honrado y sincero de nuestros derechos... no cabe la menor duda de que no actúa de buena fe el que los ejercita anormalmente con carácter antisocial, excediéndose de los límites normales, ni tampoco el que trata de burlar la ley, amparándose en un precepto de cobertura para lograr un resultado prohibido por el Ordenamiento jurídico o contrario al mismo, constituyendo el primer caso abuso del derecho, y el segundo el fraude de ley.*" (RUIZ DE VELASCO (1976). *La buena fe como principio rector del Ordenamiento jurídico español en relación con las prohibiciones del fraude de la ley y del abuso del derecho*. RGLP, página N°. 560).

⁷¹ Sentencia del Tribunal Supremo de España, del 24 de junio de 1969, la cual guarda estrecha concordancia con la del 5 de enero de 1980, dictamen último este que señaló lo siguiente: "*Cuando unas determinadas personas, dentro de un convenio jurídico, han suscitado con su conducta contractual una confianza mutua y fundada, conforme a la buena fe, en una determinada situación, no debe defraudar esa confianza suscitada, y es inadmisibles toda actuación*

4.2.- Relación entre el principio de la buena fe y el principio de la legítima confianza:

Durante el desarrollo del siglo XX, el papel de la Administración del Estado ha empezado a tener un papel protagónico a nivel de la vida social de las personas, lo que de una u otra forma ha fomentado que las actividades de carácter económico se regularan y sistematizaran a través de un derecho positivo, lo que ha propiciado la participación e intervención de las Administraciones Públicas. Y es por ello, que con el transcurrir del tiempo han empezado a ganar terreno mecanismos, principios y preceptos que limitan la actuación desenfrenada y abusiva de las entidades públicas respecto de los administrados; y un ejemplo de ello son los principios de la legítima confianza y de la buena fe.

La regla básica sobre la cual debemos partir es aquella en la que el principio de la buena fe rige las relaciones entre la Administración y los administrados, de allí que se señala que respecto de la misma que: “(...) *la buena fe remite a una creencia del sujeto sobre la licitud jurídica de su propia actuación, se aminoran las consecuencias negativas de los actos contrarios a Derecho, y, por el contrario, se agravan para el que obra de mala fe.*”⁷²

Es importante destacar que el desarrollo conceptual del principio de la buena fe se ha desarrollado de forma paulatina, y prueba de ello ha sido que la propia jurisprudencia administrativa española reconoció la aplicación del mismo de forma *generosa* a favor tanto de la propia Administración Pública como de los administrados⁷³.

Así las cosas, con el transcurrir del tiempo se fueron perfeccionando, perfilando y afinando los casos en los que debían

incompatible con ella, por la sencilla razón de que, como ya viene dicho, la exigencia jurídica del comportamiento coherente está vinculada de manera estrecha a la buena fe y a la prestación de la confianza.”

⁷² PARADA, RAMÓN (2008). *Derecho Administrativo I* (Parte general), 17ª. Ed. Madrid (España): Editorial Marcial Pons, página N°. 377.

⁷³ En relación con esta temática debemos indicar respecto de la jurisprudencia administrativa española que: “*Con anterioridad, la Jurisprudencia administrativa había hecho una aplicación generosa del principio de buena fe, tanto a favor como en contra del Administrado, premiando la ingenuidad y castigando la astucia o picardía en las más diversas materias (potestad discrecional, expropiación, relaciones contractuales, sanciones, etc.)*.” (PARADA, RAMÓN, ob. Cit., página N°. 378).

aplicarse el principio de la buena fe, terminando por emplearse cuando una de las partes actúa en contra de sus propios actos, abusa de la nulidad por motivos formales, ejerce un derecho con retraso o abusa de sus prerrogativas.

Tal como hemos apuntado con anterioridad, tanto los principios de la confianza legítima como el de buena fe, se encuentran más que directamente interrelacionados entre sí, a tal punto que la doctrina jurídica ha llegado a señalar que el precepto de la confianza legítima lo podemos ubicar de forma tardía como una manifestación o especialidad propia de la buena fe; toda vez que la Administración Pública está obligada a no alterar o variar su conducta o comportamiento en el caso que la misma haya generado en el administrado expectativas razonables que se iba a continuar manteniendo el mismo criterio tradicional o costumbrista <costumbre administrativa>⁷⁴.

Una adecuada conducta honesta, leal e íntegra por parte de la Administración Pública provoca que se proteja y reafirme la confianza que fundamentalmente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno, e impone el deber de coherencia en el comportamiento, al igual que instruye un deber de coherencia en el tráfico sin que sea dable defraudar la confianza que fundadamente se crea en los demás⁷⁵.

⁷⁴ La certidumbre o convicción de que la Administración del Estado continuará con la adopción de un similar criterio hace pensar que con ello se limitan las facultades con la que cuentan las entidades públicas de revocar sus propios actos administrativos de forma unilateral, o en su defecto se les obligaría a indemnizar las afectaciones que producirían a causa de los cambios tradicionales de criterios empleados, garantizando de esta forma también otro de los pilares asociados tanto a los principios de buena fe y confianza legítima, como lo vendría siendo el principio de *seguridad jurídica*. (Cfr. PARADA, RAMÓN. Ob. Cit., página N°. 378).

⁷⁵ A las cosas, por ejemplo en la sentencia del Tribunal Supremo de España, del 22 de septiembre de 2003 se ha reafirmado ésta noción en relación con ambos principios y la misma ha dispuesto que: *“Tanto la doctrina del Tribunal Constitucional como la jurisprudencia de este alto considera que el principio de buena fe protege la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno e impone el deber de coherencia en el comportamiento propio. Lo que es tanto como decir que dicho principio implica la exigencia de un deber de comportamiento que consiste en la necesidad de observar de cara al futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever y aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de los actos propios, constituyendo un supuesto de lesión a la confianza legítima de las partes venire contra factum propium.”*

Si bien es cierto, en la República de Panamá ocurre lo mismo que sucede en España, en el sentido que no existe una ley o normativa jurídica que regule dentro de las disposiciones de derecho administrativo el reconocimiento y aplicación del principio de la buena fe al ámbito administrativo⁷⁶, creemos que en virtud del artículo N°. 13⁷⁷ del Código Civil patrio es posible la aplicación del precepto de la buena fe por analogía al derecho administrativo, en especial cuando se hace mención de la posibilidad de emplear las reglas generales del derecho, que no son otra cosa más que los principios del derecho que informan el sistema jurídico⁷⁸.

Para PICO i JUNOY, el principio general de la buena fe se puede traducir en uno de los instrumentos más eficaces a través del cual se pueden hacer valer los conceptos de carácter ético o moral dentro del ordenamiento jurídico; e inclusive se ha llegado a señalar por parte de la doctrina jurídica en relación con los principios generales del derecho que éstos subsisten y subsistirán aunque no se hayan consagrado dentro de una norma jurídica, en virtud de la importancia que los mismos poseen,

⁷⁶ Recordemos que en España, para el año 1979 se procedió a reformar el Código civil español y en el artículo N°. 7 del mismo se estableció la obligación de ajustar la conducta a los requerimientos de la buena fe, ya que las exigencias de ajustar las actuaciones de la administración y de los particulares a conductas ligadas a la buena fe era únicamente un *deber ético*, siendo una actuación contraria sancionable únicamente en el orden moral o en las relaciones económicas.

Hoy en día, en España podemos señalar respecto de la aplicación de principio de la buena fe lo siguiente: “(...) *Lo que eran deberes éticos, sólo sancionables en el orden moral o en el de las relaciones económicas, se han convertido en obligaciones legales cuyas infracciones hasta se tipifican como transgresiones jurídico-administrativas sancionables por la Administración o incluso como delitos que, previo el proceso penal con las debidas garantías, podrán castigarse con las penas asimismo tipificadas en la Ley penal.*” (GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS. Ob. Cit., página N°. 23).

⁷⁷ El artículo N°. 13 del Código Civil panameño establece que: “Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional, las reglas generales de derecho, y la costumbre, siendo general y conforme con la moral cristiana.”

⁷⁸ En relación a la importante transformación que se ha suscitado de los principios éticos, hacia su positivización dentro del ordenamiento jurídico debemos indicar sobre el particular que: “(...) *en esta conversión de la Ética en Derecho, ha sido decisiva una corriente legislativa de protección a los más débiles, de la que son claros exponentes las legislaciones sobre protección de los consumidores y usuarios, y sobre condiciones generales de la contratación.*” (GONZÁLEZ PÉREZ, JESUS. Ob. Cit., página N°. 24).

pero su positivización generalmente va aparejada a la intensión que no quede dudas de su existencia o conocimiento⁷⁹.

Ahora bien, debemos tener presentes que los principios generales del derecho tienen como primera misión y visión la de informar al Ordenamiento Jurídico, pero en la práctica éstos no pueden ser invocados de manera inmediata, si éstos no están tipificados dentro de una normativa jurídica⁸⁰.

4.2.1.- La seguridad jurídica, la confianza legítima y la buena fe:

El principio de seguridad jurídica tiene un espectro de aplicación sumamente extenso en el ordenamiento jurídico, por lo que se entrelaza forzosamente con los cánones de confianza legítima y de buena fe⁸¹.

El principio de seguridad jurídica presupone la garantía por el respeto y el cumplimiento apegado a lo establecido por el ordenamiento

⁷⁹ La tendencia en la actualidad en relación con los principios generales del derecho es ubicarlos en las Constituciones de los diversos países o estados, ya que: "(...) quizás, no existe lugar más adecuado que aquella norma que ocupa el más alto grado en la jerarquía de las fuentes. Pero tampoco puede considerarse incorrecto el Título preliminar del Código civil por ser –dice DÍEZ PICAZO- <<algo así como el pórtico de todo el Ordenamiento jurídico>>, <<y no es lo mismo tener una pieza o una maquinaria en la puerta, donde todo el mundo la ve y se le puede ocurrir utilizarla, que tenerla olvidada en un rincón escondido del edificio.>>" (DÍEZ PICAZO, LUIS. Citado por GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS. Ob. Cit., páginas 31-32).

⁸⁰ En este sentido, la sentencia española del Tribunal Supremo del 6 de julio de 1981 estipuló lo siguiente: "Como es sabido, los principios generales de Derecho..., si bien tienen carácter informador del Ordenamiento jurídico, no tienen aplicabilidad inmediata sino en defecto de ley exactamente aplicable al punto controvertido."

⁸¹ Un claro ejemplo en el que podemos palpar dicha realidad es en la exposición de motivos de la Ley 4/1999 de España <que ha modificado la anterior normativa de procedimiento administrativo común>, y en la que se establece lo siguiente: "En primer lugar, en el Título preliminar se introducen dos principios de actuación de las Administraciones públicas, derivado del de seguridad jurídica. Por una parte, el principio de buena fe, aplicado por la jurisprudencia contencioso-administrativa incluso antes de su recepción por el Título preliminar del Código civil. Por otra, el principio, bien conocido en el derecho procedimental administrativo europeo y también recogido por la jurisprudencia contencioso-administrativa, de la confianza legítima de los ciudadanos en que la actuación de las Administraciones públicas no puede ser alterada arbitrariamente."

jurídico, a efectos de asegurar una certidumbre en las relaciones con el Poder público⁸².

La seguridad jurídica tiene como objetivo que se respete la confianza humana ante una determinada situación; específicamente en relación con las actuaciones concretas que tienen que ver con el comportamiento coherente de los sujetos con los que nos relacionamos, así como también respecto de la Administración Pública para con los administrados.

La buena fe incorpora el valor ético de la confianza. Confianza en la forma de actuación que cabe esperar de la persona con que nos relacionamos⁸³. Además que el principio de buena fe es oponible frente al Estado, ya que producto de su condición y naturaleza la Administración del Estado debe actuar con transparencia, honradez y sin ningún tipo de doblez. E inclusive esta misma concepción es recogida por la Ley que regula el Procedimiento Administrativo General en la República de Panamá, específicamente en su artículo N°. 34⁸⁴.

Para el jurista PICO i JUNOY el principio de seguridad jurídica adquiere una importancia clave en conjunto con el de la buena fe, al indicar que: “(...) *el principio de seguridad jurídica es un bien que, <a priori, puede configurarse como el fundamento constitucional del principio*

⁸² Al respecto, la sentencia del Tribunal Constitucional de España 46/1990, del 15 de marzo señaló respecto del principio de seguridad que: “(...) *el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas.*”

⁸³ Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS. Ob. Cit., página N°. 77.

⁸⁴ Artículo 34, de la Ley panameña N°. 38/2000, del 31 de julio: “*Las actuaciones administrativas en todas las entidades públicas se efectuarán con arreglo a normas de informalidad, imparcialidad, uniformidad, economía, celeridad y eficacia, garantizando la realización oportuna de la función administrativa, sin menoscabo del debido proceso legal, con objetividad y con apego al principio de estricta legalidad. Los Ministros y las Ministras de Estado, los Directores y las Directoras de entidades descentralizadas, Gobernadores y Gobernadoras, Alcaldes y Alcaldesas y demás Jefes y Jefas de Despacho velarán, respecto de las dependencias que dirijan, por el cumplimiento de esta disposición.*

Las actuaciones de los servidores públicos deberán estar presididas por los principios de lealtad al Estado, honestidad y eficiencia, y estarán obligados a dedicar el máximo de sus capacidades a la labor asignada. (Las negrillas son nuestras)

*de la buena fe, en la medida en que los valores de lealtad u honestidad que incorpora inducen a las personas a actuar conforme a una determinada manera con la seguridad de que el resto lo va a hacer de acuerdo a la lógica expectativa de tales valores. Así, cuando dicha expectativa no se cumple debido a una intervención maliciosa, se está vulnerando la seguridad jurídica creada en la persona que actuó de buena fe>>.*⁸⁵

En definitiva, el principio de seguridad jurídica garantiza una estabilidad en beneficio o favor de los administrados ya que tienen la certeza que se las normas se deberán aplicar de forma objetiva y leal, lo que genera una confianza en relación con las decisiones que se adopten dentro de un determinado Estado, al igual que las disposiciones legales no variarán o mutarán a cada rato. También el principio de seguridad jurídica asegurará la aplicación del principio de igualdad.

4.3.- El principio de la buena fe como límite a determinadas conductas, y como soporte de otras:

Dentro del presente apartado, procederemos a examinar la importancia que tiene el principio de la buena fe, frente a actuaciones indebidas tales como: el fraude a la Ley y el abuso del derecho. De igual manera estudiaremos la relación que existen entre la equidad y la buena fe, como pilares del comportamiento humano.

4.3.1.- La buena fe y el fraude de la Ley:

*El fraude a la ley podemos definirlo como: “Conducta de quienes, para eludir el cumplimiento de la ley aplicable al acto, según los principios del Derecho Internacional Privado, varían el lugar de celebración sometiéndose a otro ordenamiento. El fraude a la ley se ha considerado en diversos casos causa de nulidad de los actos jurídicos.”*⁸⁶

Como podemos observar, a través de ésta conducta uno o varios sujetos pretenden burlar la ley, amparándose bajo otro mecanismo o instrumento con el fin de obtener un resultado contrario al que exige el ordenamiento jurídico, actuando de ésta manera contrario a una conducta leal, honesta, recta que no es otra cosa más que el principio de la buena fe.

⁸⁵ PICO i JUNOY, JOAN. Citado por GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS. Ob. Cit., página N°. 79.

⁸⁶ OSSORIO, MANUEL. Fraude a la Ley. Ob. Cit., página N°. 327.

Cuando se deja de aplicar la norma específica para la solución de un determinado caso, y a través de otro subterfugio se busca la aplicación de otra disposición distinta, se estaría incurriendo en fraude a la ley, ya que no es el comportamiento leal y honesto con el que la sociedad pretende que actúen las personas⁸⁷.

Como colofón del estudio de ésta temática debemos señalar que la buena fe se ve transgredida en el momento que se ejercita un derecho que si bien es cierto así lo contempla la norma jurídica, ésta no es la forma normal o idónea como debería ser aplicada o empleada la norma dentro de un conflicto o situación que requiere de una solución, ya que se estaría embromando el propio ordenamiento jurídico, que no cumpliría entonces con su papel de efectividad.

4.3.2.- La buena fe y el abuso del derecho:

La regla general en cuanto a la utilización del derecho es que éste se emplee de forma justa y equitativa, no abusando o ejercitando de forma anormal de determinados derechos que son consagrados dentro de la Ley, con la finalidad de dañar e ir en contra de los patrones sociales de conductas adecuadas dentro de la sociedad, además de excederse de los límites normales o racionales, burlando la exigencia del comportamiento adecuado dentro del proceso y se escuda en un determinado precepto con la intención de lograr un resultado indebido o contrario al que demanda el ordenamiento jurídico⁸⁸.

Así las cosas, el principio de la buena fe pretende servir de instrumento o de guía para limitar aquellas actuaciones que sobrepasan los valores y conductas socialmente permitidas o aceptadas que en principio son contempladas en el ordenamiento jurídico, su utilización o el

⁸⁷ En relación al fraude de la ley y el principio de la buena fe, debemos señalar que: *“Mientras que es la contravención de este comportamiento leal y honesto lo que sanciona el principio de la buena fe, con abstracción de que se haya tratado de amparar en norma distinta. No concurren dos normas jurídicas. Al valorar su aplicación no hay que tener en cuenta dos normas: la de cobertura y la realmente aplicable. Lo que el principio conlleva no es impedir que se legitime una conducta en norma dictada con otra finalidad. Presupone una actuación ajustada a la norma jurídica aplicable y al acto que la legitima; pero no es la que podía esperarse de la relación de reciprocidad.”* (GONZÁLEZ PÉREZ, JESUS. Ob. Cit., página N°. 38).

⁸⁸ Cfr. JOVANÉ BURGOS, JAIME JAVIER (2011). *El abuso del derecho (teoría de los actos antinormativos)*. Panamá (Panamá): Editorial Cultural Portobelo, páginas N°. 173-174.

ejercicio de un determinado derecho de manera desproporcionado se termina transformando en una actuación de carácter abusiva.

En este sentido, debemos indicar que el ejercicio abusivo de un derecho, así como cualquier actuación de carácter engañosa presupone la ausencia o falta de buena fe.

Como colofón a ésta temática podemos señalar que no existirá abuso del derecho, cuando nos encontremos con límites legales expresos o formales de un derecho que se haya definido por la propia ley; pero ante una ausencia de los mismos se deberá echar mano del principio de la buena fe, quien será el llamado a restringir aquellas actuaciones de carácter abusivas.

4.3.3.- La buena fe y la desviación de poder:

La noción de desviación de poder se refiere al ejercicio de potestades administrativas para fines distintos a los establecidos en las normas o las disposiciones legales del ordenamiento jurídico. En este sentido, el uso que hace la Administración del Estado alejada del fin o del logro del descrito como conducta idónea de parte de una entidad pública constituiría una desviación y la falta de cumplimiento de los objetivos para los cuales el derecho le ha otorgado un poder a las Administraciones Públicas, lesiona la estricta legalidad⁸⁹.

⁸⁹ Consideramos pertinente transcribir los pronunciamientos en los que el Tribunal Supremo español se ha expresado en relación con el concepto de desviación de poder. Así tenemos que en la sentencia del 13 de mayo de 1994 se estableció que: “(...) *La ley, al contemplar la desviación de poder, lo hace refiriéndose al ejercicio de las potestades administrativas para fines distintos de los fijados en el ordenamiento jurídico. A esto conviene añadir estas precisiones; a) que esos distintos fines pueden ser públicos o privados, y b) que la desviación de poder es un vicio de la causa del acto administrativo.*”

De la sentencia del 16 de marzo de 1999 podemos extraer las siguientes ideas básicas o fundamentales en relación con la desviación de poder: “*La desviación de poder, (...) es definida en nuestro ordenamiento jurídico como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico y de este concepto legal, la doctrina y la jurisprudencia destacan las siguientes notas características:*

- a) *El ejercicio de potestades administrativas abarca subjetivamente toda la diversidad de órganos de la Administración Pública, en la extensión que a este concepto legal le reconoce la Ley.*
- b) *La actividad administrativa tanto puede consistir en un hacer activo como en una deliberada pasividad, cuando concurre en el órgano administrativo competente una obligación específica de actuación positiva, de conformidad con la reiterada jurisprudencia de esta Sala (...)*

Por ejemplo, en la sentencia del 24 de mayo de 2001 el Tribunal Supremo español llegó a indicar que para poder determinar si puede considerarse que existe una desviación de poder en una determinada actuación, se hace necesario demostrar o acreditar los hechos o elementos suficientes para convencer a los tribunales de justicia que la Administración Pública acordó realizar su actuación de acuerdo a los principios de legalidad administrativa, pero en la práctica ha realizado una actuación diferente a la que pretende o aspira que se cumpla por parte de la norma⁹⁰.

La prueba de la desviación de poder es un requisito que debe ser cumplido a cabalidad por parte de quien ejercita la pretensión de reconocimiento del efecto invalidatorio del acto, ya que tanto la doctrina jurídica como la jurisprudencia administrativa entiende que los actos administrativos en principio están revestidos de legalidad, de allí que se señale que *la Administración goza de la presunción de obrar de buena fe*, y en función de los intereses públicos.

-
- c) *Aunque el terreno más apropiado para su prolífico desarrollo es el de la llamada actividad discrecional de la Administración, no existe obstáculo que impida, apriorísticamente, su aplicación a la actividad reglada, pues si el vicio de desviación de poder es más difícil aislarlo en el uso de las potestades o facultades regladas, no lo es menos que nada se opone a la eventual coexistencia genérica en los elementos reglados del acto producido, precisamente para encubrir una desviación del fin público específico asignado por la norma (...).*
- d) *La desviación de poder puede concurrir con otros vicios de nulidad del acto, pues si la doctrina jurisprudencial ha tendido a adoptar la posición que sostiene que las infracciones legales tienen un trato preferente y deben resolverse en primer término para restablecer por el cause del recurso jurisdiccional el derecho vulnerado, lo cierto es que la existencia de otras infracciones den el acto administrativo no excluye y antes bien posibilita y es medio para lograrla, la desviación de poder (...).*"

⁹⁰ Por tales razones, es necesario que quien juzga, se haya convencido de la inadecuada utilización de las potestades o las facultades administrativas con las que cuenta la Administración del Estado. Existe la premisa de la existencia de una finalidad legalmente asignada como deber inexcusable de la Administración. Se exige entonces una adecuada exposición o demostración de que las motivaciones que generaron la emisión del acto administrativo fueron ajenas al interés público concreto de la potestad inferida por el Ordenamiento. (Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS. Ob. Cit., página N°. 102).

4.3.4.- La buena fe y el principio de proporcionalidad:

El principio de razonabilidad o proporcionalidad ha venido ocupando cada vez más un lugar importante como contrapartida a las actuaciones indebidas realizadas por la Administración Pública, específicamente en materia del procedimiento administrativo sancionador.

En esencia éste principio lo que postula es una adecuación entre medios y fines, entre las medidas utilizadas y las necesidades que se tratan de satisfacer⁹¹. Así las cosas, se establece en relación al mismo que: “(...) *La Administración debe siempre emplear medios <<suficientemente proporcionados>>, en relación a la finalidad perseguida y a los obstáculos que se opongan a su realización. Debe elegir los medios menos restrictivos de la libertad (S.s de 29 de marzo de 1965, 10 de junio de 1977 y 15 de junio de 1981. Ar. 2924), los que resulten menos lesivos a los derechos de los particulares (S. de 14 de febrero de 1977); no imponer ninguna carga, obligación o prestación más gravosas que las que sean necesarias para cumplir con las exigencias del interés público.*”⁹²

Así las cosas, pareciera deducirse que una actuación de carácter desproporcionada sería contraria a la buena fe, ya que se adoptaría una conducta que no es normal o que generaría desconfianza, siendo entonces contraria a una actitud honesta, recta y normal que debería esperarse. No podría por ningún motivo considerarse como habitual o acostumbrado que se exija un determinado requisito o una determinada actuación más allá de lo que es necesario exigir para cumplir el fin perseguido⁹³.

⁹¹ Como podemos observar, éste vital e importante principio busca que exista una adecuación entre medios y fines, de modo que la Administración pública *no establezca ninguna sanción, obligación, gravamen, carga o prestación imposible de realizar*, que la que sea indispensable para cumplir con las exigencias del interés público.

⁹² GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS. Ob. Cit., páginas N°. 106-107.

⁹³ Debemos entender entonces que no actúa de buena fe el que grava a otro innecesariamente, el que impone limitaciones superiores a las necesarias para cumplir la finalidad pretendida, o exige prestaciones desmesuradas a las que por lógica deberían solicitarse.

4.3.5.- La equidad y la buena fe:

Debemos de concebir en palabras de CASTÁN el concepto de equidad como el criterio de justicia, individualizado y adecuado a las particularidades de cada caso concreto, pero adaptado a los principios generales del Derecho.

Así las cosas, podemos establecer en cuanto a la naturaleza de la equidad que: *“(...) Su misión es templar el rigor de las leyes positivas y corregir o suplir sus deficiencias a fin de decir lo que el legislador habría dicho si se hubiera enfrentado efectivamente con el pensamiento en ese caso y formular lo que el legislador habría formulado en su ley, si él hubiere previsto tal caso.”*⁹⁴

En el caso específico del derecho administrativo, debemos señalar que existe una estrecha vinculación entre la buena fe y la equidad, debido a que esta última figura como límite al ejercicio de determinadas potestades administrativas como por ejemplo podemos mencionar la revocación o la anulación de los actos administrativos, las cuales no pueden ejercitarse en el supuesto que su ejercicio vaya en contra de la equidad.

Sobre el tema de la equidad y su aplicación a casos específicos es pertinente señalar que: *“(...) aplicar una solución de equidad no significa de ningún modo emplear un criterio de benevolencia; se trata, simplemente, de hacer justicia, o si se quiere, de llegar a la justicia del caso.”*⁹⁵

Para finalizar, debemos establecer que existen casos o circunstancias en las que tanto el derecho como la justicia deberán de recurrir, abrigarse o socorrerse en el principio de la equidad jurídica.

4.4.- La aplicación del principio de la buena fe en el derecho administrativo:

El pensamiento tradicional que reinaba antiguamente en cuanto a la aplicación del principio de la buena fe en el derecho, era que el mismo debía de aplicarse o emplearse únicamente en materia contractual. Ello nos recuerda aquel principio en latín que establecía que: *“Bonan fidem in*

⁹⁴ GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS. Ob. Cit., página N°. 47.

⁹⁵ Cfr. Sentencia del 20 de mayo de 1987, proferida por el Tribunal Supremo de España.

contractibus considerari aequum est” (Es justo atenerse a la buena fe, en los contratos).

Empero la tendencia hoy en día es que el principio de la buena fe debe de extenderse y aplicarse a todos los demás supuestos en los que tengan incidencia los derechos subjetivos⁹⁶.

Sin mácula de dudas no se puede negar que las Administraciones públicas son entes u organismos de carácter abstracto, que requieren para su operatividad de personas físicas o naturales de carne y hueso, las que de una u otra forma están sujetas a poder incurrir en vicios, defectos o aplicar el ejercicio del poder de forma arbitraria. Por tal motivo, se exige que las actuaciones que éstas realicen se apeguen tanto a la Ley, así como también a los principios generales del derecho, de allí la necesidad de aplicar el precepto de la buena fe en sus acciones.

En cuanto a la aplicación del principio de legalidad en materia administrativa, debemos señalar que no necesariamente deberán aplicarse siempre y de forma exclusiva las disposiciones de derecho administrativo, ya que la doctrina jurídica entiende que también es factible el empleo de los principios generales del derecho, y dentro de éstos podemos encontrar *el principio de la buena fe*⁹⁷.

⁹⁶ Ahora bien, es importante destacar que existe un sector de la doctrina que considera que no es posible la creación de una teoría general de la buena fe aplicable al derecho público. En este sentido, FERNANDO SAINZ MORENO sustenta su base en que: “(...) *en el primer trabajo sobre el tema en Derecho administrativo, destaca como razones que podrían oponerse a una construcción unitaria, las siguientes: diferencia cuantitativa de las partes entre las que se establece la relación jurídico-administrativa; el principio de legalidad que rige la actuación administrativa; y distinta naturaleza de los intereses en juego.*” (SAINZ MORENO, FERNANDO. Citado por GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS. Ob. Cit., página N°. 51).

⁹⁷ Sobre el particular, la doctrina ha dispuesto que: “*El principio de legalidad no conlleva que cuantas controversias puedan surgir en el ámbito de las relaciones administrativas deban resolverse exclusivamente por las normas que rigen la actividad de la Administración, sin que tenga cabida la aplicación de la buena fe. <<El que sólo sea legítima la actuación administrativa cuando cuenta con una cobertura legal previa no implica que esa actuación quede sometida exclusivamente a la norma que la ampara. La cobertura legal previa condiciona ab initio la legalidad de la actuación administrativa, pero no agota, en modo alguno, la regulación íntegra de esa actuación>>.*” (GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS. Ob. Cit., página N°. 53).

Tal como lo habíamos mencionado con anterioridad, el principio de la buena fe al igual que los demás cánones o principios generales del derecho sirven como mecanismos o instrumentos para limitar a la Administración Pública, en especial cuando nos situamos frente actos administrativos discrecionales, en donde quedará abierto el campo para que los entes públicos actúen a criterio personal y libremente. En virtud de tales señalamientos, debemos entonces concluir que el principio de la buena fe se extiende a toda actividad de las Administraciones Públicas, al igual que a las relaciones que existen entre éstas y los administrados.

La doctrina jurídica ha dispuesto en relación con la aplicación del principio de la buena fe en el derecho administrativo que: *“El principio general de la buena fe es un principio del Ordenamiento jurídico español. Rige en todos sus sectores. Y, por supuesto, en el administrativo.*

No sólo del Ordenamiento jurídico español, sino de la generalidad de los Ordenamientos jurídicos y, especialmente, de los hispanoamericanos, como ha destacado la doctrina administrativa.”⁹⁸

En este mismo orden de ideas, debemos señalar que existen países hispanoamericanos como Uruguay, Perú, México, Venezuela, Brasil, Honduras, Costa Rica, Bolivia y Chile en los que se ha procedido a positivizar dentro de sus respectivos ordenamientos jurídicos, el principio general de la buena fe en materia de derecho administrativo⁹⁹.

Notables exponentes del derecho civil español tales como DE CASTRO, VALLET DE GOYTISOLO señalan respecto a los principios generales, que en el supuesto que una norma legal contraviniese un principio general del derecho, independientemente del rango de aquella, procedimiento y mayoría con que se hubiese aprobado, quedaría tan sólo en una regla con pretensiones de justicia, que no sería derecho, sino sólo arbitrariedad.

⁹⁸ GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS. Ob. Cit., páginas N°. 54-55.

⁹⁹ En relación con la acción de positivizar un principio jurídico dentro del ordenamiento jurídico hay que tener presente que: *“Si el principio jurídico existe con independencia de que haya sido acogido en una norma legal, su consagración legislativa no supone que pierda aquel carácter. Cuando un principio se positiviza, no pierde su carácter principal, no se produce una transformación de esencia normativa que transforma un principio general en parte de la ley; seguirá siendo principio general de Derecho y también norma jurídica de aplicación inmediata, y no sólo en defecto de ley o de costumbre.*

(...) Los principios siguen siendo principios aunque se recojan en una ley o se consagren como derecho fundamental.” (GONZÁLEZ PÉRES, JESÚS. Ob. Cit., página N°. 120).

Autores como el profesor GONZÁLEZ PÉREZ señalan que el principio de la buena fe cuando se aplica en el marco del derecho público puede tener inclusive un alcance mucho mayor del que el tradicionalmente ha tenido; ya que el mismo se entrelaza con el *principio de lealtad institucional* como criterio rector, el cual facilita la colaboración y cooperación entre las Administraciones Públicas.

El principio de la buena fe además de ser aplicado o empleado como instrumento limitador de las actividades discrecionales que realiza la Administración Pública, de igual manera puede utilizarse para suplir o llenar los vacíos en las normas legales o en donde medie algún tipo de incongruencia por parte del sistema jurídico.

De hecho la doctrina también maneja la teoría que el principio de la buena fe puede contribuir a humanizar las relaciones que existen entre administradores y administrados, al igual que también sirve para restituir o reponer la confianza entre estos dos (2) sujetos de la relación administrativa, que pareciera que su tendencia cada vez más es irreconciliable¹⁰⁰.

¹⁰⁰ En éste sentido, nos llama mucho la atención que: *“La realidad administrativa se nos presenta como dos mundos distintos, netamente diferenciados y rígidamente separados: las Administraciones públicas y los administrados, los que detentan el poder y los que lo sufren, los que mandan y los que obedecen. Dos mundos entre los que existe hasta una barrera material de separación: la ventanilla. (...) Para un sector de la opinión pública, la Administración no es otra cosa que un conjunto de ventanillas donde se hace cola. Y últimamente para volverse la vista a esta incuestionable realidad de nuestra vida administrativa.*

Se utiliza el término en el más amplio sentido de toda barrera material que separa al funcionario del administrado en un despacho abierto al público. Desde aquella tradicional ventanilla por la que asomaba la cabeza aquel inefable personaje de Mihura llamado el señor Hernández hasta la más reciente barrera de vidrio de las oficinas de información de las Administraciones tecnocráticas.

(...) Esa barrera de madera o de metal tiene, por otra parte, el carácter de tabú, puesto que detiene las reclamaciones intempestivas. (...) La reclamación violenta es, por otra parte, una maniobra peligrosa, un sacrilegio en relación al rito, del que las consecuencias más inmediatas son: la inacción sistemática del que está detrás de la ventanilla y la oposición general de todo el servicio, cubriendo y protegiendo a uno de los suyos como si el mismo hubiera sido puesto en peligro en su principio y su totalidad. (...) No hay diálogo, sino actitud de subordinación para la obtención de un servicio, generalmente pagado. Las relaciones con la Administración se presentan a este nivel –dic DEROCHE– como dialéctica del señor y del esclavo.” (GONZÁLEZ, PÉREZ, JESÚS. Ob. Cit., páginas 131 y siguientes).

4.4.1.- El empleo del principio de la buena fe desde su vertiente de lealtad entre las Administraciones públicas:

La normativa jurídica española considera que debe existir un *principio de lealtad institucional* entre las distintas administraciones públicas de forma tal que coexista una adecuada cooperación y colaboración entre las diversas Administraciones Públicas.

Así las cosas, el principio de la buena fe estudiado a partir de su vertiente de lealtad respecto de las demás entidades públicas exige que se respeten las funciones y atribuciones competenciales entre unas y otras Administraciones Públicas, de forma que no exista ningún tipo de interferencias. En este sentido, se busca que las distintas instituciones públicas del Estado se comporten adecuadamente en función del deber de lealtad que de ellas se esperaría en relación a su actuación, como lo haría cualquier persona u hombre de bien.

De igual manera se considera como una actitud de lealtad (como parte el principio de la buena fe), en función de las demás entidades públicas que entre ellas se faciliten la información que cada una posea y que les sirva esta documentación para desarrollar o llevar a cabo el ejercicio de sus propias competencias.

También forma parte de una actitud de lealtad entre las administraciones públicas el que éstas se brinden una cooperación y asistencia activa, mutua y continua en virtud de la conveniencia de ayuda para el desarrollo de las actividades competenciales inherentes a sus funciones¹⁰¹.

4.5.- Circunstancias fácticas en las que generalmente se emplea el Principio de la Buena Fe:

En el presente apartado, procederemos a indicar aquellos casos en los que puede ser posible el empleo del principio de la buena fe, como mecanismo para contrarrestar cualquier conducta deshonesto o indigna por parte de la Administración del Estado.

¹⁰¹ Se exceptúa del cumplimiento de ésta cooperación y asistencia, cuando el ente del que se solicita la ayuda, no se encuentre facultado para brindarla, o no posea la cantidad de medios suficientes para ello, o en el caso que así lo haga pudiera producir un perjuicio grave a los intereses cuya tutela tiene encomendada o al cumplimiento de sus propias funciones.

- A.- Cuando se le ejerce el derecho de petición por parte del administrado frente a la Administración Pública¹⁰².
- B.- En los actos administrativos de mero trámite de un procedimiento administrativo¹⁰³.
- C.- Cuando se emite un acto administrativo final, en firme o definitivo¹⁰⁴.
- D.- En actos de ejecución¹⁰⁵.

¹⁰² El derecho de petición es una prerrogativa reconocida en los ordenamientos jurídicos, e inclusive es un derecho consagrado tanto en la Constitución Política de la República de Panamá, al igual que dentro de la Ley 38/2000 relativa al Procedimiento Administrativo General de Panamá.

Así las cosas, el derecho de petición se ejercita en los casos en los que el administrado pretende obtener una determinada información de la Administración Pública. En tal sentido, tanto la persona natural como la entidad pública, deberán actuar conforme al principio de la buena fe ya que por un lado la redacción del escrito que se presente deberá ser lo más respetuosa, al igual que los documentos que se aporten deben ajustarse a la estricta realidad (los interesados no deben actuar de modo temerario y deberán exponer los sucesos de acuerdo a la verdad); y por otra parte la Administración Pública no deberá excederse en la contestación de la solicitud presentada.

¹⁰³ En el supuesto que de comienzo un trámite o procedimiento administrativo ya sea de forma oficiosa por parte de la Administración Pública o por un administrado, ambos estarán en el deber de que su conducta sea clara, veraz, objetiva al momento de llevar a cabo cualquiera de las actuaciones procesales.

En éste sentido consideramos oportuno citar la sentencia del Tribunal Supremo de España de 21 de enero de 1992 que estableció lo siguiente: “(...) *no puede alegarse nulidad de actuaciones por indefensión cuando a lo largo del procedimiento los interesados actuaron representados por quien puso en conocimiento de ellos la existencia del expediente para que pudieran personarse en defensa de su derecho, es indudable que todos han aceptado y dado por buenas las actuaciones del representante.*”

Así las cosas, a partir del instante en el que el administrado brinda una información falsa o ilegítima a la Administración del Estado dentro de un proceso, se estaría actuando de forma contraria a la buena fe.

¹⁰⁴ Tal como señalábamos en relación al principio de confianza legítima, si producto de informaciones falsas se obtiene finalmente la emisión de un acto administrativo en favor de un determinado administrado se estará afectando el principio de la buena fe, ya que éstos cánones se encuentran ligados entre sí, porque simplemente la conducta estaba viciada.

De igual manera, puede afectarse el principio de la buena fe por parte de la Administración Pública cuando se dicta un acto administrativo final, en el supuesto en que ésta cambie la línea o la directriz tradicional o que por costumbre administrativa venía manteniendo, si no justifica las razones de su variación.

¹⁰⁵ Aquellas medidas o decisiones forzosas que adopte la Administración del Estado y que no eran de esperar ya que no son propias de una conducta normal,

E.- Al momento en que se efectúa una revisión de un acto dictado con anterioridad¹⁰⁶.

F.- En actuaciones de carácter procesal¹⁰⁷.

Otra circunstancia en la que se emplea el principio de la buena fe como límite a una conducta ilegítima, deshonesta y contraria al correcto proceder por parte de la Administración Pública, es cuando en materia de salud la institución de Seguridad Social le impide a una persona que cotice las cuotas de seguro social; y luego con posterioridad obliga a que el administrado cotice en contra de su voluntad¹⁰⁸.

De igual manera, se puede aplicar el principio de la buena fe frente al ejercicio de *potestades exorbitantes* que en la práctica se materializan éstas potestades administrativas específicamente en la contratación pública, a partir del instante en el que se introducen **variaciones unilaterales** sin ser debidamente sustentadas respecto de la modificación de los pliego de condiciones o cargos y especificaciones técnicas¹⁰⁹.

recta u honesta debemos entender entonces que violentan o contravienen el principio de la buena fe.

¹⁰⁶ La revisión de oficio y los recursos administrativos incurrirán en contradicción con el principio de la buena fe, en el caso que se pretenda darle a la anulación un alcance superior al que la buena fe obliga, bien por suponer un abuso de nulidad por motivos formales, por resultar extemporáneas o por otras razones distintas (Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS. Ob. Cit., página N.º. 148).

¹⁰⁷ En el ámbito procesal, se actuará contrario a la buena fe cuando una persona demanda o ejercita un determinado acto administrativo a través de la acción pública, buscando generar un daño a un tercero, toda vez que la presentación de dicha impugnación no genera a la larga un beneficio para la comunidad.

¹⁰⁸ Se considera una actitud de mala fe que la Tesorería General de la Seguridad Social se había negado a permitir la afiliación de determinados sujetos, y más tarde de acuerdo con la Sentencia del 15 de septiembre de 1992 del Tribunal Supremo de España: “(...) *pretende obligar a cotizar al actor, en contra de su voluntad, durante un período en que, si bien existía la absoluta obligación legal de cotización, sin embargo no se había gozado por culpa de la Administración de la plenitud de beneficios que ese sistema de protección general proporciona a sus afiliados.*”

¹⁰⁹ Sobre el particular, resulta oportuno citar la sentencia del Tribunal Supremo de España, del 17 de mayo de 1973 que señaló lo siguiente: “(...) *Si bien la finalidad de realización de una obra o servicio público a que responden los contratos administrativos, determina la necesidad de otorgar a la Administración una serie de facultades exorbitantes de Derecho común, que en esencia*

De igual manera, pudiéramos pensar que el principio de la buena fe sirve como límite frente a aquellos retrasos indebidos o injustificados por parte de la Administración del Estado, específicamente cuando nos encontramos frente a concursos de cátedra, en los que se dilata la apertura de una cátedra a concurso por muchos años con la indebida intensión de lesionar las posibles expectativas que han tenido varios profesores o aspirantes, para participar y ganarse una posición administrativa¹¹⁰.

4.5.1.- El principio general de la buena fe y el cumplimiento de las obligaciones:

La regla básica de acuerdo con el artículo N°. 1258 del Código Civil español y que es reproducido igualmente en el artículo N°. 1109¹¹¹

constituye una situación de desigualdad jurídica a favor del organismo público y entre las que sobresale, como muy importante, la de declarar unilateralmente la resolución del contrato, ello no significa que pierden su naturaleza de relación jurídica bilateral que exige no sólo el respeto a lo pactado, sino también que el ejercicio de estas facultades exorbitantes se acomode a las normas jurídicas por las que se rigen y que son, en esfera municipal, los preceptos del Reglamento de Contratación de corporaciones locales de 9 de enero de 1953, y en su defecto, las disposiciones aplicables a la Administración General del Estado y los preceptos pertinentes del Derecho privado (...).

(...) Que contra tal razonamiento no puede invocar –como lo hace la Corporación Municipal- el que el contratista debió ejecutar las obras con arreglo al segundo y después al tercer proyecto, redactados por el Arquitecto Municipal, aunque no hubiera sido aprobado por la Corporación ni por la Comisión Provincial de Servicios Técnicos, por constituir tales proyectos posteriores manifestaciones del ius variandi, que concede a la Administración como otra facultad exorbitante el artículo 53 del Reglamento citado, pues tal argumentación olvida, además que la imposibilidad material de realización que supone el que entre uno y otro haya tantas diferencias como entre ellos y el aprobado y único obligatorio para el contratista, al que esta facultad exorbitante se refiere a “variaciones de detalle que no alteren sustancialmente los pliegos de condiciones” (...)

(...) El concepto de “variaciones de detalle” no puede ampliarse, en un sentido sustancial como en el caso presente ocurre, con olvido del fundamental contenido del proyecto y de su realización.”

¹¹⁰ Así las cosas, con ésta conducta o actitud por parte de la Administración del Estado se lesiona la lealtad, la confianza, las expectativas, así como un lícito y correcto comportamiento al que los ciudadanos en sociedad aspiraban a que se actuara de una forma adecuada.

¹¹¹ Artículo N°. 1109 del Código Civil panameño: “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento

del Código Civil panameño, establece que en la ejecución de los contratos se deberá cumplir con el principio de la buena fe, lo que nos recuerda que: *“Bona fides exigit, ut, quod convenit, fiat”* (La buena fe exige que se haga lo que se convino).

Así las cosas, este mismo concepto debemos trasladarlo por analogía al derecho administrativo, ya que la aplicación del principio de la buena fe genera una garantía en beneficio o a favor tanto del administrado como de la Administración del Estado, por lo cual a nuestra consideración cabe perfectamente la aplicación de la analogía. De hecho el jurista DROMI ha señalado que: *“(…) la buena fe significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá en un caso concreto sus efectos usuales, lo mismo efectos que ordinaria y normalmente han producido en casos iguales.”*¹¹²

En materia contractual, los artículos previamente señalados tanto en la legislación española como la panameña establecen la posibilidad de realizar determinadas prestaciones contractuales que no se encuentren previstas inclusive dentro de la propia ley, pero que en virtud del principio de la buena fe se deberán ejecutar¹¹³.

A contrario sensu, el principio de la buena fe puede establecer que no se realice durante la ejecución del contrato una determinada conducta o actuación que aunque esté previsto dentro del contrato, sea opuesto o antagónico a la buena fe¹¹⁴.

De acuerdo con la doctrina jurídica en materia de derecho administrativo¹¹⁵, se considerará cumplida una obligación independientemente que se incurra en transgresiones cuando transcurran los siguientes sucesos:

de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conforme a la buena fe, al uso y a la ley. (...)

¹¹² DROMI, ROBERTO (1973). *Instituciones de Derecho administrativo*. Buenos Aires (Argentina): Editorial Astrea, página N°. 475.

¹¹³ Pareciera entonces que frente a ciertos vacíos jurídicos, el principio de la buena fe servirá como instrumento uniformador e informador para solventar ciertas dudas o incertidumbres que se puedan presentar al momento de ejecutar o desarrollar el contrato.

¹¹⁴ Un ejemplo de esta situación en particular ocurre cuando un bien inmueble es declarado en estado ruinoso y será próximo a ser demolido; resultaría entonces contrario a una conducta adecuada a la buena fe que se le ordene al dueño que deberá rehabilitar el mismo a través de un sinnúmero de obras.

¹¹⁵ Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, JESUS. Ob. Cit., página N°. 226.

A.- En el supuesto que falte una pequeña parte por realizar de la ejecución total del contrato pactado, ya que no es congruente de acuerdo con la buena fe, que se opte por la resolución contractual.

B.- No debería considerarse como incumplimiento contractual, el supuesto en el que ha mediado una ligera transgresión del plazo¹¹⁶.

4.5.2.- El principio de la buena fe y la extinción de las relaciones:

La noción básica sobre la cual debemos de partir radica en que si el principio de la buena fe es aplicable en etapas como el nacimiento de una obligación, el desenvolvimiento de las relaciones; de igual manera podrá emplearse al momento de la extinción de una relación o de un compromiso obligacional (contrato).

Así las cosas, no es válido que la propia Administración pública revoque los actos en los que ha reconocido derechos subjetivos en favor de determinadas personas. Ahora bien, es posible que se declare la nulidad de los actos en el supuesto que exista algún tipo de vicio, pero para ello se deberá acudir ante la jurisdicción administrativa. En tal sentido, es necesario que las potestades de revocación que posee la propia administración, se ejerciten dentro de estrictos límites.

En relación al principio de la buena fe como límite a las potestades de revocación debemos indicar que: *“(...) si la buena fe supone la confianza de la actitud de uno en relación a otro y la revocación no será posible respecto de actos de los que dimanen derechos subjetivos, sólo podrán ejercerse tales potestades cuando no exista relación, cuando no exista otra persona relacionada con la Administración.”*¹¹⁷

La doctrina jurídica ha considerado que el principio de la buena fe en el derecho administrativo tiene un mayor campo de aplicación cuando las potestades ejercitadas son de anulación, en vez de las de revocación.

¹¹⁶ De acuerdo con el profesor GONZÁLEZ PÉREZ, un ejemplo práctico ocurre cuando una persona se retrasa o demora un solo día en el pago de uno de los plazos. No parece conducta conforme a la buena fe que la Administración considere que se incumple una obligación por haberse pasado un (1) día el obligado en realizar el pago fijado por el contrato, lo que ocasionaría la extinción de este último, máxime si es una persona que por años ha cumplido fielmente las cláusulas contractuales relativas al pago. No es ésta la conducta leal y honesta que debería de esperarse de una persona normal.

¹¹⁷ GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS. Ob. Cit., página N°. 230.

Otra de las maneras también como actúa en sentido de beneficio el principio de la buena fe, es cuando se trata de modificar el Ordenamiento jurídico en virtud de las potestades normativas pero a través de disposiciones de inferior jerarquía (reglamentos) en relación con una Ley.

4.5.3.- El principio de la buena fe y la doctrina de los actos propios:

En el universo jurídico existe una regla o principio de derecho que establece que: “*venire contra factum proprium*” lo que implica que a nadie le es lícito venir contra sus propios actos. Este precepto se fundamenta de acuerdo con la doctrina jurídica, en virtud del principio de la buena fe.

Sobre la teoría de los actos propios la sentencia 198/1988, de 24 de octubre del Tribunal Constitucional español conceptualizó la doctrina de los actos propios de la siguiente manera: “(...) *significa la vinculación del autor a una declaración de voluntad, generalmente de carácter tácito, al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio.*”

En relación con la doctrina de los actos propios, consideramos pertinente transcribir un extracto de la sentencia del 27 de febrero de 1981, del Tribunal Supremo de España: “(...) *constituye un principio de Derecho civil, y de la Teoría general del Derecho, la inadmisión de la contradicción con una propia conducta previa, como una exigencia de fides que impone el mantenimiento de la palabra dada, la observancia de la buena fe, una de cuyas exigencias es la de impedir venire contra factum proprium: principios de la dogmática jurídica que han sido plenamente refrendados por la jurisprudencia (...) sobre la buena fe, y (...) sobre los actos propios.*”

Así las cosas, a través de la doctrina de los actos propios se busca que el autor de un determinado acto se vea obligado a aceptar las consecuencias vinculantes de sus acciones, y que más adelante no pueda alegar desconocimiento de las mismas; y realice una conducta totalmente distinta a la que se había comprometido¹¹⁸.

¹¹⁸ En este sentido, consideramos apropiado transcribir la sentencia del 20 de febrero de 2003 del Tribunal Supremo, en la que indicó en relación a la doctrina de los actos propios que: “*La regla según la cual no puede venirse contra los propios actos, negando todo efecto jurídico a la conducta contraria, se asienta en la buena fe o, dicho de otra manera, en la protección a la confianza que el acto o conducta que una persona suscita objetivamente en otra u otras. El módulo regulador es la objetividad, o sea, el entendimiento o significado que de*

De acuerdo con el insigne maestro EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, dentro de las características que nos permiten identificar la doctrina de los actos propios podemos enumerar las siguientes:

A.- La doctrina de los actos propios debemos ubicarlas dentro de las conductas humanas, en vez de los actos jurídicos. En tal sentido, se señala que no es suficiente la realización de cualesquiera actos, sino que éstos deberán contar de un grado de trascendencia, de forma que sean reveladores del designio del agente de definir la situación jurídica de su autor¹¹⁹.

B.- Los actos que van aparejados a la conducta de la persona, deben ser jurídicamente eficaces y válidos, de forma tal que si producen algún tipo de afectación a una determinada persona, ésta pueda impugnarlos. En este mismo orden de ideas, debemos señalar por ejemplo que en el supuesto que la Administración del Estado designe o nombre a una determinada persona en un cargo público, estará en la obligación de respetar dicha decisión en su integridad de facultades y efectos, con todas las consecuencias jurídicas que de ello se deriven, cualesquiera que sean las vicisitudes que se produzcan en el ejercicio de desempeño del cargo, en tanto no se obtenga la nulidad del acuerdo de nombramiento, o si fuera ilegal o lesivo a sus intereses¹²⁰.

acuerdo con los criterios generales de lograr en el tráfico jurídico ha de dársele a tal acto o conducta. Como expresa doctrina autorizada el centro de gravedad de la regla no reside en la voluntad de su autor, sino en la confianza generada en tercero, ni se trata en tal regla de ser una manifestación del valor de una declaración de voluntad manifestada por hechos o actos concluyentes. No es la regla una derivación de la doctrina del negocio jurídico, sino que tiene una sustantividad propia, asentada en el principio de buena fe.”

¹¹⁹ Con relación a la eficacia de los actos, la Sentencia del 28 de febrero de 1968 señaló que: “(...) Para que la doctrina de los actos propios pueda tener eficacia a efectos de prevalecer sobre cualquier otra situación posterior, es preciso que tales actos sean declarativos de derecho, esto es, constitutivos de convención, trascendentales en cuanto a la vinculación que comportan para quienes lo realizan, que inciden sobre situaciones, no simplemente válidas sino de notoria eficacia jurídica por venir de acuerdo con las exigencias del Derecho objetivo, lo que indudablemente no se produce cuando dichos actos se refieren a solución de situaciones de momento, cuya urgencia no ha permitido completar una titulación, que posteriormente un Ordenamiento jurídico adecuado regulariza, y como consecuencia de lo cual, lo meramente permitido bajo un régimen de tolerancia, no persiste cuando dicho Ordenamiento asume las consecuencias jurídicas que conceptualmente quedaban indeterminadas en estratos provisionales anteriores.”

¹²⁰ Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS. Ob. Cit., página N°. 243. Para el caso propio de la República de Panamá, parece que esta medida únicamente es

C.- La doctrina de los actos propios podrá emplearse sólo en el caso que la Administración Pública a través de actos jurídicamente eficaces, haya revelado su designio de definir una situación jurídica, al margen de la existencia o no de derechos subjetivos derivados del acto o actos administrativos reveladores de aquella conducta.

Resulta pertinente indicar que el principio de los actos propios se relaciona también de forma directa con el principio de igualdad, ya que lo más adecuado, ético y prudente es que si la Administración del Estado ha adoptado un similar o igual patrón de conducta o respuesta, pareciera que lo adecuado es que siga manteniendo la misma directriz o política sobre un mismo determinado sentido; por lo cual no le será ético y correcto que una conducta o planteamiento sostenido por muchos años, varíe de forma absoluta y diferente, frente a una misma circunstancia que se ha resuelto tradicionalmente en determinada manera, o así lo ha sostenido la Administración Pública en innumerables casos¹²¹.

Si la Administración ha venido actuando de manera distinta respecto de otro administrado, si lo ha hecho ilegalmente, no puede invocarse el principio de igualdad para privar de efectos al nuevo acto y que se perpetúe la infracción¹²².

Los estudios que se han realizado en función de la doctrina de los actos propios han determinado que la misma se sitúa dentro del sistema de las limitaciones de los derechos subjetivos¹²³.

aplicable a aquellos funcionarios que previamente hayan concursado bajo un sistema de oposiciones, competición o de méritos; y hayan obtenido una real estabilidad en el cargo en función de lo contemplado dentro de la Ley de carrera administrativa panameña.

¹²¹ En pocas palabras, la Administración debe al dictar sus resoluciones para circunstancias idénticas, mantener un criterio similar, y en los casos en los que no lo haga, se entenderá que ha faltado con el cumplimiento del principio de la buena fe.

¹²² Juristas como GONZALEZ PÉREZ sostienen que puede hablarse de *tradición de arbitrariedad*, que crea una situación de confianza en los administrados, de tal modo que sería impropio apartarse de la misma.

¹²³ Al respecto, puede confrontarse o remitirse como consulta a la obra *La doctrina de los actos propios*, del maestro Díez-Picazo. De igual manera, el profesor GONZÁLEZ PÉREZ nos recuerda que: "(...) es incuestionable que la norma que prohíbe ir contra los propios actos no limita su ámbito de aplicación a los supuestos de ejercicio de un derecho subjetivo, sino que se extiende a todos aquellos en que se produce una conducta de un sujeto en relación al nacimiento de la relación jurídica, ejercicio de los derechos subjetivos, cumplimiento de la

Ahora bien, es importante indicar de acuerdo con la sentencia del 28 de noviembre de 1997 en relación con la doctrina de los actos propios que: “(...) *la prohibición de ir contra los actos propios no constituye un principio absoluto, en cuanto, la vinculación a la conducta anterior que predica, lo es tan sólo con relación a “actos válidos y eficaces en Derecho”.*”

Es importante señalar que en estricto derecho, la doctrina o teoría de los actos propios debe ser empleada en aquellos actos administrativos en los que se reconoce o niega derechos u obligaciones, de allí que se señale que es aplicable a aquellas actuaciones administrativas que se realizan con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho¹²⁴.

De igual manera, es necesario para que la conducta se torne en vinculante, que los actos a realizar sean **jurídicamente eficaces**.

4.6.- Los efectos de la aplicación del principio de la buena fe dentro del derecho administrativo:

Dentro del referido apartado procederemos a analizar cuales son los efectos que genera el principio de la buena fe cuando nos encontramos frente a las siguientes situaciones: la invalidez de un acto administrativo, la conservación del acto, la excepción al ejercicio de derechos y potestades, el ejercicio inadecuado de un derecho, el incumplimiento de obligaciones, etc.

4.6.1.- Los efectos del principio de la buena fe frente a la invalidez del acto administrativo:

Si una determina disposición jurídica establece que queda prohibida cualquier actuación contraria a la buena fe, y se realiza un acto

obligación, y extinción de aquélla, así como en la actuación procesal.” (GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS. Ob. Cit., página N°. 248).

¹²⁴ Así tenemos por ejemplo que en la Sentencia del Tribunal Supremo de España, de 24 de septiembre de 2002 se señaló en relación a la teoría de los actos propios que: “*Una constante Jurisprudencia delimita los actos propios, contra los cuales no es lícito accionar, diciendo que son aquellos que por su carácter trascendental o por constituir convención causan estado, definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor, o, aquellos que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho, y exige, como requisitos, que tales actos sean concluyentes indubitados, definitivos y no viciados (...).*”

totalmente contrario a lo establecido por el derecho, se entenderá que tal acción es indebida y por tanto resulta inválida la misma.

Dentro de ésta categoría hay que analizar dos tipos de situaciones, siendo éstas las siguientes:

1.- En el supuesto que durante la realización del acto administrativo alguna de las partes que en él intervino se amparó en una conducta confusa, equívoca o maliciosa prohibida por el principio de la buena fe, en tal caso el resultado final no consistiría propiamente en decretar la invalidez, sino más bien *evitar que la conducta lesiva de la buena fe beneficie a la parte que se aprovechó de tal circunstancia.*

2.- En el supuesto que se lesione el principio de la buena fe por parte del administrado, le competirá a la Administración Pública determinar si en efecto ha existido en realidad una afectación del referido canon. En el caso que la violación al principio de la buena fe provenga de la Administración del Estado, la invalidez se hará valer a través de los procesos de revisión o a través de la demanda del acto administrativo¹²⁵.

Ligado con esta última situación en particular, debemos indicar que: *“(...) Si la Administración Pública, en el procedimiento para el perfeccionamiento del acto, incurre en una conducta confusa, equívoca o maliciosa, no podrá, ciertamente, beneficiarse de su conducta en contra del administrado que actuó confiado en ella. Pero tampoco vendrá obligada al mantenimiento de los actos que, como consecuencia de ella, hayan podido nacer contraviniendo el Ordenamiento jurídico: podrá ejercitar la potestad de revisión de oficio y sólo en mínima medida, como veremos, el principio de la buena fe constituirá un límite al ejercicio de las potestades de revisión.”*¹²⁶

¹²⁵ En relación a esta temática, GONZÁLEZ PÉREZ señala que: *“Se impone distinguir en razón de la persona que ejercitó el derecho o potestad.*

Porque cuando es el administrado, la posición de prerrogativa de la Administración, el principio de la decisión ejecutiva, supone la necesidad de ejercitar el derecho ante el órgano administrativo competente, que examinará la petición de su titular y decidirá acerca de su procedencia. De aquí que sea la propia Administración la que verificará si ello implica o no un atentado a la buena fe, y si, pese a ello, accede al ejercicio del derecho, el acto en que así se acuerde será inválido y podrá hacerse valer ante la Jurisdicción contencioso-administrativa. (...)

(...) Si es la Administración la que ejercita un derecho o potestad contra las exigencias de la buena fe, la invalidez únicamente puede hacerse valer en los procedimientos de revisión (administrativo o jurisdiccional) en cada caso admisibles. (...).” (GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS. Ob. Cit., página N°. 151).

¹²⁶ GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS. Ob. Cit., página N°. 177.

En conclusión, una conducta confusa, equívoca o maliciosa no podrá favorecer por ningún motivo ni a la Administración del Estado, como tampoco a la persona o el administrado que a través de dicha actitud se benefició.

4.6.2.- Los efectos del principio de la buena fe en relación a la conservación de los actos:

Tal como habíamos mencionado con anterioridad, si a través del principio de la buena fe puede decretarse la nulidad de los actos administrativos, a contrario sensu debemos entender que en virtud de la aplicación del mismo, determinados actos administrativos pueden mantenerse¹²⁷.

4.6.3.- Excepción en cuanto al ejercicio de derechos y potestades:

La aplicación del principio de la buena fe puede que en determinados casos no extinga el ejercicio de un derecho, pero sí puede limitar su ejercicio debido a su improcedencia. Un ejemplo de este tipo de circunstancias es cuando se le obliga a un determinado sujeto a realizar una prestación en una localidad improcedente¹²⁸; o que por el transcurrir del tiempo se esperaba que un determinado derecho no se iba a ejercitar¹²⁹; o que el derrotero que se pretende obtener resulta a todas luces desproporcionado con la realidad de las cosas.

¹²⁷ Por ejemplo se puede emplear en sentido favorable el principio de la buena fe respecto de la conservación de los actos administrativos cuando se produce un retraso desleal en el ejercicio de la pretensión anulatoria, que opera por vía de excepción frente al ejercicio de la pretensión anulatoria (Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS. Ob. Cit., página N°. 152).

¹²⁸ En relación con la ejecución del cumplimiento de la obligación en un lugar o sitio inadecuado, GONZÁLEZ PÉREZ nos indica que: “(...) *la catalogación del ejemplo de la elección de un lugar inadecuado para el cumplimiento de la obligación dependerá de que ello sea consecuencia de una intención de perjudicar por parte del sujeto activo del derecho, o no existiendo tal intención dolosa, sencillamente por no ser el lugar que, confiadamente, podría esperarse de la conducta del sujeto.*” (GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS. Ob. Cit., páginas N°. 198-199).

¹²⁹ La doctrina jurídica establece que puede existir una infracción del principio de la buena fe, si un determinado acto en el tiempo se ejerce, bien sea de forma prematura, o tardíamente (retraso desleal), o por ejemplo si se establece una obligación en un plazo inadecuado.

4.6.4.- Los efectos del principio de la buena fe como protección frente a las consecuencias perjudiciales del ejercicio inadecuado de un derecho:

En aquellos trámites administrativos en los que no exista una norma expresa en la que se detallen determinados requisitos en relación a la forma como deberá actuar la Administración Pública, el principio de la buena fe limitará las conductas lesivas provenientes de las entidades estatales.

Así las cosas, por lo general ésta práctica suele ocurrir cuando nos encontramos frente a actos administrativos relativos a notificaciones¹³⁰. En éste sentido, los administrados parten de la idea que rara vez se utilizará una medida de compulsión directa o conducción sobre las personas a las que se les deberá notificar de un acto o resolución administrativa¹³¹.

4.6.5.- Los efectos del principio de la buena fe frente al incumplimiento de las obligaciones:

La regla general implica que independientemente de la clase de obligación y de la naturaleza de una determinada prestación, el obligado deberá efectuar todos los requerimientos que se le solicitan de acuerdo o

Por ejemplo, en relación al retraso desleal como infracción del principio consistente en el ejercicio de una acción de impugnación de una licencia por parte de la Administración Pública, consideramos oportuno extractar la sentencia del 30 de octubre de 1980 del Tribunal Supremo de España que estableció lo siguiente: *“(...) cuando la construcción ya se encontraba en estado bastante avanzado, con lo cual los perjuicios se agigantan extraordinariamente; perjuicio que, en definitiva, no tendría que recaer sobre un particular que ha actuado con la cobertura de una licencia concedida por el organismo administrativo competente, sino sobre la propia Administración.”*

¹³⁰ *“El principio de la buena fe se ha invocado, también, precisamente, para que no opere la nulidad de actuaciones por infracción de la norma (...) sobre requisitos de la notificación cuando es el administrado destinatario de la misma el que pretende hacerla valer, una vez que ha decidido consentir el acto notificado y transcurrido un plazo más que prudencial para ejercer su derecho.”* (GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS. Ob. Cit., página N°. 156).

¹³¹ Si la Administración Pública viniera utilizando normalmente en los *procedimientos de notificación* fórmulas drásticas que luego nunca utilizaba, tal forma de actuar habría creado la confianza de que recibir una notificación en tal sentido no conllevaría la utilización de la medida de ejecución con que se amenaza (Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS. Ob. Cit., página N°. 211).

conforme a la buena fe. Así las cosas, si la Administración Pública o el administrado no cumple con sus deberes o responsabilidades, no habrá cumplido con la obligación que se le había indicado.

4.6.6.- El principio de la buena fe como límite de los efectos del incumplimiento de una obligación o carga:

El principio de la buena fe busca que se evite que a causa de un incumplimiento de una carga o de una obligación, se llegue a sancionar con consecuencias que sean contrarias a la lealtad y la confianza que debería existir o regir entre la Administración Pública y los administrados.

En el ámbito procesal, el principio de la buena fe ha provocado que en materia probatoria exista una inversión de la carga de la prueba, de manera que ésta última pueda ser aportada al proceso por aquella parte a la que se le facilita su presentación en un juicio, de manera que el juzgador tenga claridad al momento de fallar¹³².

4.6.7.- La Indemnización de los perjuicios como efecto de la vulneración del principio de la buena fe:

De acuerdo a la doctrina jurídica al igual que la jurisprudencia civil, se establece que aquella persona que violó las exigencias establecidas por el principio de la buena fe en relación con un comportamiento adecuado, debido, leal y correcto, estará en la obligación de resarcir los perjuicios que hay ocasionado con dicha actuación. Así las cosas, la infracción a la violación del principio de la buena fe es sancionable con el pago de una indemnización, siempre que

¹³² En relación con el derecho procesal administrativo y el principio de la buena fe debemos señalar que: *“En el ámbito procesal, el principio de la buena fe ha adquirido especial relieve en la actividad de instrucción y, concretamente, en la actividad probatoria, llegándose a desplazar la carga de la prueba cuando la contraparte –salvo la que no recaen los efectos perjudiciales de la falta de prueba- se encuentre en mejor posición para adoptar los medios probatorios que han de servir de base a la sentencia. Es indudable que el principio de la buena fe produce idénticas consecuencias en el procedimiento administrativo; es más, operaría con mayor razón, dada la posición de prerrogativa de la Administración en éste y sus potestades en la instrucción.”* (GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO, Comentarios a la LRJPA. Citado por GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS. Ob. Cit., página N°. 160).

se cumplan con los requisitos generales exigidos para la determinación real del daño y su relación de causalidad con la infracción¹³³.

5.- Conclusiones y recomendaciones:

1.- Los principios generales del derecho adquieren dentro del ordenamiento jurídico un papel clave y protagónico ya que son las bases o los pilares que soportan, fundamentan y le dan existencia a la ciencia del derecho, e inclusive pueden ser ubicados por encima del derecho positivo, circunstancia ésta a la cual no escapa el derecho público, en donde podemos también ubicar a la rama del derecho administrativo, a la de igual forma le son aplicables innumerables principios del derecho.

2.- El surgimiento del principio de confianza legítima tiene sus orígenes en el derecho alemán, y fue contemplado, tratado o descrito por primera vez dentro de la jurisprudencia del Tribunal Administrativo de Prusia, y con posterioridad es analizado y empleado por el Tribunal Constitucional Federal (BVerfG) de Alemania, en los procesos de constitucionalidad de las leyes.

3.- La aplicación del principio de confianza legítima del derecho alemán pasa a ser empleado por primera vez en el Derecho Comunitario, a través del Tribunal de Justicia de la Unión Europea entre los años 1956 a 1957, y con posterioridad es recogido por los restantes ordenamientos jurídicos de los distintos países que conforman la Unión Europea.

4.- El principio de confianza legítima dentro del derecho administrativo demanda la obligación por parte de la Administración Pública de mantener fielmente los criterios que tradicionalmente ha sostenido a través de sus actos administrativos, y que no varíe sin motivo o justificación la postura adoptada previamente, garantizando el respeto por una adecuada conducta y a su vez que se brinde seguridad jurídica hacia sus administrados.

¹³³ En relación a la indemnización de los perjuicios en el ámbito del derecho administrativo a causa de la infracción del principio de la buena fe, consideramos oportuno transcribir un extracto de la sentencia del Tribunal Supremo de España, del 21 de noviembre de 1986 la cual dispuso que: “(...) *el incumplimiento de la prestación debida, con imputable inobservancia de la obligación, impone al infractor el consiguiente resarcimiento de los daños ocasionados que en la hipótesis de dolo (que existiría cuando la transgresión se produjo voluntariamente con plena conciencia de la antijuricidad del acto) el quantum del resarcimiento es pleno e integral, conforme, a lo ordenado en el artículo 1107 del Código civil (...), pues la buena fe y la lealtad, principios básicos del derecho de obligaciones (...) obligan a su cumplimiento fiel.*”

5.- En la República de Panamá, ha operado la misma circunstancia que en el resto de los demás países de Europa, ya que el principio de confianza legítima se reconoció y empezó a aplicar por primera vez a través de la jurisprudencia Contenciosa-Administrativa (adoptada por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia), específicamente en los casos relacionados con la Seguridad Social, con la solicitud de requerimientos a un servidor público para ocupar una determinada posición, también en relación con el pago de las vacaciones de los servidores públicos, al igual que con aspectos puntuales de la contratación pública, etc.

6.- El principio de la confianza legítima es aplicable en el derecho administrativo cuando nos encontramos frente a actos declarativos o reconocedores de derechos por la Administración del Estado, y que con posteridad las propias entidades públicas pretenden revocar éstos actos administrativos dictados a favor de las personas sin justificación alguna, violándose de esta forma la regla general de: "*Venire contra factum proprium non valet*" (nadie puede ir válidamente en contra de sus propios actos).

7.- De acuerdo al principio de confianza legítima, se exige que las reglas de juego bajo las cuales deberán interactuar las entidades estatales tendrán que permanecer vigentes, cumplirse y obedecerse. Igual circunstancia ocurriría con la costumbre administrativa, lo que se traduce en el respeto de la confianza de las instituciones de un Estado de Derecho, garantizando así que las personas puedan contar con algún tipo de instrumento o herramienta que limite los poderes unilaterales de los que goza la Administración Pública.

8.- Tanto la jurisprudencia como la doctrina jurídica han establecido una serie de cánones que permitirán enjuiciar si en realidad puede utilizarse o no el principio de la confianza legítima en el derecho administrativo.

9.- El principio de confianza legítima en el derecho administrativo requiere para su funcionamiento de otra serie de pilares que también se encuentran directamente concatenados o correlacionados entre sí, y que le dan soporte a su actuación o fundamentación, como vendrían a ser los siguientes a saber: la seguridad jurídica y el principio de la buena fe.

10.- La seguridad jurídica busca el respeto de la confianza humana frente una determinada situación; específicamente al momento del comportamiento coherente de los sujetos con los que nos relacionamos, así como también respecto de la Administración Pública hacia los administrados y viceversa.

11.- La influencia que genera el principio de la buena fe en las actuaciones entre personas, genera una confianza cierta o verdadera en el sentido que se considerará que se está actuando de forma leal, lícita y correcta, con carencia de recelo alguno, razón por la cual se hace más que necesario y recomendable su aplicación diaria en nuestras vidas e interactuar.

12.- El principio de la buena fe ocupa una posición de notable importancia dentro del comportamiento de los seres en sociedad, ya que evita que se genere un grado de desconfianza; toda vez que deberá reinar la paz entre la Administración del Estado y los Administrados, porque de lo contrario se pudiera producir será un sentimiento de discordia de parte de los últimos hacia las Entidades Públicas.

13.- El principio de la buena fe, se ha terminado empleando en las circunstancias en las que las partes actúan en contra de sus propios actos, abusa de la nulidad por motivos formales, ejercita un derecho con retraso o abusa de sus prerrogativas.

14.- El principio general de la buena fe se puede traducir en uno de los instrumentos más eficaces a través del cual se pueden hacer valer los conceptos de carácter ético o moral dentro del ordenamiento jurídico.

6.- Bibliografía:

- Libros:

CASTILLO BLANCO, FEDERICO (1998). *La protección de confianza en el Derecho Administrativo*. Madrid (España): Editorial Marcial Pons.

CRETELLA, JUNIOR. Citado por FERNÁNDEZ VÁSQUEZ, EMILIO (1981). *Diccionario de Derecho Público*. Buenos Aires (Argentina): Editorial Astrea.

DE CASTRO, FEDERICO (1942). *Derecho civil de España* (3ª. Ed., Tomo I). Valladolid (España): Editorial Casa Martín

DROMI, ROBERTO (1973). *Instituciones de Derecho administrativo*. Buenos Aires (Argentina): Editorial Astrea.

GAMERO CASADO, EDUARDO; FERNÁNDEZ RAMOS, SEVERIANO (2009). *Manual básico de Derecho Administrativo* (6ª. Ed.). Madrid (España): Editorial Tecnos.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. Citado por FERNÁNDEZ VÁSQUEZ, EMILIO (1981). *Diccionario de Derecho Público*. Buenos Aires (Argentina): Editorial Astrea.

GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO, Comentarios a la LRJPA. Citado por

GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS (2009). *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. (5ª. Ed.). Navarra (España): Editorial Civitas de Thomson Reuters.

GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS (2009). *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. (5ª. Ed.). Navarra (España): Editorial Civitas de Thomson Reuters.

JOVANÉ BURGOS, JAIME JAVIER (2011). *Derecho Administrativo* (Tomo I). Panamá (Panamá): Editorial Cultural Portobelo.

_____ (2011). *El abuso del derecho (teoría de los actos antinormativos)*. Panamá (Panamá): Editorial Cultural Portobelo.

PARADA, RAMÓN (2008). *Derecho Administrativo I* (Parte general), 17ª. Ed. Madrid (España): Editorial Marcial Pons

PICO i JUNOY, JOAN. Citado por GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS (2009). *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. (5ª. Ed.). Navarra (España): Editorial Civitas de Thomson Reuters.

RUIZ DE VELASCO (1976). *La buena fe como principio rector del Ordenamiento jurídico español en relación con las prohibiciones del fraude de la ley y del abuso del derecho*. RGLP

SAINZ MORENO, FERNANDO. Citado por GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS (2009). *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. (5ª. Ed.). Navarra (España): Editorial Civitas de Thomson Reuters.

- Leyes:

Código Civil de la República de Panamá, Ley 2/1916, de 22 de agosto.
Ley 38/2000, del 31 de julio, que regula el Procedimiento Administrativo General y dicta disposiciones especiales.

- Diccionarios:

CABANELLAS, GUILLERMO (1972). *Diccionario de Derecho Usual* (Tomo I, 7ª. Ed.). Buenos Aires (Argentina): Editorial Heliasta S.R.L.

GUTIÉRREZ-ALVIZ Y ARMARIO, FAUSTINO (1982). *Diccionario de Derecho Romano* (3ª. Ed.). Madrid (España): Editorial Reus, S.A.

OSSORIO, MANUEL (1989). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires (Argentina): Editorial Heliasta S.R.L.

- Revistas:

BERMÚDEZ SOTO, JORGE (2005). *El principio de confianza legítima en la actuación de la administración como límite a la potestad invalidatoria*. Revista de Derecho (Valdivia), Volumen XVIII. Chile: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, DANIEL (2002). *El principio de confianza legítima en el derecho inglés: La evolución que continúa*. Revista Española de Derecho Administrativo Nº. 114. Madrid (España): Editorial Cívitas

- Internet:

GARCÍA MELIÁN, JUAN CARLOS (2006). *El principio de confianza legítima y la Administración*. Recuperado el 3 de mayo de 2012, desde <http://www.eldia.es/2006-02-18/vivir/vivir4.htm>).

LEÓN CAVERO, RAFAEL A. (2011). *Principio de Confianza Legítima. Sus orígenes y recepción por la Jurisprudencia comunitaria y española*. Recuperado el 3 de mayo de 2012, desde http://www.elderecho.com/administrativo/Principio-Confianza-Legitima-Jurisprudencia-comunitaria_11_312805002.html

**EL NUEVO RECURSO ORDINARIO
DE ANULACION
EN EL SISTEMA PENAL
ACUSATORIO PANAMEÑO**

DAMARYS CABALLERO DE ALMENGOR

Dra. Damaris Itzel Caballero de Almengor, es Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Panamá. Tiene Postgrados en Derechos Humanos y Docencia Universitaria y una Maestría con Especialización en Ciencias Penales y Criminológicas. En la Facultad de Derecho de la USMA, obtuvo el doctorado en Ciencias Penales.

Ha desempeñado cargos de Juez Municipal en lo Civil y Penal. Juez de Circuito, Magistrada del Segundo Tribunal Superior de Justicia, además de otras funciones dentro del Órgano Judicial.

Ha sido Directora de la Escuela de Derecho de la USMA y Directora de los Postgrados de Maestrías. Consultora y asesora legal de la Dirección de Políticas Públicas del MEF. Ha participado como expositora en diversos eventos internacionales y nacionales.

INTRODUCCION

Ante la aprobación del primer Código Procesal Penal Autónomo para Panamá, nos vemos en la necesidad de estudiar su normativa para poder desenvolvemos en el ámbito del Derecho de manera actualizada y de forma correcta, eficaz, efectiva y eficiente.

De los diversos cursos de actualización jurídica, la comunidad y la Academia, han podido llegar a deducir que el Derecho, al ser visto desde la perspectiva de la Sociología, ha sido pensado e ideado como una institución voluntaria, conscientemente creado por el ser humano para satisfacer sus necesidades de orden, de paz y de progreso. Así lo describe Jürgen Habermas, en su *Teoría de la Acción Comunicativa*, que se traduce en que el Derecho debe ser construido y reconstruido en función de una realidad históricamente dada.

Con el pasar del tiempo, la historia de los pueblos cambia, como también es cambiante su realidad y sus sistemas; por eso, considerando esta situación, nos interesamos en estudiar un nuevo medio de impugnación en materia penal, como lo es el recurso de anulación penal, incorporado a través de la regulación jurídica del también novedoso sistema penal acusatorio oral, e implementado por el recién aprobado e igualmente nuevo Código Procesal Penal de la República de Panamá. Esperamos que este esfuerzo nos sea de utilidad tanto a nivel de la Academia, como para el gremio abogadil y de provecho en el conocimiento y aplicación práctica de esta figura jurídica, que trae el nuevo sistema penal acusatorio que se acaba de implementar.

GENERALIDADES

Los llamados medios de impugnación provienen del vocablo en latín: *impugnare* y se refieren a recursos que persiguen enmendar errores o nulidades que afectan la marcha del proceso, y son instrumentos de naturaleza procesal que deben estar expresa y taxativamente previstos en la ley y permitidos por ésta a través de los cuales los sujetos procesales pueden solicitar al superior jerárquico que se vuelva a examinar una decisión, una resolución judicial o administrativa, o para que se revise ya sea una resolución o fallo, o todo un proceso, al considerar que ha sido perjudicado por alguna decisión o por la inobservancia del procedimiento legal establecido, persiguiendo la

anulación o modificación, total o parcial del objeto de su acto de impugnación.

La anulación penal como medio de impugnación o recurso ordinario, es un nuevo recurso o instrumento legal que el Código Procesal Penal ha puesto a disposición de las partes y está destinado a atacar una resolución o decisión judicial, para provocar su reforma o su revocación. Está establecido como un derecho que la ley concede a las partes, mediante el cual se pretende revocar, sustituir, modificar o anular una resolución que se considera errónea o viciada y que perjudica al interesado.

Este derecho se materializa a través del medio de impugnación llamado “recurso de anulación” y es consustancial a todo tipo de procesos penales, de los que pueden hacer uso las partes a través de las causales taxativamente establecidas por el CPP, cuando consideran que una resolución del juez o tribunal, perjudica su interés en el proceso y espera que el superior jerárquico la revoque o la anule, siguiendo las pautas procedimentales establecidas. Otrora, en la legislación existían los llamados incidentes de nulidad que originariamente obedecían a incidentes de previo y especial pronunciamiento, con los cuales se permitía legalmente la decisión previa y especial de determinadas materias dentro del proceso penal, pero que con la reforma de 1991, subsistieron como incidentes, o cuestiones accesorias a lo medular del proceso penal, pero se debían alegar en audiencia o por escrito y se fallaban en la sentencia, lo que hacía que de existir la causal (de forma o de fondo) la misma se arrastrara hasta la decisión final, (con excepción de la figura del saneamiento que permite subsanar errores de forma, mas no de fondo).

Aparejado a esto se dieron muchas nulidades de fondo e insubsanables, porque violaban competencia territorial o competencia funcional, y aun así se interpretaba equivocadamente a nuestro criterio, que debía retrotraerse el proceso al estado que tenía cuando ocurrió la causal de nulidad o el error (in iudicando), para volver a comenzar, lo que viola objetivamente el principio del *non bis in idem* o de doble juzgamiento, sobre todo si se trataba de causales de nulidad absoluta reconocidas por la ley y el procedimiento penal. Se resolvía volver a comenzar el procedimiento, muchas veces desde la instrucción sumarial y desde la indagatoria, lo cual a nuestro criterio resulta un doble juzgamiento, aunque se aleguen nuevas circunstancias, lo que no debe ser permitido y lo que no permitirá este nuevo recurso de anulación penal ni el nuevo proceso penal acusatorio.

La anulación, según las causales establecidas en el CPP, no sólo está referida a pedir la revisión de uno o varios motivos de nulidad

de un proceso o que hayan surgido en un procedimiento penal, o en una resolución jurisdiccional o de una actuación de los funcionarios judiciales o del Ministerio Público, o investigadores de la DIJ de la Policía, encargados de instruir o dirigir ese procedimiento; también puede usarse para solicitar la revisión de todo un proceso penal. Por ejemplo, puede haber anulación por error de hecho en cuanto a la existencia de la prueba, o por error de derecho en la apreciación de la prueba, que hubieran influido en lo dispositivo del fallo lo que solo se lograba revisar antes en casación penal, siendo un recurso extraordinario y no ordinario como el recurso de anulación penal.

NOCIÓN O SIGNIFICADO DE ANULACION

Anular es el hecho de invalidar, abolir, revocar algo, declarándolo nulo o haciendo que deje de ser válido o de tener efecto. Se denomina **procedimiento de anulación** a la forma ordinaria utilizada para anular una resolución anteriormente aprobada.

La invalidez de un acto jurídico se produce cuando éste padece de efectos intrínsecos para ser válido, esto es, cuando por alguna de las razones establecidas en la ley procesal penal, se encuentra viciado o es inhábil por faltarle alguno de sus elementos esenciales o presupuestos necesarios para que el mismo se pueda sostener legal o jurídicamente. La nulidad acaece cuando encontrándose el acto o negocio jurídico supuestamente en regla, sobreviene alguna circunstancia de hecho extrínseca al acto, que es requerida por la ley, que evidencia y se comprueba que no ha sido observado el debido proceso legal.

Son tres las fallas que pueden surgir de los actos nulos: pueden tener carácter de actos nulos por fallas referentes **1. al sujeto, 2. al objeto o 3. a la forma.**

Nuestro Código de Procedimiento Penal, promulgado mediante la ley 63 de 28 de agosto de 2008, no ofrece una definición de este recurso de anulación; sin embargo, podemos definirlo con **“un recurso tendiente a anular un juicio o una sentencia por causas específicas, y que a su vez, concreta la posibilidad de anular un proceso que ha contrariado normas de rango constitucional, convencional o internas, y otras de jerarquía internacional reconocidas.”**

El Artículo 171 del CPP, establece que **“El recurso de la anulación tiene por objeto anular el juicio o la sentencia cuando en el proceso o en el pronunciamiento de la sentencia concurren algunas de las causales descritas en el artículo siguiente”**, o sea en el artículo 172 del CPP.

CAUSALES DE ANULACION

El recurso de anulación procede contra las sentencias de los tribunales de juicio y las dictadas por los jueces de garantías y los jueces municipales, en los siguientes casos:

1. Cuando la sentencia se haya dictado con omisión de uno o más de los requisitos previstos en los numerales 2, 3, 4, 5 y 7 del artículo 427 de este Código. (adelante expondremos detalladamente el contenido de estos numerales del artículo 427 del CPP.)

2. Cuando la sentencia haya sido pronunciada por un tribunal incompetente o no integrado por los jueces designados por la ley.

3. Cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiera hecho una errónea aplicación del derecho que hubiera influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

4. Por error de hecho en cuanto a la existencia de la prueba, que hubiera influido en lo dispositivo del fallo.

5. Por error de derecho en la apreciación de la prueba, que hubiera influido en lo dispositivo del fallo.

El artículo 172 del CPP, en efecto, señala las causales que proceden para alcanzar la anulación de una sentencia de los tribunales de juicio, tribunales de garantía y los jueces municipales a través de la interposición del recurso de anulación penal y son las siguientes:

Artículo 172: Causales: El recurso de anulación procede contra las sentencias de los tribunales de juicio y las dictadas por los jueces de garantía y los jueces municipales, en los siguientes casos:

1. Cuando la sentencia se haya dictado con omisión de uno o más de los requisitos previstos en los **numerales 2,3,4,5 y 7 del artículo 427 de este Código.**

Numerales: (Referencia art. 427 CPP.)

“La Sentencia que se leerá contendrá....

Numeral 2: La enunciación de los hechos y de las circunstancias que hubieran sido objeto de la acusación y, cuando procede, de la pretensión de restauración.

Numeral 3: La determinación precisa de los hechos y circunstancias que el tribunal estime acreditados.

Numeral 4: La valoración de los medios de pruebas que fundamentan sus conclusiones según las reglas de la sana crítica

Numeral 5: Las razones legales o doctrinales que sirven para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y circunstancias

acreditados, así como la participación del acusado, en aquellos cuando fuera procedente

Numeral 7: La decisión condenatoria fijará motivadamente las sanciones que corresponden y su modalidad de ejecución. Cuando se haya promovido pretensión civil, la sentencia considerará su procedencia, declarando la responsabilidad y, en los casos que se requiera la determinación del perjuicio, fijará el monto de la indemnización.”

CARACTERISTICAS DEL RECURSO DE ANULACION PENAL

- Se trata de un recurso nuevo y diferente que, a nuestro criterio, viene a introducirle al sistema procesal penal, ajustes que indican que el reconocido sistema de derechos, libertades y garantías procesales establecidos en la Constitución de la República de Panamá, y modernamente en la mayoría de las Constituciones del mundo, son efectivos y eficaces y que las exaltan y elevan y demuestran que de su cumplimiento depende ser considerados como Estados democráticos de derecho.
- Es el recurso de anulación penal un recurso ordinario y no un recurso extraordinario como el recurso de casación penal, aunque permite algunas causales de la casación penal y puede ser que exista **conurrencia de causales** caso en el cual debe observarse un procedimiento especial, y dado el mismo, la Corte Suprema de Justicia puede asumir conocimiento de las causales de Casación y de las previstas en el Recurso de Anulación penal en concurrencia.
- Este diferente recurso se encuadra dentro del conjunto de los diversos Tratados Internacionales y Convenios ratificados por nuestro país, porque el mismo permite que se hagan cumplir los principios, derechos, reglas y garantías, sin los cuales el novedoso juzgamiento acusatorio, no podría alcanzar sus objetivos, basados en un procedimiento humanitario y de respeto a los derechos humanos, después de la ocurrencia de una omisión o infracción de cualquiera de sus mas altos postulados.
- Los defectos no esenciales o errores comunes de la sentencia recurrida, **que no influyan en la parte dispositiva**, no serán causas de anulación penal, y los mismos pueden ser corregidos por el Tribunal de Apelaciones y Consultas, al conocer del recurso.

PROCEDIMIENTO EN EL RECURSO DE ANULACION

1. **Presentación del recurso:** Una vez presentado el recurso de anulación penal, debe comunicársele a las partes, antes de ser remitidas las actuaciones al tribunal superior. La oficina judicial del respectivo tribunal, correrá en traslado a las partes para que en el término común de cinco (5) días formulen oposición.

2. **Remisión del proceso con el recurso de anulación, al superior:** Luego de transcurrido ese plazo de los cinco (5) días, y dentro de las 24 horas siguientes, se debe remitir la actuación al tribunal superior de apelación para que este decida. Dentro de los siguientes cinco (5) días ese tribunal fijará fecha de **audiencia de argumentación**, (tómese en cuenta que el proceso será oral) y esa audiencia de argumentación deberá realizarse dentro de un plazo no menor de cinco (5) días ni mayor de diez (10) días. La fecha puede ser notificada conforme lo establezca la Ley.

3. **Audiencia de argumentación:** La audiencia se celebrará con las partes que comparecen y sus abogados, quienes debatirán oralmente sobre el fundamento del recurso, iniciando con el recurrente y luego con las demás partes. En la audiencia de argumentación, los magistrados podrán solicitar al recurrente que precise o aclare cuestiones planteadas en el recurso.

4. **Decisión:** El Tribunal deberá resolver motivadamente al concluir la audiencia de argumentación o en caso de imposibilidad por la complejidad del asunto, dentro de los tres (3) días siguientes. Al decidir el tribunal superior sobre una sentencia, conforme lo señala el artículo 179 del CPP. podrá:
 1. Rechazar el recurso, en cuyo caso la resolución recurrida quedará confirmada.

 2. Acoger el recurso, caso en el cual se ordenará la realización de un nuevo juicio, salvo cuando se acoja el recurso, por la causal 3 del artículo 172 del CPP. (o sea cuando en el pronunciamiento de la sentencia se hubiera hecho una errónea aplicación del derecho que hubiera influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo), donde de ser así, dictará sentencia de reemplazo.

Adicionalmente el CPP, señala que cuando se ordena la celebración de un nuevo juicio en contra del imputado que haya sido absuelto por la sentencia recurrida y como consecuencia de este nuevo juicio resulte absuelto, dicha sentencia no es susceptible de recurso alguno. (En estos casos estimamos nosotros, que aunque se asegure otra cosa, la celebración de un nuevo juicio viola el principio de prohibición del doble juzgamiento).

ORIGEN E IMPORTANCIA DE LA ANULACION

- La anulación como recurso autónomo surge en materia penal como un derecho a la impugnación, es decir, es un derecho abstracto derivado del derecho de acción.
- Deriva del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.
- Manifiesta una revisión jerárquica en aras a una correcta y adecuada administración de justicia.
- En materia de recursos o medios de impugnación, el nuevo proceso penal acusatorio oral, da gran importancia al recurso de anulación, debido a que la acusación va a depender de las pruebas fehacientes que se obtengan y no de meras sospechas o evidencias, e iniciar un proceso penal va a implicar una gran responsabilidad, por lo que no debe ni iniciarse ni seguirse con errores ni de fondo ni de forma, debido a que es una exigencia legal el observar el debido proceso, y ello es una garantía constitucional, y su inobservancia puede hacer arruinar todo el proceso, si influye en la parte de lo que disponga el mismo fallo, y puede hasta echarlo abajo y en consecuencia dejarle en etapa de que el trámite procedimental sea archivado.

La importancia del recurso de anulación radica en lo siguiente:

- Es un recurso nuevo en materia penal.
- Es único, diferente y trascendente, y le otorga al juzgador, el deber de velar porque se cumplan los objetivos claros que analizaremos mas adelante, y por los cuales fue implementado en nuestro país.

- Se relaciona con una serie de garantías, principios y postulados sin los que el juzgamiento acusatorio dejaría de ser, tras la ocurrencia de una omisión o infracción de alguno de estos de rango constitucional como legal.

OBJETIVOS

- El objetivo principal perseguido por el novedoso recurso de anulación penal, es el dictamen de la resolución de anulación que decreta que hay lugar al recurso y que declare ya sea al juicio penal, o a la sentencia de un caso penal, como inexistentes, por contrariar o vulnerar formas procesales /errores in procedendo) que entrañan disposiciones constitucionales, convencionales y legales de gran significado y de contornos garantistas y esenciales del sistema acusatorio.

DIFERENCIAS ENTRE EL NUEVO RECURSO DE ANULACION DEL CODIGO PROCESAL PENAL Y EL ACTUAL INCIDENTE DE NULIDAD, DEL CODIGO JUDICIAL

- La anulación del nuevo recurso implica que se persiga el acto propio, para que sea nulo por completo, a nuestro criterio, sin posibilidad de retrotraer actuaciones procesales y comenzar de nuevo, porque ello violaría el principio *non bis In idem*, o de doble juzgamiento.
- La nulidad persigue la eliminación de un acto para que tenga como finalidad la inexistencia de dicho acto, por lo que puede retrotraerse si el error se ha cometido sobre alguna formalidad, (error in procedendo) mas no solemnidad o acto trascendental (fondo o error in iudicando) del proceso.
- La anulación del nuevo recurso penal está encaminada a eliminar o invalidar el juicio o una determinada sentencia.
- La nulidad se encamina a actividades procesales.
- La anulación de la resolución que decreta al juicio o a la anulación de una sentencia tiene el efecto de considerarles como completamente inválidas o inexistentes, por contrariar o vulnerar formas procesales que implican claras disposiciones constitucionales, convencionales y legales, como garantistas y esenciales para que el sistema acusatorio funcione adecuadamente.

- La nulidad persigue la mala praxis de procedimientos (de índole procedimental o “errores in procedendo”) que producen nulidad relativa, más que los errores de fondo que influyen en lo dispositivo del fallo, como lo son la falta de competencia, que hacen la actuación de un funcionario incompetente, ilegal y nula de nulidad absoluta.

EFECTOS JURIDICOS DE LA INTERPOSICION DEL RECURSO DE ANULACION PENAL

Tal y como establece el artículo 164 del Código Procesal penal panameño, nos manifiesta que **la interposición del recurso de anulación, suspende su ejecución**; esto significa, que es imposible ejecutar la resolución judicial, inmediatamente el recurso es interpuesto y admitido. Por ese efecto de admitirse el recurso de anulación penal, se suspende la ejecución de la resolución impugnada, hasta que el recurso sea resuelto.

CONCLUSIONES

1. La reforma procesal penal en América Latina, y específicamente en Panamá, impulsada por el Centro de Justicia para Las Américas (CEJA), ha introducido grandes cambios dentro del sistema penal, como en el régimen de recursos aplicables al nuevo sistema penal acusatorio.
2. La vieja y conocida concepción del régimen de recursos y el antiguo pensamiento acerca de los medios de impugnación en materia penal, es el que ha sufrido un radical cambio, estableciéndose modernamente el nuevo recurso de anulación penal, que va acorde con los planteamientos de práctica al respeto a los derechos humanos y garantías fundamentales del proceso penal acusatorio.
3. El recurso de anulación penal crea un mecanismo de control de la actividad de los funcionarios judiciales como de instrucción, al igual que de los jueces penales, quienes tendrán que conocer a cabalidad las formas del procedimiento penal evitando errores que a la postre, puedan dar como resultado el dictamen de una anulación ya sea de un sentencia de un trámite o de todo el juicio penal, a través de este novedoso recurso.
4. Este nuevo recurso de anulación penal, es poco conocido en el foro, a pesar de que académicamente ya se está incluyendo en el proceso de enseñanza aprendizaje de las distintas universidades del país, a raíz de la aprobación del nuevo Código Procesal Penal de Panamá, que ha iniciado a regir gradualmente solo en algunos de los Distritos Judiciales, iniciando por el interior del país. Valdría la pena profundizar en su conocimiento, porque la figura de anulación penal diseña un sistema mucho más exacto y preciso, en donde, ya no existe necesariamente una verticalidad o alzada en el proceso, (acudir al superior jerárquico) toda vez que existen diferentes causales que permitirán acudir ante el mismo funcionario que dicta la decisión para su revisión.
5. Podemos decir que el sistema penal acusatorio es nuevo y diferente al sistema inquisitivo y al sistema mixto, pero no solo en lo que respecta a la oralidad que impone, sino también en muchas de sus instituciones, entre ellas en el régimen de recursos o medios de impugnación, como lo es el novedoso recurso de anulación penal, que requiere de un estudio y conocimiento diferenciado y saber que a través de él, se produce la suspensión del acto que se impugna.

BIBLIOGRAFIA

AUDITO CIUDADANO DE LA JUSTICIA PENAL EN PANAMA. Alianza Ciudadana Pro Justicia. Panamá, 2004.
www.alianzaprojusticia.org.pa

BETIOL, Giuseppe. Instituciones de Derecho Procesal. Editorial Bosh, Barcelona.1977.

BINDER, Alberto. Crisis y Transformación de la Justicia Penal en Latinoamérica. En “Reformas Procesales en América Latina. La Oralidad en los Procesos” Proyecto de Capacitación. Gestión y Política Judicial. Corporación de Promoción Universitaria, Santiago de Chile. 1993.

BINDER, Alberto. Introducción al Derecho Procesal Penal. Editorial Ad Hoc, Buenos Aires. 1993.

BINDER, Alberto. Justicia Penal y estado de derecho. Editorial Ad Hoc, Buenos Aires Argentina. 1993.

BINDER, Alberto. Las Experiencias Procesales en América Latina. Las experiencias de Reforma Procesal en Latinoamérica y perspectivas para Bolivia. La Paz Bolivia. Ministerio de Justicia y Agencia para el Desarrollo Internacional de Los Estados Unidos. 1995.

CABALLERO de Almengor, Damaris Itzel. Tesis Doctoral o Trabajo de Graduación para optar al Título de Doctora en Derecho. Análisis Crítico del Sistema Penal Acusatorio Reflexiones a propósito del caso Panameño. USMA. Panamá. Mayo de 2008.

CAFFERATA NORES, José. Juicio Penal Oral. En “Temas de Derecho Procesal Penal” Editorial Desalma, Buenos Aires, Argentina. 1998.

FERNANDEZ LEON, Whanda. "Procedimiento penal acusatorio y oral. Volumen II. Segunda edición. Librería Ediciones del profesional. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 2010.

PICADO VARGAS, Carlos. "Manual de recursos procesales". Tomo I, Editorial Investigaciones Jurídicas. San José. Costa Rica, abril 2010.

RÍOS, Ramón Teodoro. Influencia de principio acusatorio y de legalidad en la impugnación penal, en Revista de Derecho Procesal 3: Medios de Impugnación. Recursos-II. Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires, 1999.

**LA DENUNCIA DENTRO DEL
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
SANCIONADOR: UNA MIRADA AL
DERECHO ADMINISTRATIVO
SANCIONADOR ESPAÑOL.**

CARLOS GASNELL ACUÑA

INTRODUCCION

La denuncia, como mecanismo para poner en conocimiento de las autoridades penales y administrativas los delitos e infracciones, es un instrumento de colaboración con las autoridades con el que cuentan los particulares, el cual se manifiesta de forma distinta en ambos órdenes.

En materia penal hay ciertos intereses en juego que son en principio los más importantes para la sociedad y los individuos, por lo que su regulación es sumamente importante.

En materia administrativa en donde también colisionan diferentes intereses, la posibilidad de denuncia de particulares busca involucrar a los ciudadanos en la protección de los intereses colectivos, otorgándoles la posibilidad de participar en el procedimiento administrativo sancionador, convirtiéndose la denuncia en una herramienta de colaboración para el control de las infracciones administrativas.

Lo que está en debate es la obligatoriedad de la Administración de iniciar o no el procedimiento administrativo sancionador a consecuencia de una denuncia y la calificación de los denunciantes dependiendo de su interés o grado de afectación de la infracción.

Como lo sostienen algunos autores, la Administración se encuentra en una situación difícil que las normas no terminan de clarificar: realizar las diligencias previas de investigación ante cualquier denuncia con fundamento e iniciar el procedimiento administrativo sancionador en contra de los infractores cuando de las diligencias surja el mínimo de probabilidades de que se haya cometido la infracción una vez identificados los posibles infractores o, decidir y valorar discrecionalmente si inicia o no las diligencias sobre la base del principio de oportunidad y si luego de iniciadas las diligencias hay indicios, decidir iniciar o no el procedimiento sobre la base de la suficiencia o insuficiencia de estos indicios.

En este trabajo vamos a analizar estas posturas y diferentes interrogantes que pueden surgir frente a la posibilidad de una denuncia, relacionadas con la capacidad de los denunciantes, la legitimidad, la obligatoriedad de iniciar el expediente sancionador, la posibilidad de recurrir, entre otros temas que interesan tanto a quien se coloque en la

posición de denunciante, al denunciado, a la Administración o a la Jurisdicción. No obstante, la mayor parte del análisis está básicamente centrado en la figura del denunciante como persona que utiliza el mecanismo de la denuncia para poner en marcha el procedimiento administrativo sancionador.

Actualmente el régimen de las sanciones administrativas en Panamá, se encuentra en un dilema frente a sus limitaciones constitucionales y el desarrollo de principios propios. La Ley 38 de 2000 desarrolla solamente en un par de artículos el procedimiento de denuncia, obviando las particularidades y diferencias que tiene el procedimiento sancionador frente al procedimiento administrativo ordinario. De manera que mientras se desarrolla este procedimiento especial tenemos que conformarnos con aisladas sentencias que no terminan de ponerse de acuerdo sobre la materia, pero que por lo menos han dado luces sobre los principios que la informan.

Espero que este trabajo, basado en la realidad española, pueda servir de base para la regulación de la materia y la figura de la denuncia al momento en que se aprueben reglas más claras en relación a las sanciones administrativas dentro del procedimiento administrativo panameño.

I. Diferencia entre el inicio del procedimiento sancionador en el Orden Penal y en el Orden Administrativo (El interés Jurídico Protegido)

Tanto el ilícito penal como la infracción administrativa siguen cauces muy parecidos para iniciar el procedimiento que permite obtener su sanción. Tanto a la justicia penal como a la justicia administrativa le es imposible vigilar todos los ilícitos e infracciones por diversas razones, entre ellas las relacionadas con la falta de personal y las que imposibilitan la omnipresencia. En consecuencia ambos órdenes requieren de la colaboración de la ciudadanía para conocer de gran parte de los delitos e infracciones que se cometen diariamente. Sin embargo, con el derecho penal ocurre algo distinto a lo que acontece con el derecho administrativo. En el primero, la mayoría de los delitos se cometen o realizan contra otros individuos o sus bienes, o por lo menos los más graves como los homicidios y hurtos, en donde la vida y la propiedad privada figuran como los intereses jurídicos protegidos por naturaleza. En el derecho administrativo el interés que se protege cuando se acciona contra quien comete una infracción administrativa se diluye (se alude el interés general) además, existe en cierto modo un sentimiento de aversión de algunas personas hacia la Administración (tal vez porque en alguna oportunidad hayan sido sancionadas), por lo que resulta más

difícil que los ciudadanos presenten denuncias si no se sienten afectados aunque sea indirectamente con la infracción.¹

El interés de la sociedad en que se condenen los ilícitos administrativos es diferente al interés de que se condenen los ilícitos penales, salvo en casos en los que la afectación es más directa como los daños ambientales en donde a pesar de no resultar afectadas directamente las personas se ha alcanzado un grado de conciencia social que lleva a los ciudadanos a denunciar desde talas indiscriminadas de árboles hasta el corte clandestino de un árbol que lleva a cabo un vecino frente a su vivienda.

El siguiente cuadro que contiene las formas de iniciar el procedimiento penal y el administrativo sancionador plasma las diferencias relacionadas con el principio de oportunidad. En el procedimiento penal, se requiere en la mayoría de los casos activar el aparato judicial quien seguirá con el procedimiento, mientras que en materia administrativa, será siempre de oficio, siendo secundaria la colaboración de la ciudadanía.

Procedimiento Penal

Procedimiento Administrativo Sancionador

De oficio: En el procedimiento penal rige el principio acusatorio por lo que no cabe iniciar el proceso penal de oficio, siendo necesario que alguno de los que la Ley legitima, proceda a la iniciación del proceso, acusando de la comisión del delito a una tercera persona ² .	De oficio: Se iniciará siempre de oficio, por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición razonada de otros órganos o denuncia .
--	---

¹ Alejandro Nieto, explica en su obra, de manera abundante las razones de la antipatía que pueden sentir los ciudadanos ante la Administración: “las obras y edificios públicos sólo raramente respetan las normas de seguridad y para disminuidos físicos, los organismos oficiales retrasan sistemáticamente, o no pagan en absoluto, las cuotas de seguridad social, las empresas públicas contaminan más que las privadas y las que no gozan de exención fiscal defraudan habitualmente a la Hacienda, casi todos los edificios públicos están contruidos sin licencias y los Ayuntamientos organizan conciertos y verbenas cuyos ruidos superan los límites que ellos mismos han establecido”, lo que lleva a que no presten su confianza a la misma y se nieguen su colaboración con las autoridades, solidarizándose con los infractores y no con los inspectores y policías. Nieto Alejandro. “Derecho Administrativo Sancionador”. Editorial Tecnos, Madrid, 2005, págs 40-42.

² “Sin embargo, este principio necesariamente debe ser matizado en su aplicación práctica; fundamentalmente porque pudiera ocurrir que el órgano judicial conozca de la realización de hechos delictivos por sí mismo o por terceras personas y sería contrario a

<p>Denuncia: Es una declaración de conocimiento que consiste en la transmisión a la policía judicial o a la Autoridad Judicial de la sospecha de la comisión de un delito público.</p> <p>En el procedimiento de iniciación es necesario distinguir cuando el denunciante es testigo indirecto de la acción delictuosa, resulta ser el ofendido por un delito público³ o asume dicha cualidad en un delito semipúblico⁴.</p>	<p>Denuncia: Acto por el que cualquier persona, en cumplimiento o no de una obligación legal, pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de determinado hecho que pudiera constituir infracción administrativa. Las denuncias deberán expresar la identidad de la persona o personas que las presentan, el relato de los hechos que pudieran constituir infracción y la fecha de su comisión y, cuando sea posible, la identificación de los presuntos responsables. (Artículo 11.d. RD1398/1993)</p>
<p>Acción popular: También se denomina por la doctrina “querrela pública”. Está amparada por el artículo 101 de la Ley de enjuiciamiento criminal española. Tal como lo indica el artículo 101.2 puede ejercitarla cualquier ciudadano español “capaz”. Se diferencia de la Querrela propiamente tal, en que la acción popular puede ejercerse mediante</p>	

la defensa de los intereses públicos que defiende el Derecho Penal, que no se pudiera procesalizar la situación por el hecho de que ninguno de los posibles legitimados acuse formalmente, siendo desconocedores de los hechos. La ley permite que los procesos penales empiecen, en lo que se refiere a la fase sumarial o instructora, siempre y cuando el órgano judicial tenga conocimiento del hecho delictivo, bastando con ello, o, si queremos utilizar la terminología doctrinal adecuada, cuando tenga una noticia criminis. En muchas ocasiones el órgano judicial iniciará el procedimiento sin que nadie se lo pida, la iniciación de oficio del proceso, tras recibir el juez la “noticia del delito”, no evita la vigencia del principio acusatorio; por eso el artículo 308 impone al juez el deber de comunicar al Fiscal de la respectiva audiencia la iniciación de las diligencias, con el fin de que este ejerza su función de acusar mediante la realización de los actos típicos de acusación”. **Moreno Catena**, Víctor y **Cortés Domínguez**, Valentín. Derecho Procesal Penal. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004. p.177-178

³ Delitos cuya persecución debe ser instada de oficio por el Ministerio Fiscal desde el instante en que llegue su noticia la perpetración de estos hechos delictivos. Ejm: hurto

⁴ Son los delitos que precisan de la denuncia del ofendido o de su representante legal para que puedan ser perseguidos, salvo las excepciones contenidas en la Ley. Ejm: Agresiones, acoso sexual. La excepción es la violación carnal.

<p>una querella como forma de iniciar el procedimiento en un delito público, o puede ejercerse la acción popular una vez iniciado el proceso penal, además de que no es importante la calidad o no del ofendido.</p>	
<p>Querella: A diferencia de la denuncia, esta forma de iniciación del procedimiento es un acto de ejercicio de la acción penal,⁵ mediante el cual el querellante asume la cualidad de parte acusadora a lo largo del procedimiento.</p>	
	<p>Orden Superior: Orden emitida por un órgano administrativo superior jerárquico de la unidad administrativa que constituye el órgano competente para la iniciación.</p>
	<p>Petición Razonada: La propuesta de iniciación del procedimiento formulada por cualquier órgano administrativo que no tiene competencia para iniciar el procedimiento y que ha tenido conocimiento de las conductas o hechos que pudieran constituir infracción.</p>

II. La Denuncia en el orden penal y en el administrativo

No existe un catálogo codificado de todas las infracciones y sanciones administrativas, a diferencia de la existencia de un código penal que contiene tipificados todos los delitos y ante la duda de un particular sobre si alguna actuación es o no constitutiva de delito solamente tendría que abrir el código y verificarlo.

⁵ “La Querella es, pues un acto procesal de postulación, que asiste al ofendido o a cualquier sujeto del Derecho con capacidad necesaria, mediante la cual se solicita del órgano jurisdiccional competente la iniciación del procedimiento y la adquisición del querellante de la cualidad de parte acusadora”. **Gimeno Sendra**, Vicente. Derecho Procesal Penal, Editorial Colex, 2004, p.253.

En el derecho administrativo no existe esta posibilidad. Atendiendo al principio de legalidad, cualquier incumplimiento de normas administrativas puede traer como consecuencia, la ilegalidad de lo actuado; sin embargo, es necesario diferenciar entre incumplimiento de normas e infracción administrativa⁶. Para que se considere infracción, susceptible de la aplicación de una sanción, debe estar tipificada como tal. Las tipificaciones de las infracciones están contenidas en diferentes cuerpos normativos y el desarrollo de estas normas en múltiples decretos reglamentarios.

A. La denuncia en el proceso penal

La denuncia está desarrollada en los artículos 259 a 269 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española y como señalamos en el cuadro en la página cuatro, la denuncia es considerada como la puesta en conocimiento de la autoridad, resulte competente o no para la sustanciación de un proceso penal, de un hecho que podría tener el carácter de delito o falta. Se trata de una actuación de conocimiento del denunciante que se limita a trasladar a una autoridad lo que sabe sobre unos hechos, sin vincularse al proceso penal que pudiera iniciarse como consecuencia de la denuncia. Sin embargo, la participación del denunciante en el proceso penal como parte, es posible, si se cumple con ciertos requisitos.⁷

⁶ Por ejemplo, un contratista del Estado que incumple con una de sus obligaciones contractuales no recogiendo los escombros de una demolición perjudicando a los vecinos de un barrio que ven imposibilitado su paso por una acera, puede incurrir en incumplimiento del contrato con la Administración y a la vez puede conllevar la infracción de una norma municipal que conlleve una sanción administrativa. Por otra parte, puede haber incumplimiento de normas que no conlleven una sanción administrativa por no estar tipificada la conducta como infracción.

⁷ Respecto a la diferencia entre la denuncia y la querrela en materia penal “...la presentación de una denuncia no impide al que la formula personarse con posterioridad en el procedimiento y actuar en él como parte, con lo que la diferencia entre ambos modos de iniciación del procedimiento puede resultar a la postre irrelevante, pues tanto en un caso como en el otro el traslado de la notitia criminis dará lugar al inicio de las actuaciones judiciales para la depuración de las responsabilidades penales. Así pues, salvo en los casos en que la ley exige la presentación de la querrela, el problema se reduce, de un lado a las exigencias en la elaboración de la querrela y, de otro lado, en los requisitos de postulación que se establecen para intervenir en el proceso penal en la condición de parte activa”. “El Proceso Penal”, AA.VV. (Director: **Moreno Catena**, Victor), editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 938.

Diferencia entre la denuncia y la querrela penal

La querrela, como también la definimos en el cuadro arriba mencionado, es una de las formas de iniciar el proceso penal. Se diferencia de la denuncia penal, entre otros aspectos, en que a través del escrito el querellante no sólo se pone en conocimiento del juez o tribunal unos hechos que pudieran ser constitutivos de delito, sino que además insta el procedimiento penal convirtiéndose en parte acusadora y solicitando expresamente la persecución del delincuente. Por otra parte, si existe en ciertos casos el deber de denunciar, la querrela representa un derecho para los ciudadanos, salvo para los funcionarios del Ministerio Fiscal que lo tienen como deber cuando tengan noticia de un delito público. Hay otras diferencias relacionadas con el órgano competente, la presentación de la querrela por medio de procurador y suscrita por letrado, la forma y contenido. En la querrela por ejemplo, se exige que sea siempre por escrito⁸.

B. La denuncia en el procedimiento administrativo sancionador

En el procedimiento administrativo sancionador la única fórmula que contempla el Real Decreto 1398/93 que reglamenta el ejercicio de la potestad sancionadora, para que un particular que conoce de una infracción, la ponga en conocimiento de la Administración, es la denuncia. No existe un cuadro de infracciones que pueden denunciarse a través de un mecanismo parecido a la querrela del derecho penal. En la Ley del Ejercicio de la Potestad Sancionadora del País Vasco no se clasifican las infracciones, pero se permite la iniciación del procedimiento administrativo sancionador a instancia de parte (convirtiéndose el denunciante en una especie de acusador particular del derecho penal) Hay que recordar que si bien el interés en juego cuando se comete una infracción administrativa es de carácter público, hay infracciones que pueden afectar de una forma más directa a los particulares, como las

⁸ Además del actor popular, pueden interponer la querrela el ofendido por el delito, sus herederos o su representante legal, en cuyo caso se constituirán como parte en el procedimiento penal ...Es la figura que se denomina acusador particular, cuando se apersona como parte en un procedimiento por delitos públicos o semipúblicos, o acusador privado, cuando inicia con este escrito un procedimiento penal para depurar conductas constitutivas de un delito perseguible sólo a instancia de parte. En el primer caso, de tener conocimiento directo de los hechos delictivos, podrá el ofendido presentar una denuncia que servirá igualmente para iniciar el procedimiento y dar cumplimiento a su deber de denunciar, salvo que se quiera, al mismo tiempo que se inste la acción penal, constituirse en parte acusadora. En el segundo caso, será necesaria la interposición de querrela, únicamente para aquellos procedimientos por delitos a los que la ley considera privados, en la actualidad los delitos de injurias o calumnias contra particulares. “El Proceso Penal”, op cit. Pág 969.

infracciones ambientales y las urbanísticas, en donde, en algunas de sus legislaciones se permite la acción pública.

El Real Decreto 1398/93 no contiene categorías expresas de denunciantes, no obstante en su artículo 13.2 que desarrolla las formas de iniciar el procedimiento sancionador, en su numeral dos menciona expresamente que “*el acuerdo de iniciación del procedimiento se comunicará al instructor, con traslado de cuantas actuaciones existan al respecto, y se notificará al **denunciante**, en su caso, y a los **interesados***⁹, *entendiendo en todo caso por tal al inculpado...*” Estas categorías han sido estudiadas por la doctrina y las analizaremos más adelante.

Cuadro Comparativo de la Denuncia en Ambos Órdenes

Real Decreto 1398/93	Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículos más relevantes relacionados con la denuncia)
<p>Artículo 11. ... Denuncia: Acto por el que cualquier persona, en cumplimiento o no de una obligación legal, pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de determinado hecho que pudiera constituir infracción administrativa. Las denuncias deberán expresar la identidad de la persona o personas que las presentan, el relato de los hechos que pudieran constituir infracción y la fecha de su comisión y, cuando sea posible, la identificación de los presuntos responsables. (artículo 11.d. RD 1398/1993)</p>	<p>Artículo 259. El que presenciare la perpetración de cualquier delito público está obligado a ponerlo inmediatamente en conocimiento del Juez de Instrucción, de Paz, Comarcal o Municipal, o Funcionario Fiscal más próximo al sitio en que se hallare, bajo multa de 25 a 250 pesetas.</p> <p>Artículo 264. El que por cualquier medio diferente de los mencionados tuviere conocimiento de la perpetración de algún delito de los que deben perseguirse de oficio, deberá denunciarlo al Ministerio Fiscal, al Tribunal competente o al Juez de Instrucción o municipal, o funcionario de policía, sin que se entienda obligado por esto a probar los hechos denunciados ni a formalizar querrela.</p>

⁹ Es necesario recordar que el último párrafo del numeral dos del artículo 11 del Real Decreto 1398/93, solamente obliga a comunicar al denunciante la iniciación o no del procedimiento cuando la denuncia vaya acompañada de una solicitud de iniciación, sin embargo el artículo 13.2 no se refiere a una simple comunicación, sino a una notificación cuando el denunciante tenga la calidad de interesado.

	<p>El denunciador no contraerá en ningún caso otra responsabilidad que la correspondiente a los delitos que hubiese cometido por medio de la denuncia, o con su ocasión.</p> <p>Artículo 265. Las denuncias podrán hacerse por escrito o de palabra, personalmente o por medio de mandatario con poder especial.</p> <p>Artículo 266. La denuncia que se hiciera por escrito deberá estar firmada por el denunciador.....</p> <p>Artículo 267. Cuando la denuncia sea verbal, se extenderá un acta por la Autoridad o funcionario que la recibiere, en la que en forma de declaración, se expresarán cuantas noticias tenga el denunciante relativas al hecho denunciado y a sus circunstancias, firmándola ambos a continuación...</p> <p>Artículo 269. Formalizada que sea la denuncia, se procederá o mandará proceder inmediatamente por el Juez o funcionario a quien se hiciese, a la comprobación del hecho denunciado, salvo que éste no revistiere carácter de delito, o que la denuncia fuere manifiestamente falsa. En cualquiera de estos dos casos, el Tribunal o funcionario se abstendrán de todo procedimiento, sin perjuicio de la responsabilidad en que incurran si desestimasen aquella indebidamente</p>
--	--

III. El inicio del procedimiento sancionador dentro de los diferentes órdenes administrativos, normas autonómicas y en materias especiales.

Es necesario recordar que el Decreto 1368/93, no tiene carácter básico; en consecuencia, las diferentes normas autonómicas sectoriales pueden

crear su propio procedimiento administrativo sancionador, incluso a través de reglamentos¹⁰. De igual modo la Ley 30/92 es supletoria en materia tributaria, en materia de procedimiento administrativo sancionador en el orden social y en materia disciplinaria, tal como se indica expresamente en las disposiciones adicionales quinta, séptima y octava de la Ley, respectivamente.

A. La denuncia en el procedimiento sancionador tributario

El procedimiento sancionador tributario, está desarrollado en la propia Ley General Tributaria, en su título IV de forma general, y de forma particular en el Real Decreto 2063/2004 de 15 de octubre por el que se desarrolla el régimen sancionador tributario y demás normas relacionadas con la aplicación de los tributos que contengan procedimientos especiales.

En cuanto a la relación entre el procedimiento administrativo sancionador tributario y el procedimiento administrativo sancionador general, señala la nueva Ley General Tributaria (Ley 58/2003) en su artículo 207, que el Procedimiento Sancionador en materia tributaria se regulará por las normas especiales relativas a la potestad sancionadora contenidas en la propia ley y la normativa reglamentaria dictada en su desarrollo y en su defecto por las normas reguladoras del procedimiento sancionador en materia administrativa.

En el libro “Comentarios a la nueva Ley General Tributaria”, de varios autores, coordinado por **Huesca Boadilla**, se plantea respecto a la existencia de regulación de un procedimiento sancionador tributario, hasta que punto es realmente necesario regularlo como algo distinto de los procedimientos sancionadores administrativos generales, cuando salvo ciertas especialidades derivadas de que normalmente dichos procedimientos sancionadores tributarios se incoan a raíz de otro procedimiento tributario de aplicación de los tributos, no parece que la autonomía del tributario deba llevarse al extremo de regular

¹⁰ Sobre este tema se ha sostenido una gran discusión doctrinal entre los que consideran que el artículo 105 de CE, contiene una reserva legal en materia de procedimientos que produzcan actos administrativos, garantizando en todo momento la audiencia del interesado, por lo que no puede regularse directamente por vía reglamentaria el procedimiento sancionador y los que consideran que el artículo 134 de la Ley 30/92 que exige procedimiento legal o reglamentario es habilitación suficiente para que se pueda regular por vía reglamentaria el procedimiento, ya que la reserva legal contenida en el artículo 25 CE solamente afecta directamente y con intensidad a la regulación de infracciones y sanciones. Véase, **Blasco Pellicer**, Angel. “El procedimiento Sancionador en el Orden Social. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1997, págs 23-27.

completamente todos los procedimientos propios al margen del procedimiento sancionador general.¹¹

Ante esta crítica, lo cierto es que el artículo 209 de la Ley 58/2003 que establece las formas de iniciación del procedimiento sancionador en materia tributaria, no establece la denuncia de particulares como forma de iniciarlo:

Artículo 209:

- 1.El Procedimiento sancionador en Materia Tributaria se iniciará siempre de oficio, mediante la notificación del acuerdo del órgano competente.
- 2.Los procedimientos sancionadores que se incoen como consecuencia de un procedimiento iniciado mediante declaración o de un procedimiento de verificación de datos, comprobación o inspección no podrán iniciarse respecto a la persona o entidad que hubiera sido objeto del procedimiento una vez transcurrido el plazo...

Sin embargo, esta omisión, explica la obra arriba citada, tiene una justificación. Indica que aunque nada exprese la Ley en el artículo 209, la iniciación de oficio podrá producirse por propia iniciativa del órgano competente, como consecuencia de orden superior, a petición de otros órganos o **por denuncia**, tal como lo indica el artículo 69 de la Ley 30/92, supletoria para el procedimiento sancionador tributario.

La denuncia está recogida expresamente en el procedimiento tributario como “denuncia pública”¹² dentro del título relativo a la aplicación de los

¹¹ AA.VV (Huesca Boadilla, Ricardo: Coordinador) “Comentarios a la Nueva Ley General Tributaria”. Editorial Aranzadi, Madrid, 2004. págs. 1354-1355.

¹² El artículo 114.3 de la Ley General Tributaria establece que “no se considerará al denunciante interesado en las actuaciones administrativas que se inicien como consecuencia de la denuncia ni se le informará del resultado de las mismas. Tampoco estará legitimado para la interposición de recursos o reclamaciones en relación con los resultados de dichas actuaciones”. El segundo párrafo del artículo 114.2 indica que recibida una denuncia... se podrán iniciar las actuaciones que procedan si existen indicios suficientes de veracidad en los hechos imputados y éstos son desconocidos para la Administración tributaria, no obstante la denuncia no formará parte del expediente administrativo. Se señala en los Comentarios a la Nueva Ley General Tributaria, que el hecho que la denuncia no forme parte del expediente administrativo, no ha de suponerse que las pruebas aportadas por la denuncia deban quedar siempre excluidas del expediente, obrando tan solo los datos en poder de la Administración. “Cuando se trate de pruebas en sentido técnico-jurídico, es decir, de medios o elementos acreditativos de hechos o datos dirigidos inmediatamente a procurar el convencimiento positivo o negativo del órgano competente, la no incorporación de la denuncia al expediente no obstará a que éste integre tales medios probatorios, a fin de no producir indefensión en el

tributos, no como una forma directa de iniciación del procedimiento, sino como una forma de poner en conocimiento de la Administración hechos o situaciones que puedan ser constitutivos de infracciones tributarias, sin que exista obligación de la Administración de iniciar un procedimiento fundado en la denuncia ni de involucrar al denunciante en el procedimiento.¹³

Dadas las explicaciones realizadas sobre el papel de la denuncia en el procedimiento sancionador tributario, es lógico que no aparezca desarrollada como forma de iniciar el procedimiento ni en la Ley ni en el Real Decreto 2063/2004, a través del cual se reglamenta el régimen sancionador tributario.¹⁴

B. La denuncia en el orden social

Las infracciones y sanciones en el orden social (derecho administrativo sancionador del trabajo, como lo han acuñado algunos autores) están reguladas en el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 de agosto)¹⁵

denunciado por impedirle su conocimiento, discutir las pruebas y aportar, en su caso, la correspondiente contraprueba, aun sin revelar necesariamente la identidad del denunciante o la propia denuncia”. Op cit. pág. 790.

¹³ “En cualquier caso, cualquiera que sea el medio de conocimiento de la notitia procedimentalis, será el órgano competente el que inicie el procedimiento, y el acuerdo de inicio será el que dé comienzo a su tramitación”. Comentarios a la Nueva Ley General Tributaria, Ibidem. p.1360.

¹⁴ “En esencia, salvo para los procedimientos sancionadores iniciados por órganos de inspección, la competencia para iniciar el procedimiento corresponde al órgano que se determine en la normativa de organización aplicable a los órganos con competencia sancionadora. En defecto de norma expresa, será órgano competente el que tenga atribuida la competencia para su resolución”. **Marcos Cardona**, Marta. “El Procedimiento Sancionador Tributario”. Editorial Iustel, Madrid, 2005.

¹⁵ La exposición de motivos del Real Decreto Legislativo 5/2000, empieza señalando que el texto refundido obedece a un mandato del tribunal constitucional: “La sentencia del Tribunal Constitucional 195/1996, de 28 de noviembre, establece que corresponde al legislador estatal la tarea de reelaborar la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre infracciones y Sanciones en el Orden Social, en aras del respeto y clarificación del orden constitucional de competencias y en beneficio de la seguridad jurídica, imprescindibles en materia sancionadora. El legislador, a través de la disposición adicional primera de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, autoriza al Gobierno para elaborar, en el plazo de nueve meses desde su entrada en vigor, un texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, en el que se integren, debidamente regularizadas, aclaradas y sistematizadas, las distintas disposiciones legales que enumera”.

El artículo 51 del Real Decreto Legislativo 5/2000 indica que corresponde al Gobierno dictar el reglamento del procedimiento especial para la imposición de sanciones en el orden social y que en materia de procedimiento sancionador la Ley 30/92 es de aplicación subsidiaria. Al no haberse dictado el nuevo reglamento, el procedimiento se rige por lo que indica el Real Decreto 928/98 de 14 de mayo que aprueba el Reglamento General sobre Procedimientos para la Imposición de Sanciones por Infracciones del Orden Social, que según algunos autores presenta muchas deficiencias técnicas que hacen necesaria la constante remisión a la Ley 30/92, por ejemplo, en materia de prueba y en la regulación de la fase instructora.¹⁶

De este modo el procedimiento administrativo sancionador en el orden social se regula por el Real Decreto 928/98 y por las normas sobre tramitación contenidas en el Texto Refundido del año 2000.

Sobre el inicio del procedimiento sancionador, el artículo 52.1 del texto refundido que contiene los “principios de tramitación” señala que el procedimiento **se iniciará siempre de oficio**, por acta de inspección de Trabajo y Seguridad Social, en virtud de actuaciones practicadas de oficio, por propia iniciativa o **mediante denuncia**, o a instancia de persona interesada.

La denuncia como forma de iniciar el procedimiento administrativo en el orden social se encuentra claramente regulada en el artículo 9 del RD 928/98, dentro del capítulo que desarrolla las **actividades previas al procedimiento sancionador**, de la siguiente manera:

Artículo 9: La actividad previa de comprobación podrá iniciarse, de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 42/1997...de cualquiera de las siguientes formas:

a)....

b)...

f) Por **denuncia de hechos presuntamente constitutivos de infracción** en el orden social. El escrito de denuncia deberá contener además los datos de identificación personal del denunciante y su firma, los hechos presuntamente constitutivos de infracción, fecha, lugar de su acaecimiento, identificación de los presuntamente responsables y demás circunstancias relevantes. No se tramitarán

¹⁶ Ver Comentario Sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y Normas Concordantes. (Director: Monereo Pérez, José Luis) Editorial Comares, Granada, 2006, págs. 681.682.

las denuncias anónimas, las que se refieran a materias cuya vigilancia no corresponde a esta inspección, las que manifiestamente carezcan de fundamento o resulten ininteligibles, ni las que coincidan con asuntos de que conozca un órgano jurisdiccional. **El denunciante no tendrá la condición de interesado en esta fase de actividad inspectora previa**, sin perjuicio de que, en su caso, tengan tal condición en los términos del artículo 31 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común una vez que se inicie el expediente sancionador o liquidatorio. (lo resaltado en negrita es nuestro)

El artículo 13 del RD 928/98, desarrolla los aspectos relacionados con la iniciación del procedimiento sancionador indicando que el mismo **se iniciará de oficio**, como resultado de la actividad inspectora previa, por acta de infracción, por acta de infracción de la inspección de Trabajo y Seguridad Social, salvo el caso de sanciones leves y graves a los solicitantes y beneficiarios de la seguridad social, que se iniciará por la correspondiente entidad gestora.

C. La denuncia en materia disciplinaria

El procedimiento Administrativo Sancionador en materia disciplinaria fue excluido del régimen general de la Ley 30/92 a través de su disposición adicional octava. En consecuencia el régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado se regula por su normativa especial contenida en el Decreto 33/1986 de 10 de enero.

Este Decreto en cuanto a la iniciación del procedimiento, en su artículo 27, indica que se iniciará siempre de oficio, por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, moción razonada de los subordinados o denuncia. Si se inicia el procedimiento como consecuencia de una denuncia, el acuerdo de iniciación se le deberá comunicar al firmante de la misma.

No se hace mención en el Decreto, sobre la necesidad de acompañar la solicitud de iniciación para que le sea comunicada la resolución por la cual se inicia el procedimiento sancionador. Tampoco se percibe oportunidad de participación en las demás etapas del procedimiento. El artículo 48.3 del Decreto, menciona la obligación de notificar al denunciante la resolución que pone fin al procedimiento disciplinario, lo cual podría entenderse, con la posibilidad de interponer los recursos que

se le otorgan al inculpado o denunciado;¹⁷ sin embargo, en sentencias recientes del Tribunal Supremo se ha confirmado la falta de interés legítimo del denunciante recurrente en materia disciplinaria dado que su situación no experimenta ventaja alguna por el hecho de que se sancione al denunciado.¹⁸

D. La denuncia en las leyes autonómicas

En el Manual de Derecho Administrativo Sancionador de la Abogacía General del Estado, se hace un estudio de las diferencias que presenta la regulación estatal frente a la autonómica respecto al procedimiento administrativo sancionador. Dentro de las normativas analizadas solamente presentan diferencias destacables la regulación de la Comunidad de Aragón y del País Vasco. La Ley 2/1998 que regula el ejercicio de la potestad sancionadora y el procedimiento administrativo sancionador en el País Vasco tiene particularidades respecto a las reglas básicas de la potestad y en cuanto al procedimiento sancionador introduce aspectos relativos al acceso al expediente y sobre la posibilidad de iniciar el procedimiento a instancia de parte, como si se tratara de una querrela penal. Las demás leyes autonómicas no mantienen innovaciones sobre el procedimiento sancionador, incluso algunas se remiten a la Ley 30/92, y al reglamento de la potestad sancionadora, a pesar de contar con competencias de ejecución, como ocurre con la Ley del Procedimiento Sancionador de las Islas Baleares.

E. La denuncia en el régimen local

El RD 1398/93 que reglamenta el procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, en su exposición de motivos menciona que los tres niveles administrativos (Estatal, Autonómico y local) tienen competencia para establecer sus propios procedimientos para el ejercicio de la potestad sancionadora, sin perjuicio de la supletoriedad del propio reglamento, de acuerdo a lo que señala el artículo 149.3¹⁹ de la

¹⁷ Artículo 48.3: “La resolución deberá ser notificada al inculpado, con expresión del recurso o recursos que quepan contra la misma, el órgano ante el que han de presentarse y plazos para interponerlos. Si el procedimiento se inició como consecuencia de denuncia, la resolución deberá ser notificada al firmante de la misma”.

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso de 6 de marzo de 2003 (Recurso de Casación). “El recurrente sostiene su legitimación para interponer recurso contencioso, legitimación que la Sala “a quo” le niega...”

¹⁹ Artículo 149.3: “Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos. La competencia sobre las materia que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de

Constitución Española respecto a las Comunidades Autónomas. Específicamente sobre la aplicación del Reglamento de la Potestad Sancionadora a las entidades locales la exposición de motivos del mismo expresa que “el Reglamento se aplicará directa o supletoriamente según resulte de las normas estatales, autonómicas o locales dictadas al amparo de las reglas de distribución de competencias expresada en el bloque de la constitucionalidad...”

La disposición adicional única del RD 1398/93 en su numeral segundo mantiene en vigor las ordenanzas locales que establezcan tipificaciones de infracciones y sanciones o procedimientos para el ejercicio de la potestad sancionadora, en lo que no se opongan o contradigan a la Ley 30/92 y se ajusten al artículo 2.2 del RD 1398/93.

¿Cómo se traduce todo esto respecto a la facultad de los entes locales de dictar normas que establezcan procedimientos en materia sancionadora?

Algunos autores sostienen que en este caso estamos frente a lo que se denomina vinculación negativa a la legalidad, lo cual permite a los entes locales tipificar infracciones e imponer sanciones, así como establecer procedimientos, mediante ordenanzas siempre que no vulneren el contenido de una norma con rango de Ley.²⁰

En consecuencia, en las materias de su competencia y previa habilitación legal, podrán desarrollar aspectos del procedimiento que no contradigan la normativa Estatal o Autonómica. De este modo, en materia de iniciación del procedimiento administrativo sancionador, tendrán que seguir el procedimiento contenido en la RD 1398/93 cuando se trate de materias de competencia estatal cuyo desarrollo pueda realizarse a través de ordenanzas municipales previa habilitación y en materia autonómica se seguirá el procedimiento contenido en las normas autonómicas que regulen el procedimiento sancionador, permitiéndose a los entes locales establecer procedimientos locales que modulen aspectos del reglamento, sin vulnerarlo. Ante cualquier disyuntiva queda claro que si la denuncia está contemplada como forma de iniciar un procedimiento sancionador y se regula el papel del denunciante en el procedimiento y su participación en el proceso, por parte de una Ley Estatal o autonómica, no podrá una ordenanza municipal regular la figura de la denuncia y el denunciante restringiendo su peso en el procedimiento.

conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas”.

²⁰ Véase, Manual de Derecho Administrativo Sancionador, op.cit., págs 518-519.

IV. Capacidad, legitimación y demás derechos y obligaciones derivados de la calidad de denunciante

En un periódico gratuito, de los que se reparten diariamente en las bocas de metro madrileñas, me llamó la atención un recuadro sobre una campaña ambiental. La noticia rezaba así: “la campaña industria limpia se cerró con 1,383 denuncias”. Se indicaba que el Ayuntamiento de Madrid en el año 2005, realizó 858 inspecciones a industrias de riesgo o productoras de residuos tóxicos, un 137% más que en el año 2004.²¹

Si bien, en su gran mayoría las denuncias provenían de las propias autoridades del Ayuntamiento a través de inspecciones, en caso de posibilidad de denuncia, entre otras, cabe hacerse por lo menos cinco preguntas específicas sobre la denuncia administrativa. Interrogantes relacionadas con el tema de la legitimación, entendida como la facultad que tiene una persona de solicitar a la Administración que ponga en marcha el aparato estatal a través del inicio de un procedimiento que lleve en el caso de la potestad sancionadora a deslindar responsabilidades respecto a la comisión de una infracción administrativa, la obligación de iniciar el procedimiento producto de una denuncia, el papel del denunciante en el procedimiento y la responsabilidad que conlleva la presentación de una denuncia.

Las respuestas a estas interrogantes son importantes tanto para el Estado que sanciona como para el sancionado, para quien presenta denuncias, así como para la jurisdicción contencioso-administrativa quien en última instancia determinará si hay infracción y si corresponde o no una sanción.

1. ¿Quiénes tienen capacidad y están legitimados para presentar denuncias administrativas que lleven al inicio de un procedimiento sancionador?

El Reglamento de la Potestad Sancionadora (RD 1398/93) sostiene que “cualquier persona” puede presentar una denuncia; sin embargo, esto no puede interpretarse como absoluto, y ante el vacío en la propia norma

²¹ En la noticia de 16 de enero de 2006, del diario Qué!, se indicaba también que en los 426 talleres controlados se identificaron 630 infracciones, en las industrias de imprenta se anotaron 385 irregularidades, y de las 70 inspecciones a peluquerías, centro de estética y locales de tatuajes piercing se observaron 132 infracciones, mientras que en las clínicas veterinarias 109.

habrá que analizar la Ley 30/92, las normas sobre capacidad contenidas en el Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

A. La capacidad para presentar denuncias

Respecto a la capacidad de “**cualquier persona**” (artículo 11.d) para presentar denuncias por infracciones administrativas, el Real Decreto reglamentario de la potestad sancionadora no indica nada al respecto. El artículo continúa señalando: “**en cumplimiento o no de una obligación legal**, pone en conocimiento de un órgano administrativo, la existencia de un determinado hecho...” Sobre quienes están obligados legalmente a denunciar tampoco está desarrollado en el Real Decreto, no obstante, esta redacción es similar a la que contiene la norma penal relacionada con las denuncias que incluye a la vez reglas sobre capacidad.

¿Cómo integrar este vacío? ¿Con las normas administrativas o con las normas penales?

González Pérez y **González Navarro**, respecto a este tema indican que solamente cuando no sea posible solucionar el problema de anomia suscitado con las normas de derecho administrativo, podrá utilizarse al derecho penal²².

La respuesta a la determinación de la capacidad la encontramos de modo parcial en la Ley 30/92 que en su artículo 30 desarrolla dentro del Título dedicado a “Los Interesados”, las normas generales sobre la capacidad de obrar indicando que tendrán capacidad de obrar ante las Administraciones Públicas, las personas que la ostenten de acuerdo a las normas civiles y los menores de edad para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico-administrativo, sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela, exceptuándose los menores incapacitados, cuando esta afecte el ejercicio de defensa de derechos e intereses.

²² “Creo que basta con saber que las normas penales y las administrativas sancionadoras se encuentran en el mismo plano, lo que impide que pueda hablarse de especialidad de las segundas respecto de las primeras. Lo que quiere decir que las eventuales lagunas del derecho administrativo sancionador han de llenarse agotando primero el ordenamiento administrativo, y sólo cuando no sea posible solucionar el problema de anomia suscitado podrá pasarse al derecho penal”. **González Pérez**, Jesús y **González Navarro**, Francisco. Comentario a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/92 de 26 de noviembre) Civitas Ediciones, tomo II, tercera edición, Madrid, 2004. p.2695-2696

Si leemos este artículo sin analizarlo detenidamente, podría pensarse que un menor de edad (menor de 18 años, de acuerdo a la legislación civil española) puede iniciar a través de denuncia el procedimiento administrativo sancionador en ejercicio de un derecho para el cual en principio, no se observa en la legislación administrativa ninguna limitación que requiera la asistencia de quien ejerza su patria potestad.

Sin embargo, la denuncia puede acarrear responsabilidad civil para ese menor en caso de que resulte infundada; por otra parte, si se permite a un menor presentar una denuncia como afectado por la infracción, es decir, como denunciante cualificado y participar en el procedimiento administrativo, igualmente se verá impedido de participar en el proceso contencioso, debido a la limitación que contiene el código civil para los menores no emancipados. Además, ¿cual es la edad mínima en que puede permitirse su participación en un procedimiento administrativo?

La respuesta podría encontrarse en normas sectoriales que podrían condicionar la capacidad en diferentes supuestos y no parece la solución reunir estos diferentes supuestos de normas sectoriales y reglamentarias para obtener una norma general que ayude a determinar las regla general sobre capacidad para ser denunciante en el procedimiento administrativo sancionador.

De este modo la solución puede estar en la norma penal que no solamente indica quienes tienen limitaciones legales para presentar denuncias penales, sino quienes están obligados a presentarlas por la naturaleza de su trabajo, profesión u otra situación especial, supuesto mencionado en el Real Decreto reglamentario.

El artículo 259 de la Ley de enjuiciamiento criminal (RD 14/1882) obliga a quien presenciare la perpetración de cualquier delito público a ponerlo de inmediato en conocimiento del juez de instrucción, de paz, comarcal o municipal, o funcionario fiscal más próximo al sitio en que se hallare, imponiéndole una multa a quien no cumpla con esta obligación.²³

En el procedimiento administrativo sancionador, el Real Decreto 1398/93 solamente impone esta obligación para quien esté obligado sin indicar si esto se considera una infracción a la que le corresponderá una sanción administrativa, sin perjuicio de que alguna norma sectorial establezca como sanción, la omisión en la presentación de la denuncia que le

²³ El artículo 259 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que el que presenciare la perpetración de cualquier delito público está obligado a ponerlo en conocimiento del juez de instrucción, de paz, comarcal o municipal, o funcionario fiscal más próximo al sitio en que se hallare, imponiendo al que no lo hiciera una multa de 25 a 250 pesetas.

correspondería realizar a quien tuviere conocimiento del hecho que constituye la infracción.

Respecto a los exonerados de la obligación de presentar denuncia en el procedimiento penal, el artículo 260 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, excluye a los impúberes²⁴ y a los que no gozaren de pleno uso de razón. El artículo 261 excluye adicionalmente al cónyuge del delincuente, los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines al delincuente y sus colaterales consanguíneos o uterinos y afines hasta el segundo grado inclusive. De igual modo están exentos de denunciar los hijos naturales respecto de la madre siempre y respecto del padre si estuvieren reconocidos. Lo mismo respecto a la madre y el padre con los hijos. En cuanto a los menores excluye su obligación de denunciar, pero no indica nada sobre el valor de las denuncias que presenten.

Sobre los obligados por razón de sus cargos, profesiones u oficios, si estos tuvieran noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlos inmediatamente al Ministerio Fiscal, al Tribunal competente, al Juez de Instrucción, o al funcionario de policía más próximo en caso de delito flagrante.

Esta norma de la Ley de Enjuiciamiento criminal junto con las normas sectoriales sirve para integrar la norma contenida en el RD 1398/93.

En lo relativo a la capacidad de las personas jurídicas para interponer denuncias a través de sus representantes autorizados, el RD 1398/93 indica la posibilidad para “cualquier persona” sin hacer distinciones entre naturales y jurídicas, por lo que no cabría hacer discriminaciones de este tipo. En materia penal algunos autores consideran que procede la denuncia a través de personas jurídicas en la querrela, que a diferencia de la denuncia, la Ley de Enjuiciamiento Criminal considera como un acto de ejercicio de la acción penal, mediante el cual el querellante asume la cualidad de parte acusadora. Históricamente, se limitó la capacidad para interponer la querrela a las personas jurídicas, sin embargo en la década de los noventa esto fue superado.²⁵

²⁴ El artículo 315 del Código Civil español establece que la mayoría de edad empieza a los 18 años cumplidos. En consecuencia se considerará impúber a los menores de edad salvo consentimiento de los padres y autorización judicial de emancipación a los 16 años de edad de acuerdo al artículo 317 del Código Civil.

²⁵ La capacidad de la persona jurídica en la acción popular fue negada por una clásica doctrina de nuestros Tribunal Supremo, la cual ha sido desenterrada por una no muy lejana sentencia (STS de 2 de marzo de 1982), con base en una interpretación literal del artículo 101, que utiliza el término “ciudadano” según la cual la acción penal parece reservarse a las personas físicas. En opinión de aquella clásica jurisprudencia a las personas jurídicas, se les debe asimilar al supuesto contemplado por el número 2º del artículo 102 (incapaz para el ejercicio de los derechos civiles), por lo que se les ha de

B. Los grados de legitimación y la condición de interesado

En cuanto a la legitimación, asaltan dudas sobre si hay grados de legitimación o es indiferente para el procedimiento administrativo sancionador contenido en el reglamento de la potestad sancionadora que el denunciante tenga relación o no con la infracción o haya resultado afectado directa o indirectamente con la misma.

De este modo, es necesario distinguir entre el mero denunciante y el denunciante cualificado que tiene un derecho o interés legítimo, lo que lo colocaría como interesado en el procedimiento.²⁶

Por ejemplo, en el caso de cualquier infracción, habría que determinar si el particular presenta la denuncia como ciudadano preocupado del cumplimiento de las normas o si asiste como afectado por la infracción de las mismas y le corresponderá a la Administración determinar este grado de afectación para calificarlo o no como interesado (reglas del artículo 31 de la Ley 30/92) Esto es importante para efecto de determinar hasta qué punto puede permitirse su participación en el procedimiento.

B.1. El mero denunciante

Es el que no tiene en principio la titularidad de un derecho subjetivo o un interés legítimo en que el procedimiento sancionador se inicie. De esta forma, quien tenga vocación ciudadana y quiera denunciar infracciones de empresas o particulares, simplemente tendrá que cumplir con los requisitos que señala el artículo 11 del RD 1398/93, haciendo la relación de los hechos e identificando en la medida de lo posible al infractor. Si además presenta solicitud de iniciación del procedimiento, la Administración solamente estará en la obligación de comunicarle la iniciación o no del procedimiento sancionador, indicándole los motivos por los cuales no se ha iniciado, tal como se desprende del artículo 11.2 de la Ley 1398/93.

reconocer capacidad para la querrela privada y excluirse para la pública. Esta doctrina fue cambiada en 1992 y reiterada posteriormente por sentencia de 2001 (STC129/2001) reconociendo que en ocasiones las personas morales son portadoras de intereses difusos (asociaciones de ecologistas y consumidores), que han de merecer el calificativo de legítimos a la luz del artículo 24.1 CE, por lo que en tales supuestos, se les debiera reconocer capacidad para el ejercicio de la querrela pública. De aquí que en la actualidad rija la regla contraria. **Gimeno Sendra**, Vicente, en *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, .AA.VV. Editorial Colex, segunda edición, Madrid, 2003. p.153

²⁶ AA.VV. *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*. Editorial Aranzadi – Ministerio de Justicia, Madrid, 2005.

Si quiere que se le considere como interesado, tendrá que presentar pruebas que lo coloquen como tal, al tener un derecho subjetivo afectado (cercanía una empresa ruidosa a su domicilio, por ejemplo) El mero denunciante que no acredite este interés legítimo, no se considera interesado.²⁷ Así lo han sostenido expresamente la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2000 y otras sentencias de tribunales autonómicos, que han calificado al mero denunciante como un “testigo cualificado”.

La pregunta que cabe hacerse es ¿qué recurso tiene el calificado de mero denunciante que considere que tiene un interés legítimo y un derecho subjetivo que resulta vulnerado con la infracción y este no le es reconocido en el procedimiento sancionador negándole la oportunidad de participar en el procedimiento como interesado?

La incoación del expediente sancionador ha sido calificada por la doctrina y así lo ha reiterado la jurisprudencia, como un acto de mero trámite que no impide la continuación del procedimiento ni afecta intereses legítimos porque no hay una voluntad ni decisión definitiva de la Administración²⁸, y en consecuencia no es susceptible de recurso en la vía contencioso-administrativa por parte del afectado por la no incoación del expediente. No obstante el no permitir a un particular denunciante recurrir la negativa a acceso al expediente como interesado, por considerar que no tiene un

²⁷ El concepto de interesado está desarrollado en el artículo 31 de la Ley 30/92 y debe servir a la Administración instructora para determinar cuando una persona que se inicia un procedimiento es susceptible de otorgarle esta calidad. Artículo 31.

1. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:

- a) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.
- b) Los que sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.
- c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.

2. Las asociaciones y organizaciones representativas de intereses económicos y sociales, serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos que la Ley reconozca.

3. Cuando la condición de interesado derivase de alguna relación jurídica transmisible, el derecho-habiente sucederá en tal condición cualquiera que sea el estado del procedimiento.

²⁸ En múltiples sentencias se ha sostenido que el acto de incoación de un expediente administrativo sancionador es un acto de trámite no susceptible de impugnación independiente ante el Contencioso-Administrativo. En consecuencia el afectado por la incoación de este expediente tendrá que esperar la resolución del mismo para impugnar la decisión final y las irregularidades que se hayan podido dar en el procedimiento. (STS de 19 de junio de 2003, STS de 15 de julio de 1991) Véase **González Pérez**, Jesús. “Código de la Justicia Administrativa”. Editorial Aranzadi, Navarra, 2005, págs. 1842-1843

interés legítimo afectado como ocurre en el caso del denunciante que sostiene la afectación de un interés subjetivo con la infracción, no puede ser aplicable a este supuesto.

Para el denunciante, el procedimiento administrativo finaliza con la decisión de no iniciar el procedimiento sancionador. Así lo plasma **Lozano Cutanda** en su trabajo sobre la oficialidad de la acción sancionadora administrativa, recordándonos que si bien el acto de iniciación del procedimiento es un acto de trámite, que en principio no es recurrible de forma autónoma, en este caso sí cabe el recurso en cuanto se trata de un acto que determina la imposibilidad de continuar el procedimiento, tal como se indica en el artículo 107 de la Ley 30/92.²⁹

B.2. El denunciante cualificado

Es el denunciante que además de tener un derecho subjetivo, logra acreditar un interés legítimo en el resultado de la resolución, por lo que habrá de reconocerle la posibilidad de participar en todos los trámites del procedimiento administrativo sancionador. De este modo tiene derecho a que se le notifique el acuerdo de incoación del expediente sancionador³⁰ o su negativa, lo cual podrá impugnar, a hacer alegaciones y a impugnar la resolución que le ponga fin al procedimiento en vía administrativa.

Del artículo 11.2 y el artículo 13.2 puede inferirse la diferencia entre el mero denunciante y el denunciante cualificado. El párrafo final de artículo 11.2 habla de la obligación de comunicar si la denuncia va acompañada de la correspondiente solicitud de iniciación. El artículo 13.2, si bien utiliza la palabra notificar que es una forma de comunicación, diferencia entre el denunciante y los interesados que se pueden confundir o no. Para zanjar de alguna manera la polémica que puede darse entre estas dos categorías de denunciantes, el Tribunal Supremo en diferentes sentencias (2 de marzo de 1999, 5 de noviembre de 1999 y 15 de julio de 2002) ha llegado a uniformar su criterio, sosteniendo que la cuestión de la legitimación del denunciante debe ser

²⁹ **Lozano Cutanda**, Blanca. “El principio de Oficialidad de la Acción Sancionadora Administrativa y las Condiciones Necesarias para Garantizar su Efectividad”. Revista de Administración Pública N°161, mayo-agosto 2003, pág. 102.

³⁰ El artículo 11.2 de la Ley 1398/93 expresa que cuando se haya presentado una denuncia, se deberá **comunicar** al denunciante la iniciación o no del procedimiento cuando vaya acompañada de una solicitud de iniciación. El artículo 13.2, sin embargo, menciona expresamente que el acuerdo de iniciación se comunicará al instructor...y se **notificará** al denunciante, en su caso, y a **los interesados**, entendiéndose en todo caso por tal al inculpado. En la notificación se advertirá a los interesados que, de no efectuar alegaciones sobre el contenido de la iniciación del procedimiento en el plazo previsto en el artículo 16.1, la iniciación podrá ser considerada propuesta de resolución...

casuística, de modo que no resulta aconsejable ni una afirmación ni una denegación indiferenciadas para todos los casos y que la clave para determinar si existe un interés legítimo en el proceso de impugnación de una resolución dictada en el expediente abierto en virtud de una denuncia, debe situarse en si “la imposición de una sanción puede producir un efecto positivo en la esfera jurídica del denunciante o puede eliminar una carga o gravamen, en esa esfera, y será así, en cada caso, y en función de lo pretendido, como puede darse la contestación adecuada”³¹

2. ¿Está obligada la Administración a incoar o iniciar el procedimiento sancionador como consecuencia de una denuncia? De aquí se derivan otras interrogantes: ¿Si la Administración decide no abrir expediente sancionador puede el denunciante impugnar la decisión expresa o tácita de la Administración de no iniciar el procedimiento?

La primera parte de la pregunta guarda relación directa con la discusión doctrinal sobre si la potestad sancionadora es como se deriva de la propia palabra: potestativa, o engloba una potestad-deber cuando se den ciertas circunstancias.³²

A. El deber de realizar diligencias con independencia de la calidad de mera denuncia o denuncia por medio de interesado

Aquí entramos en el campo de las actuaciones previas o diligencias previas a la incoación del expediente sancionador. Estas actuaciones están reguladas en el artículo 69.2 de la Ley de Procedimiento Común (Ley 30/92), de forma general, para los procedimientos iniciados de oficio, y en el artículo 12 del RD 1398/93 en forma particular y detallada, sin excluir los procedimientos no iniciados de oficio.

El artículo 12 del RD 1398/93, indica que se podrán realizar actuaciones previas con objeto de determinar con carácter preliminar si concurren

³¹ Citado en Manual de Derecho Administrativo Sancionadora, op. cit., p.340-341.

³² Una de las grandes cuestiones que plantea la potestad sancionadora es la de si su ejercicio es necesario y obligatorio ante la existencia de apreciación de unos hechos que presenten carácter de infracción administrativa, o si por el contrario, dicha potestad comporta un elemento de oportunidad que abre la posibilidad a su ejercicio facultativo. Desde una perspectiva procedimental, se trata en definitiva de determinar si ante unos hechos infractores, la Administración está obligada o no a incoar el procedimiento sancionador; o, de otro modo, si ante una denuncia fundada, la Administración tiene o no la obligación de incoar el procedimiento sancionador, o al menos de investigar y realizar actuaciones o diligencias previas. Ibidem, pág.335.

circunstancias que justifiquen tal iniciación, y determinar con precisión los hechos susceptibles de motivar la incoación del procedimiento, la identificación de las personas responsables, entre otros aspectos relacionados con la infracción.

Antes de adentrarnos en este tema es positivo analizar: ¿Qué plazo tiene la Administración para expedir el correspondiente acuerdo de iniciación del procedimiento o la resolución en la que decide no incoar el procedimiento administrativo sancionador luego de la presentación de una denuncia administrativa?

En cuanto al momento de su práctica, está claro que es antes de la incoación del expediente sancionador, pero en cuanto a la duración de estas actuaciones previas, la Ley y el Decreto Reglamentario guardan silencio, al igual que lo hacen respecto a si los interesados (entiéndase imputado, el superior jerárquico, quien realice la petición razonada, o el denunciante cualificado) tienen derecho a conocer cómo va la acusación en esta fase preliminar. En el caso del presunto infractor sería incluso el derecho a conocer de la acusación. De este modo, difícilmente podría decirse que existe obligación de informar a los denunciantes (sin importar su calidad) sobre el estado de las actuaciones o diligencias previas.³³ Otra cosa distinta es la notificación de la incoación del expediente sancionador, cuando el instructor decida o no incoarlo.

En algún momento la Administración tiene que llegar a una conclusión producto de una denuncia u otro medio distinto a la iniciación de oficio y cuando llegue, deberá comunicarlo a quienes el Real Decreto 1398/03 le obliga a hacerlo. El tema de la posibilidad de alegar silencio administrativo o inactividad de la Administración lo veremos al analizar otra interrogante.

Retomando el tema de la obligación de realizar diligencias previas, en sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2002, en materia disciplinaria, se indicó expresamente el deber de realizarlas: *“Los hechos descritos en la parte inicial de la denuncia causante del acuerdo aquí impugnado, de ser ciertos revelarían una irregularidad en el funcionamiento del órgano jurisdiccional a que tal denuncia iba dirigida, y*

³³ Las actuaciones previas, también denominadas diligencias previas, información previa, o en terminología de la antigua Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, información reservada, constituyen en este sentido una garantía encaminada a asegurar el correcto y mesurado ejercicio de esta potestad, evitando en lo posible fallidas acusaciones sin base legal o fáctica o la apertura precipitada de expedientes sancionadores llamados a culminar en una resolución débilmente fundada en derecho o alternativamente en una resolución de archivo. Manual de Derecho Administrativo Sancionador. Ibidem, págs. 346-347

por ello hacían aconsejable la práctica de diligencias informativas antes de proceder a su archivo”.

B. La impugnación de la decisión de no abrir o incoar expediente sancionador

Ha sido reconocido por gran cantidad de sentencias, que el acuerdo por el cual se incoa un expediente administrativo, es un acto de mero trámite no recurrible en la vía administrativa, lo cual afecta directamente al denunciado; sin embargo, esta doctrina vista desde otra óptica, afecta también a los denunciantes, incluso a los cualificados, no obstante, en sentencias de los últimos años se ha empezado a considerar que cuando la denuncia tiene cierto fundamento sobre la realidad de las conductas denunciadas, por ejemplo se acompaña de prueba por parte del denunciante, la Administración no tendría motivación real para no iniciar el procedimiento. En otras palabras, las denuncias no podrán ser rechazadas, debiendo acordarse en tal caso la incoación del procedimiento. Por ejemplo, en sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2002, se resolvió un recurso de casación presentado contra el Tribunal de Defensa de la Competencia, por la Unión Española de Aseguradores y Reaseguradores, debido al rechazo de una denuncia y archivo del expediente.

Se indicó expresamente: “si bien es cierto que hay que impedir la presentación infundada de denuncias, no lo es menos que no pueden rechazarse las que tengan cierto fundamento sobre la realidad de las conductas denunciadas, debiendo abrirse el procedimiento en el que, con intervención y audiencia de los interesados, puedan practicarse las pruebas de cargo y de descargo por todos los intervinientes, y decidirse con plenitud de conocimiento sobre la realidad de los hechos denunciados”.

Sentencias como esta reavivan el debate sobre la obligatoriedad de incoar el procedimiento que lleve o no a la sanción, frente al principio de oportunidad defendido por autores como **Nieto y Huergo Lora**.

3. ¿Puede una persona sancionada por una infracción denunciar la existencia de otras infracciones similares y negarse a cumplir la sanción sobre la base del principio de igualdad?

La respuesta a la primera parte es positiva, aunque con matices. Un particular como destinatario de una sanción, por ejemplo, producto de una infracción urbanística puede denunciar a los demás que incumplen la

legislación; puede presentar una denuncia o hacer una petición de que se habrá una investigación sobre los demás incumplimientos. De igual manera tiene la opción de recurrir el acto de gravamen que le impone la sanción. Sin embargo, la jurisprudencia ha sostenido que el principio de igualdad no puede ser invocado en la ilegalidad, incluso aunque la Administración se haya separado del criterio mantenido con carácter general teniendo la obligación de motivar y no lo haya hecho, tal como se sostuvo en sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2001 citada por **Lozano Cutanda** en su trabajo relacionado con el principio de oficialidad en materia sancionadora.³⁴

Por otra parte hay sentencias (aunque previas a la Ley 30/92 y el RD 1398/93), que han aceptado la existencia del principio de igualdad en materia de sanciones administrativas, en circunstancias particulares. Por ejemplo, en la sentencia de 23 de mayo de 1985, dictada por el Tribunal Supremo, resolviendo un recurso de protección de los derechos fundamentales y libertades públicas, en apelación, se declaró la nulidad de lo actuado por el Gobierno Civil de Zaragoza, señalando que el procedimiento sancionador debió ser dirigido en su caso, contra todos los organizadores de la manifestación convocada, en los términos expresados en su escrito dirigido al Gobernador Civil y no solamente contra uno de los convocantes.³⁵ El criterio de que el principio de

³⁴ Entre otras muchas, podemos citar la STS de 16 de marzo de 2001, la cual sostuvo que ante la separación definitiva del servicio impuesta a un policía de la Ertzaintza por haber sido condenado penalmente como autor de un delito de colaboración con banda armada y frente a la alegación del sancionado de vulneración del principio de igualdad porque a otros compañeros suyos en situación similar no se les impuso la misma sanción, sostiene que “el principio de igualdad (...) es demandable en la legalidad y no en la ilegalidad”. Op cit.

³⁵ Aranzadi/2383, Repertorio de Jurisprudencia, 1985, volumen II. “Como consta en el expediente administrativo, la solicitud de autorización para celebrar la manifestación del día 23 de noviembre de 1984, fue encabezada por cuatro personas con expresión de sus nombres, apellidos, número del Documento nacional de identidad y domicilio, expresando que actuaban todos ellos como integrantes del “Comité de Solidaridad con Nicaragua”, precisando en el cuerpo del escrito...Que dados los términos del escrito...no puede ponerse en duda el carácter de organizadores de la manifestación de los cuatro solicitantes que lo firmaron; pues bien, pese a ello, el expediente sancionador incoado por el gobernador Civil de Zaragoza, solamente se dirigió contra el primero de los cuatro, y ha sido a él a quien únicamente le ha sido impuesta la multa de 100,000 pesetas, excluyendo tanto de ese expediente a los otros tres firmantes del escrito, que también eran organizadores de la manifestación.....Que si bien es cierto que el artículo 25 de la Ley de Procedimiento Administrativo precisa que cuando un escrito estuviere firmado por varios interesados, las actuaciones a que diera lugar se entenderán con aquel que lo suscribiere en primer término, ello es, como dice el propio artículo “cuando no se exprese otra cosa en el escrito” que es lo que ocurre en el caso que se resuelve, en el que los cuatro firmantes solicitaron la celebración de la manifestación en su calidad de miembros del “Comité de Solidaridad de Nicaragua”...por lo que no habiéndolo hecho así, se ha

igualdad no puede ser invocado en la ilegalidad, considero que no debería ser tan rígido. El análisis podría ser casuístico. La Administración podrá basarse en limitaciones humanas que le impidan sancionar todas las infracciones iguales a la castigada en un determinado momento, pero ante la posibilidad de hacer cumplir el principio de igualdad, difícilmente tendrá sustento la excusa de la imposibilidad física.

Ante las sentencias analizadas, lo relacionado a la negativa a cumplir con la sanción hasta que se sancione a los demás supuestos incumplidores, no procede. Lo que procede es recurrir la sanción y solicitar una suspensión de la misma. Lo contrario es como negarse a aceptar la multa de un oficial de tránsito hasta que sancione a todos los que están mal estacionados en la cuadra.

4. ¿Podría interponerse un recurso por inactividad de la Administración solicitando se condene a la administración a iniciar el correspondiente procedimiento sancionador? En caso de que se inicie el procedimiento ¿puede el denunciante participar en el procedimiento sancionador en todas sus etapas?

A. Inactividad de la Administración al no iniciar un procedimiento sancionador a consecuencia de una denuncia

La decisión de iniciar o no iniciar el procedimiento administrativo sancionador no está debidamente regulada, como ya lo hemos indicado con anterioridad. El artículo 11 del Real Decreto 1398 al desarrollar las formas de iniciación solamente indica que la formulación de una petición no vincula al órgano competente para iniciar el procedimiento sancionador, sin embargo deberá comunicar al órgano que la hubiera formulado los motivos por los que, en su caso, no procede la iniciación del procedimiento y cuando se trate de denuncias, comunicar al denunciante cualificado o al mero denunciante cuando acompañe una solicitud de iniciación.

Como ya fue analizado, no indica la norma un plazo para esta comunicación, no pudiendo interpretarse como silencio administrativo positivo o negativo la no incoación del expediente dentro del plazo de

infringido el principio de igualdad proclamado en el artículo 14 de la Constitución... y como la infracción se cometió desde la iniciación del expediente sancionador, que se dirigió contra uno solo de los organizadores, debe declararse la nulidad de lo actuado, retrotrayendo las actuaciones al momento en que se cometió la infracción, con objeto de que el Gobierno Civil de Zaragoza proceda en forma legal”

seis meses, dado que el plazo a que se refiere la obligación de resolver contenida en el artículo 20.6 del RD 1398/93 una vez se haya iniciado el procedimiento sancionador, se da con la incoación del expediente sancionador. **Gómez Puente** realiza este análisis sobre la posibilidad de alegar silencio administrativo positivo, llegando a la conclusión de que con esta técnica legal no se soluciona el problema de la inactividad, además de que difícilmente se podría obtener la tutela legal efectiva.³⁶

Sobre este tema, resulta interesante la sentencia de 16 de noviembre de 2001, citada por **González Pérez**³⁷, para explicar la diferencia entre la denuncia de una infracción administrativa y el derecho de petición. En la citada sentencia los demandantes interpusieron un recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta de la petición de que se instruyera un expediente sancionador contra una empresa de radiodifusión por supuestas irregularidades en la explotación de la frecuencia de radio, invocando como derecho fundamental infringido el derecho de petición consagrado en el artículo 29 de la Constitución, basándose en que a pesar de haber transcurrido el tiempo que indica la Ley para atender la solicitud, no se le había dado ninguna clase de tramitación. El Tribunal Contencioso Administrativo, estimó el recurso considerando que en base a la inactividad administrativa, se produjo una efectiva infracción del derecho fundamental de petición de los demandantes, y ordena a la Administración demandada que cumpla con su deber de dar trámite en debida forma al escrito de denuncia de los interesados.

Esta sentencia fue casada por la sentencia de 16 de noviembre de 2001, la cual sostiene en su fundamento jurídico segundo, que la denuncia formulada por los actores, por la que solicitaban de la Administración la realización de diligencias tendentes a la averiguación de hechos presuntamente ilícitos y la consiguiente imposición de sanciones a las personas responsables, no puede tener encaje en el marco del derecho fundamental de petición, por lo que el recurso debió ser declarado inadmisibile. Este fundamento termina indicando, y es lo que nos interesa, que la reacción contra la pasividad de la Administración en el esclarecimiento de los hechos denunciados debió haberse canalizado,

³⁶ Este autor se hace la siguiente pregunta: ¿Y si la Administración no acuerda ni deniega la incoación y guarda silencio? Y la contesta indicando que en este caso al silencio de la Administración no ofrece solución, al menos de modo expreso, la técnica legal del silencio administrativo: de un lado por referirse ésta a procedimientos ya iniciados y no a esta modalidad especial y preliminar; y de otro porque éste sería un supuesto de silencio positivo, sirviendo de poco el mero reconocimiento del derecho a la iniciación si ésta no se materializa. **Gómez Puente**, Marcos. “La Inactividad de la Administración”. Editorial Aranzadi, Navarra, 2000, pág. 409.

³⁷ **González Pérez**, Jesús. “Código de la Justicia Administrativa”. Editorial Aranzadi, Madrid, 2005, págs. 1184 y 1185.

mediante los medios impugnatorios que el ordenamiento jurídico ofrece contra la infracción – expresa o por silencio – de las normas sobre tramitación de denuncias y no mediante la invocación de un derecho fundamental – el de petición – que se proyecta fundamentalmente sobre las peticiones graciables y resulta inaplicable a las pretensiones fundadas en Derecho que incorporan una solicitud de tutela de derechos o intereses reconocidos por el ordenamiento jurídico, en este caso, el derecho a que una denuncia sea tramitada.

Como se puede observar la sentencia hace alusión a los medios impugnatorios que ofrece el ordenamiento jurídico para atacar la pasividad de la administración, expresamente las normas sobre tramitación de denuncias; no obstante, la regulación sobre tramitación de denuncias no contiene normas sobre impugnación del silencio administrativo en caso de que transcurra el plazo sin que se de la incoación del expediente. Es un vacío de la norma.

Ante lo hasta aquí expuesto, ¿qué alternativa tiene el denunciante, luego de transcurridos más de seis meses sin que se le notifique la resolución que decide o no iniciar un procedimiento sancionador?

La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de ahora en adelante Ley 29/98, en su artículo 29 establece la posibilidad de impugnar la inactividad de la Administración en supuestos concretos, por ejemplo, cuando en virtud de una disposición general que no precise actos de aplicación, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, las cuales luego de realizada la reclamación, en el plazo de tres meses sin contestación de la Administración tendrán abierta la vía para acudir al Contencioso-Administrativo.

El derecho a que se inicie un expediente sancionador, al parecer, no se encuadra en los supuestos del artículo 29 de la Ley, por lo que un recurso por esta vía tiene pocas probabilidades de prosperar. En consecuencia, el denunciante cualificado ve sus posibilidades de impugnación de esta inactividad realmente reducidas. Se podría considerar que existe silencio administrativo negativo, luego de transcurridos tres meses sin que se inicie el expediente sancionador y el denunciante tendría la vía del Contencioso-Administrativo, aunque con pocas posibilidades.³⁸

³⁸ Señala Gómez Puente al respecto, que si lo que se persigue es garantizar el control jurisdiccional de la inactividad administrativa, antes que intentar descifrar una voluntad inexistente, mejor sería extender a este supuesto la técnica del silencio administrativo y darle eficacia negativa, al efecto de dirigir contra la denegación ficticia o presunta el eventual recurso. Señala eventual, porque considera que si bien todo denunciante tiene

Por otro lado está el tema de la prescripción de las infracciones y la caducidad del procedimiento. De acuerdo a **Gómez Puente**, la prescripción de la infracción puede devenir tanto por falta de incoación del expediente sancionador (supuesto de inactividad formal), como por falta de notificación del acto de incoación (supuesto de inactividad material), lo cual hay que distinguir del plazo de caducidad que contienen algunas leyes sectoriales y que es distinto al plazo de prescripción.³⁹

B. La participación del denunciante en todas las etapas del procedimiento administrativo sancionador

De los artículos del Real Decreto 1398/93, se desprende que el denunciante que adquiera la calidad de interesado podrá participar en las diferentes etapas del procedimiento administrativo sancionador.

El Capítulo III del Real Decreto, dedicado a la instrucción del procedimiento en su artículo 16, establece un plazo para que los interesados realicen sus alegaciones y propongan pruebas, de igual modo se les notificará la propuesta de resolución y la resolución final del procedimiento.

5. ¿Qué responsabilidad conlleva la denuncia administrativa?

En materia penal, la situación es clara. La falsa denuncia conlleva responsabilidad. El artículo 264.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal hace referencia a esta responsabilidad.

A diferencia de la denuncia penal, en donde hay multa por falta de ejercicio de la denuncia cuando se está obligado a ello que incluso puede derivar en sanción penal si se trata de un encubrimiento, en materia administrativa, la figura del encubrimiento de la infracción administrativa no figura en la Ley como objeto de sanción administrativa. Del mismo modo que no hay referencia a la responsabilidad por falsa denuncia

derecho a una contestación a su denuncia, es objeto de discusión el que también tenga derecho a la incoación del procedimiento una vez desestimada, tácita o expresamente, su pretensión. Op. cit, pág 410.

³⁹ “De modo que transcurrido un plazo de caducidad sin haber ejercitado dicha acción, esto es, sin haber incoado eficazmente el procedimiento sancionador, se verá imposibilitada para hacerlo (aunque la infracción en puridad no haya prescrito). Resulta así que la inactividad administrativa incluso antes de iniciarse el expediente sancionador, puede impedir a la Administración perseguir determinadas infracciones”. Ibidem, pág. 419.

administrativa o denuncia infundada, lo cual no quiere decir que no quede abierta la vía civil para el denunciante que con una denuncia dolosa o mal intencionada haya querido causar un daño a un particular o a una empresa.

CONCLUSIONES

I. La denuncia en el procedimiento administrativo sancionador, como lo reconocen muchos autores especialistas en la materia, es un tema sobre el cual no se ha profundizado demasiado. Las legislaciones de procedimiento administrativo previas a la de procedimiento administrativa, la Ley 30/92, no le han otorgado demasiado valor a la misma. La actual legislación sobre potestad sancionadora se ha preocupado un poco más del tema de la denuncia, resaltando su papel en el procedimiento administrativo sancionador, sin embargo no ha alcanzado todavía mucha personalidad.

II. Si analizamos el Real Decreto 1398, la denuncia como instrumento de colaboración para el inicio del procedimiento sancionador tiene una escasa regulación, y en las leyes sectoriales y órdenes excluidos del régimen general tampoco se observa un ánimo de regular todos los aspectos relacionados con la figura.

III. Existe una especie de silencio por una parte y ambigüedad por otra en lo relacionado a la obligatoriedad de la incoación del expediente sancionador y sobre la calificación del papel del denunciante y su interés, dejando en manos de la jurisprudencia el análisis de la casuística, mientras la Administración sigue amparándose en la discrecionalidad tanto para considerar interesado en el procedimiento al denunciante y para decidir cuando inicia o no el procedimiento sancionador cuando medie una denuncia.

IV. Muchos autores defienden la obligatoriedad del procedimiento sancionador independiente del interés del denunciante cuando se den requisitos mínimos relacionados con el fundamento de la denuncia, al igual que muchos otros defienden la oportunidad de la Administración sujeta a revisión jurisdiccional. Lo cierto es que tanto una postura como la otra son difíciles de sostener para todos los supuestos.

V. Mientras las leyes de procedimiento avanzan en su regulación de las formas de inicio del procedimiento sancionador en el sentido en que lo ha hecho la Ley del País Vasco, al igual que se reconozca la acción popular tal como se reconoce en materia urbanística, patrimonio cultural y protección de las costas, en esa misma medida los ciudadanos van a confiar más en la administración y participarán en mayor medida como colaboradores de la Administración en la identificación de infracciones que afectan los intereses colectivos.

VI. En Panamá, no hay claridad respecto al papel del denunciante dentro del proceso sancionador, ni sobre sus prerrogativas, ni limitaciones dentro del mismo, por lo que este estudio podría servir para analizar la figura con detenimiento de cara a una futura reforma de la Ley de Procedimiento Administrativo en Panamá.

BIBLIOGRAFÍA

I. Obras Generales y Monografías

- **AA.VV.** Lecciones de Derecho Procesal Penal. Editorial Colex, tercera edición, Madrid, 2003.
- **AA.VV.** Manual del Derecho Administrativo Sancionador. (Publicación de la Abogacía General del Estado, Dirección del Servicio Jurídico. Director: **De fuentes Bardají**, Joaquín) Editorial Aranzadi, Madrid, 2005.
- **AA.VV.** (Dirección: **Blasco García**, Juan **García y Monereo Pérez**, José Luis) Comentario Sistemático al Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y Normas Concordantes, editorial Comares, Granada, 2006.
- **AA.VV.** (Director: **Moreno Catena**, Víctor) El Proceso Penal, volumen II. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.
- **Aparicio Pérez**, Antonio. La Denuncia Pública en Materia Tributaria (Génesis, Evolución, Perspectivas de Futuro) Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 2002.
- **Blasco Pellicer**, Angel. El Procedimiento Administrativo Sancionador en el Orden Social. Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1997.
- **Gimeno Sendra**, Vicente. Derecho Procesal Penal, Editorial Colex, Madrid, 2004.
- **González Pérez**, Jesús y **González Navarro** Francisco. Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/92 de 26 de noviembre) Civitas Ediciones, tomo II, tercera edición, Madrid, 2004.
- **Gómez Puente**, Marcos. "La Inactividad de la Administración". Editorial Aranzadi, Ilda edición, Navarra, 2000.
- **González Pérez**, Jesús. Código de la Justicia Administrativa. Editorial Aranzadi, Madrid, 2005.

- **Marcos Cardona**, Marta. El Procedimiento Sancionador Tributario. Editorial Iustel, Madrid, 2005.
- **Moreno Catena**, Víctor y **Cortés Domínguez**, Valentín. Derecho Procesal Penal. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.
- **Nieto**, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Editorial Tecnos, Madrid, 2005.

II. Artículos de Revistas

- **Castillo Blanco**, Federico e **Ildefonso Huertas**, Rosa María. “La Renovación de la Dogmática del Derecho Disciplinario: a propósitos de las infracciones y sanciones en el personal estatutario de la seguridad social”. Revista de Administración Pública Nº158, mayo-agosto de 2002.
- **Lozano Cutanda**, Blanca. “El Principio de Oficialidad de la Acción Sancionadora Administrativa y las Condiciones Necesarias para Garantizar su Efectividad”. Revista de Administración Pública Nº161, editorial Civitas, mayo-agosto 2003.
- **Sanz Rubiales**, Iñigo. “Revocación de Sanciones Administrativas por Motivos de Oportunidad”. Revista de Administración Pública Nº148, enero-abril 1999.

III. Legislación

- Código Civil. Edición preparada por Francisco Fernández Urzainqui, Editorial Aranzadi, Navarra, 2004.
- Ley de Enjuiciamiento Criminal y Otras Normas Procesales. Edición preparada por Julio Muerza Esparza. Editorial Aranzadi, Navarra, 2003.
- Leyes Administrativas. Edición preparada por Luís Martín Rebollo. Editorial Aranzadi, 2004
- Leyes Administrativas. Edición preparada por Eduardo García de Enterría y Santiago Muñoz Machado. Editorial Aranzadi, decimotercera edición, 2005.
- Leyes Sociales Básicas. Editorial Colex, segunda edición, 2003.

**TRATADOS DE DOBLE TRIBUTACION:
LA NUEVA REALIDAD PARA EL
ADMINISTRADO**

LEONARDO BONADIES

La República de Panamá, en su intento por entrar al nuevo milenio decidió tomar el camino de su transformación económica y jurídica. Sin embargo, por paradojas del destino en el año 2007 el mundo se ve sacudido por una severa crisis económica e internacional que ha puesto en graves problemas a los principales países del denominado primer mundo. Sin embargo, Panamá no sucumbió a pesar de las expectativas poco alentadoras de muchos expertos en materia económica. Esas mismas economías de países industrializados que se encuentran en la unidad de cuidados intensivos, le han pedido a la República de Panamá que abandone paulatinamente su condición de paraíso fiscal. Las llamadas listas negras tenían el único objetivo de ir segregando y estigmatizando poco a poco a la República de Panamá.

Así, con el propósito de disminuir la fuga masiva de capitales de países desarrollados hacia Panamá, se ha exigido que esta última suscribiese tratados de doble tributación a efectos de que lo que se genera o tributa en Panamá, no sea nuevamente cobrado en el Estado de origen de esa misma persona.

El Estado panameño se ha propuesto y logrado la firma de tratados de doble tributación con economías como la de Singapur, Francia, España, Corea del Sur, Holanda, Italia, Luxemburgo, México, Portugal, Qatar y Barbados. Sin embargo, a través de la Ley 40 del 18 de abril de 2011 (Gaceta oficial 26767 del lunes 18 de abril de 2011) los Estados Unidos de Norteamérica y Panamá logran suscribir un tratado de intercambio de información fiscal a efectos de que las autoridades del país norteamericano tengan acceso a la información de sus nacionales en la República de Panamá.

Panamá, mediante Decreto Ejecutivo No. 85 del 28 de junio de 2011 (Gaceta Oficial 26824 del viernes 8 de julio de 2011), reglamentó el procedimiento para llevar a cabo el intercambio de información tributaria.

El decreto marca el derecho claro de la Dirección General de Ingresos de solicitar información tributaria de personas objeto de investigación sin necesidad de notificar a los afectados. Llamamos la atención los artículos 4 (literal q), 6 (literal j), 8, 10 y 11 en donde se dejan apreciar aspectos sensitivos que podrían involucrar la participación de terceros, incluidos por supuesto abogados quienes deberán acatar la orden de proporcionar información de sus clientes o representados sin posibilidad alguna de informar de ello a sus mandantes.

El artículo 4 (literal q) plantea la evaluación y contenido de una solicitud de información proveniente de una dirección tributaria extranjera. Este literal permite al Estado requirente que solicita la información a la autoridad panameña, la posibilidad de que la información requerida que se solicita a terceros en Panamá sea considerada de tal relevancia que se obtenga la misma sin notificar a la persona investigada.

Por su lado, al momento de responder el Estado panameño a través de la autoridad competente debe contemplar en base al artículo 6 (literal j) si hay limitaciones para informar a los contribuyentes sobre el suministro de información tributaria.

El artículo 10 contempla que la información proporcionada se maneje bajo estricta reserva o confidencialidad, mientras que el artículo 11 lo consideramos como el de mayor controversia, pues sanciona conforme a la ley a las terceras personas que no proporcionen o proporcionen de manera incompleta o inadecuada la información requerida por la autoridad competente de Panamá.

Mediante Resolución 201-7257 del 12 de julio 2011 proferida por la Subdirección de Intercambio de información tributaria del Ministerio de Economía y Finanzas se limita a crear un manual de uso interno, no accesible al público, en donde se contemplan los procedimientos de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE)

La decisión de la Administración Tributaria de Panamá de ordenar a terceros particulares se sirvan proporcionar información de particulares extranjeros radicados en Panamá bajo estricta reserva, confidencialidad, sin notificar al afectado e incluso sancionar al infractor que así no cumpliera tal normativa, no deja de ser al fin de cuentas un acto administrativo.

Abogados, contadores y demás profesionales que tienen contacto con la persona investigada en virtud del servicio que brindan les queda ahora la responsabilidad de brindar la información a la autoridad competente pero sin notificar al cliente. Sin embargo, nuestra interrogante se fija en torno a la ley de procedimiento administrativo. La Ley 38 del 31 de julio de 2000 (Gaceta Oficial 24109 del 2 de agosto de 2000) plantea una serie de principios como el de legalidad y debido proceso (art.34), sanción de nulidad al acto que implique violación al

debido proceso (art.52), obligación genérica de la Administración de notificación hacia interesado (art.89 y subsiguientes) y que podrían entrar en pugna con el Decreto No.85 de 28 de junio de 2011.

Quedaría la Sala III de la Corte Suprema de Justicia, encomendada de dar el correcto sentido y alcance a este decreto que no tiene rango de Ley pero con una aplicación general que afecta a un número plural de personas naturales o jurídicas extranjeras que han decidido establecerse en Panamá, así como los profesionales relacionados con aquellos.

**DE LA URGENTE NECESIDAD
DE PROFESIONALIZAR
LA POLÍTICA PANAMEÑA**

CARLOS H. DÍAZ .

Experiencia personal

Los parlamentos no suelen ser muy queridos, pero nos gusten o no, son el espejo de la cultura y educación de un pueblo.

Cuando era estudiante de primer año de Derecho, el profesor de Derecho Constitucional nos obligó a asistir como oyentes a una sesión de la entonces llamada Asamblea Legislativa, con el propósito de que entendiéramos las distintas etapas del proceso formativo de una ley.

Recuerdo claramente aquella tarde, lustré mis zapatos, me corté el cabello, me vestí lo mejor posible, pues, supuestamente conocería el parlamento, que a mi incipiente entender, era el foro compuesto por los más destacados profesionales del país, los llamados “*padres de la patria*”, las mentes más brillantes, los mejores hombres, quienes unían su talento, fuerza y vigor y deponían sus intereses particulares, para encontrar las mejores soluciones a los problemas nacionales más apremiantes.

Pero, luego de sentarme en aquel recinto y contemplar aquel “*espectáculo*” de discursos demagógicos, desorden, burlas, lenguaje vulgar, tuve una gran decepción y quedó gravada en mi mente aquella caricatura de política que han acabado dibujando muchos de los personajes de la vida pública de nuestro país, más preocupados por sus particulares intereses y por los de su partido, que por los problemas y necesidades de nuestros pueblos.

Los años han pasado, hoy tengo un poquito más de conocimiento y experiencia, más cuando por accidente, al buscar algo de entretenimiento en la radio o en la televisión, encuentro el canal o la emisora donde se transmiten estas sesiones legislativas, advierto que nuestra realidad política no ha cambiado mucho, pareciera que el objetivo de nuestros “*honorables*” diputados no es resolver los problemas nacionales, sino que sigue siendo, el atender las emociones de sus bases, los caprichos de su “*lider*” y procurar la mayor oportunidad de hacer negocios.

De esta situación no escapan nuestros Alcaldes y Representantes de Corregimiento, pues, existe una extensa brecha entre las declaraciones políticas en tiempos electorales, y la gestión real de los

problemas que alimentan la agenda social cuando ya se es funcionario público.

Un partido o político que responde sólo a su militancia olvida que todo proyecto ideológico se debe a un horizonte más amplio. Rosalynn Carter (*Primera Dama de los Estados Unidos y pionera a favor de la democratización y los Derechos Humanos de América Latina*) dijo que un gran liderazgo no es el que lleva a la gente a donde ésta quiere ir, sino el que es capaz de llevarla a donde debe ir, aunque no necesariamente quiera.

En nuestro país hay una decepción generalizada de la política y de los políticos, por lo que es importante que todos abonemos el camino para que hagamos de la política un espacio digno y confiable, en el que el ciudadano encuentre respuestas a sus necesidades.

¿Qué es la Política?

La palabra **política**, proviene del griego πολιτικός (*pronunciación figurada: politikós, «ciudadano», «civil», «relativo al ordenamiento de la ciudad»*), y es la actividad humana que tiende a gobernar o dirigir la acción del Estado en beneficio de la sociedad. Es el proceso orientado ideológicamente hacia la toma de decisiones para la consecución de los objetivos de un grupo.

La **Ciencia Política**, por su parte, es una ciencia social que estudia dicha conducta de una forma académica utilizando técnicas de análisis político; Los profesionales en esta ciencia adquieren el título de **políticos**, mientras que quienes desempeñan actividades profesionales a cargo del Estado o se presentan a elecciones se denominan **políticos**.

El término **política**, según la Enciclopedia Wikipedia, fue ampliamente utilizado en Atenas a partir del siglo V antes de Cristo, en especial gracias a la obra de Aristóteles titulada, precisamente **Política**. El mismo Aristóteles definía al ser humano como un animal político.

Estas definiciones clásicas apuntan a definir **política** como una disposición a obrar en una sociedad utilizando el poder público organizado para lograr objetivos provechosos para el grupo.

Es pues, la actividad de quienes procuran obtener el poder, retenerlo o ejercerlo con vistas a un fin que se vincula al bien común o con el interés de la generalidad o pueblo.

Importancia de la política

La política es importante. Ni todos los políticos son iguales ni todas las opciones políticas suponen lo mismo. Hay diferencias entre unos y otros y entre unas y otras. Todos los políticos tienen la misma legitimidad para presentarse ante los ciudadanos de la forma que estimen oportuno y todos los partidos tienen la misma legitimidad a la hora de hacer sus propuestas programáticas, pero la decisión que toman los ciudadanos de en quién depositan su confianza para gobernar tiene después consecuencias.

La tarea de un pueblo culto es identificar a ese político que promete lo factible de hacerse, que no vende sólo expectativas, ni falsas promesas, para simplemente ganar votos.

El ejercicio del derecho de sufragio tiene un alto costo social, no cuantificable en términos económicos exclusivamente, aunque también en parte lo tiene. A través del ejercicio del derecho de sufragio decidimos en qué tipo de sociedad queremos vivir, de qué derechos queremos disponer, qué igualdad de oportunidades pensamos que deben ponerse en práctica y, es la política la ciencia-arte de conciliar lo que en sí mismo es polémico dentro de la gran diversidad de opciones, necesidades, requerimientos y posicionamientos que de manera lógica y natural deben darse en una comunidad humana.

Resulta, entonces, imperativo romper esta cadena de círculos viciosos para que nuestra política se convierta en un espacio de diálogo desde donde la sociedad pueda construir nuevos paradigmas para el desarrollo y progreso del país; por ello, este arte debe profesionalizarse en beneficio de los ciudadanos.

Profesionalizar la política

Profesionalizar la política es poner la política en manos de verdaderos profesionales que hayan acreditado su valía intelectual, que hayan demostrado liderazgo moral, capacidad de gestión, y aptitud para ejercer con éxito una actividad compleja, que necesita una previa formación multidisciplinar y una visión superior de la realidad.

En múltiples foros internacionales se expone que existe una urgente necesidad de profesionalizar la política y que los políticos aprendan de metodologías específicas de gobierno y no de disciplinas aisladas (*economía, medicina, administración, etc*), pues los problemas sociales son complejos y estas departamentalizaciones académicas son insuficientes para atenderlos.

Los políticos y funcionarios públicos deben aprender a gobernar con eficiencia y efectividad resolviendo problemas reales que inquietan a la ciudadanía. Dejar de lado la intriga y la descalificación como herramientas principales para hacer política y, en su lugar, privilegiar las ideas para construir un mejor futuro.

¿Qué debe estudiar un político?

El Dr. Roger Matus señala que en Latinoamérica existe un estilo **anestesiado** y **mediocre** de hacer política, ocasionado por 5 fallas sistémicas:

1. Política desenfocada que genera y atiende sus propios problemas y no los de la gente.
2. Políticos que no saben gobernar, confían en su instinto político o en sus especialistas y no han aprendido un método de gobierno.
3. Sistema de baja responsabilidad, nadie le cobra cuentas por desempeño a nadie.
4. Partidos políticos que actúan como clubes electorales, no tienen centros de formación de sus líderes y centros para pensar en sus países.
5. Los sistemas de América Latina son ultra centralizados, distantes de la gente, no se ha municipalizado la política.

En la política moderna es necesario que el líder tenga una formación en derecho, economía, ciencias políticas, sin descartar la historia y la sociología.

Se dice que de los 36 miembros del gabinete de Barack Obama, la mitad tiene títulos de posgrado de las universidades más prestigiosas de Estados Unidos.

Los politólogos coinciden en la urgencia de profesionalizar la política y que el legislador, por ejemplo, tenga formación académica combinada con una extensa experiencia. Se afirma que un político lo mínimo que debe tener es una licenciatura, también una formación universal y estar preparado para temas técnicos y entender las políticas públicas. Debe poder visualizar el panorama nacional de forma clara, debe tener una cultura general para asociar lo económico con lo jurídico; y la formación es importante para visualizar instrumentos y herramientas eficientes. El conocimiento respalda un buen trabajo, da la posibilidad de aplicar métodos y herramientas y permite mayores posibilidades.

Ahora bien, los estudios formales tampoco son suficientes; se considera que aparte de poseer conocimientos académicos, un buen político debe conocer a la gente y sus necesidades, estar muy cerca de

la realidad de la vida humana, ser capaz de aunar la responsabilidad colectiva a la individual, y el político debe sentir afecto por la gente.

Todos hemos conocido políticos muy eruditos, muy entendidos y competentes, pero que fracasan como políticos, porque no tienen instinto, porque no tienen carácter, porque en el fondo no tienen vocación, porque no creen en nada, porque no son capaces de decidir, porque no tienen sentido de la responsabilidad o capacidad de asunción de responsabilidad, porque no tienen sentido del bien común, porque no tienen una visión global, porque no tienen autoridad moral ni valores o bien porque no tienen coraje.

Se dice que el Presidente Kennedy una vez escribió, o hizo que alguien se lo escribiera, una serie de biografías sobre políticos americanos no muy conocidos, excepto Adams, Presidente de los Estados Unidos a principios del siglo XIX. La primera condición de un político, decía Kennedy, es el coraje.

Un buen político principalmente tiene que tener convicciones, valores, temor de Dios y mucha fe.

Insistimos en la urgente necesidad de profesionalizar la política panameña, y así devolvernos la confianza a los ciudadanos; hay que cambiar los políticos de fidelidad a su "líder" por políticos gestores eficientes. Poner a un jurista en la Corte Suprema, a un economista frente al Ministerio de Economía, a un Militar en los temas de Defensa, a un médico en el Ministerio de Salud...no a los amigos o socios de los que detentan el poder. Ojalá hubiese un verdadero proceso de selección curricular y aptitudinal (*conocimientos y habilidades*) para ocupar cargos que definen la situación de un país. ¿O acaso pondríamos a un mecánico a construir nuestra casa, o a un hijo enfermo en manos de un obrero?

Naturalmente esto requiere respuestas políticas y también respuestas de la sociedad civil. Sin sociedad civil, sin gente organizada, activa, positiva, no hay país. Solamente con políticos no hay país; es necesario que cada uno de nosotros, desde nuestra propia realidad, ayude a construir la sociedad que todos queremos. Pero es muy importante que nuestros políticos se den cuenta de que sin una política sana tampoco se avanza aunque haya sociedad civil. La política es absolutamente necesaria, pues hay decisiones que sólo toman los políticos y responsabilidades que sólo asumen los políticos.

LÓGICA, PRAGMÁTICA Y ARGUMENTACIÓN EN EL DERECHO

FRANCISCO DÍAZ MONTILLA

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo constituye una descripción general de la aplicabilidad de algunos conceptos lógicos, tanto desde una perspectiva formal, como desde una perspectiva informal y pragmática, en la argumentación jurídica.

El objetivo esencial que se persigue es proporcionar elementos conceptuales y metodológicos aplicables a la argumentación en el derecho. Esta motivación tiene como basamento la idea de que el derecho es argumentación y que, por lo tanto, está sujeto a reglas de naturaleza lógica que “gobiernan” el buen razonar.

Para realizar el objetivo trazado procederemos como sigue. Haremos, en primer lugar, una aproximación a dos conceptos básicos de la lógica: “argumento” y “validez”, con la finalidad de exponer el sentido estructural de ambos y dejar sentado que el argumento jurídico no puede ser sustraído de condiciones formales y/o estructurales, condiciones –estas- que no dependen de las disposiciones e intereses de los argumentantes.

Pese a que la argumentación jurídica no puede ser sustraída de condiciones estructurales (formales), tales condiciones –aunque necesarias- no son suficientes para su adecuada caracterización. Si lo fuesen, entonces el razonar jurídico devendría en una especie de cálculo similar al que encontramos en la teoría de números o de grafos. Pero nada más lejos de la realidad. Por ello, es necesario considerar las condiciones de tipo pragmático que son inherentes a la argumentación jurídica.

De modo tal que, en segundo lugar, haremos una aproximación al argumento jurídico desde la concepción del derecho como argumentación, enfatizando algunos conceptos claves, tales como: “argumento práctico”, “justificación”, “juego lógico” y “acto lingüístico” (o “acto de habla”) y los ilustraremos tanto como sea posible con algunos ejemplos.

Este proceder tiene como punto de partida, por un lado, una afirmación del Tribunal Constitucional Alemán que cita Alexy en una de sus obras,

aunque el desarrollo que hacemos de esa idea nada tiene que ver con el pensador Alemán. Y, por el otro, algunas ideas de la concepción del derecho como argumentación que ofrece el autor español Manuel Atienza.

Bajo esos dos parámetros, uno formal y el otro pragmático, se ofrece una visión bastante completa de la idea de racionalidad como atributo inherente al derecho y de los principios a los que los argumentantes del derecho debieran ceñirse al defender alguna causa.

II. ARGUMENTO

En el Capítulo I de la obra *Teoría del discurso y derechos humanos*, Robert Alexy cita una decisión del año 1990 en el cual el Tribunal Constitucional de Alemania señala que “la interpretación, en particular del derecho constitucional, (tiene) el carácter de un discurso en el que se hacen valer argumentos¹ a los que se contraponen otros argumentos debiendo darse finalmente predominio a los mejores argumentos”².

La observación del Tribunal Constitucional alemán es extensiva a todo ámbito jurídico, ya que la práctica jurídica es esencialmente argumentativa. Pero ¿qué es un argumento?

Definición 1. **Argumento:**

Sea $S = \{P_1, P_2, \dots, P_n\}$ una secuencia de enunciados. Sean $A = \{P_1, P_2, \dots, P_i\}$ y $C = \{P_n\}$ subconjuntos de dicha secuencia ($A, C \subseteq S$), donde $i \leq$

¹ En los manuales de lógica se suele usar indistintamente las palabras “razonamiento” y “argumento”. Sin embargo, posiciones más recientes, asumidas desde una perspectiva más bien pragmática, señalan que entre “razonamiento” y “argumento” hay una elemental diferencia. De acuerdo con esta distinción, un argumento -más que una secuencia de enunciados- es una secuencia de actos de habla realizados por un hablante (argumentante) en un contexto determinado, con un propósito determinado. De este modo, mientras que “razonamiento” remite a una suerte de proceso abstracto, “argumento” remite a una serie de emisiones realizadas por un hablante o argumentante. Desde esta perspectiva, un argumento es la instanciación de un razonamiento. Se podría decir, entonces, que todo argumento presupone un razonamiento. Sin embargo, para los propósitos de este escrito, nos ceñiremos a lo instituido en los manuales, es decir, usaremos indistintamente los términos “razonamiento” y “argumento”

² Alexy, Robert (1995), p. 35.

n . Sea una \vdash relación de consecuencia. Un argumento es una secuencia $P_1, P_2, \dots, P_i, \vdash P_n$ (o lo que es lo mismo: $A \vdash C$). Los elementos P_i del subconjunto A se denominan premisas y el elemento P_n del subconjunto C es la conclusión. Tanto las premisas como la conclusión son expresiones lingüísticas (oraciones) \square .

La relación denotada por " \vdash " garantiza el fundamento de la conclusión por parte de las premisas. En un lenguaje formalmente perspicuo, las premisas y la conclusión están claramente diferenciadas, de modo tal que determinar cómo se da " \vdash " no entraña dificultad alguna; tal no es el caso de los lenguajes naturales. En estos casos, para diferenciar las premisas de la conclusión es necesario identificar los denominados indicadores, de premisas o de conclusión. Se consideran indicadores de premisas, expresiones como las siguientes: *puesto que, ya que, en vista de que, asumiendo que, partiendo del hecho que, porque, bajo el supuesto de que, etc.* Se consideran indicadores de conclusión expresiones como: *en conclusión, entonces, luego, por lo tanto, se sigue que, se infiere que, etc.*³

Desde el punto de vista lógico, todo argumento puede interpretarse como un condicional, esto es como una fórmula de la forma " $\alpha \rightarrow \beta$ ". Las premisas harían las veces de antecedente (α) y la conclusión, las veces de consecuente (β). Así, un argumento como:

(1) Quienquiera que le quite la vida a un semejante sin justificación alguna, será sancionado con 20 años de prisión. Juan ha quitado la vida a Pedro sin justificación alguna. Luego, Juan será sancionado con 20 años de prisión.

Puede interpretarse lógicamente así:

- (A) Quienquiera que le quite la vida a un semejante sin justificación alguna, será sancionado con 20 años de prisión = $[(\forall x) (M(x, y) \wedge \neg R) \rightarrow S(x) = 20]$ ⁴.
- (B) Juan ha quitado la vida a Pedro sin justificación alguna = $[M(j, p) \wedge \neg R]$.

³ No siempre los argumentos expresados en lenguajes naturales son tan exhaustivos, de modo tal que identificar las premisas y la conclusión no es posible sin una tarea interpretativa, la cual solo es posible si se comprende plenamente el lenguaje.

⁴ Presuponemos que el lector conoce la teoría de la cuantificación y la lógica proposicional, por lo cual no nos detendremos a explicar cuestiones de simbología. Si ello no fuese el caso, los textos introductorios *Lógica simbólica* de Manuel Garrido e *Introducción a la lógica* de Irving Copi ofrecen abundante y didáctica información al respecto.

(C) Juan será sancionado con 20 años de prisión = $[S(j) = 20]$.

A y B son las premisas y C es la conclusión. Aplicando la idea anteriormente afirmada, se obtiene $(A \wedge B) \rightarrow C^5$, donde $(A \wedge B) = \alpha$ (premisas) y $C = \beta$ (conclusión).

Lo que esto significa es que todo argumento puede ser reducido a una forma básica o estructura y una vez que esa forma es expuesta, la evaluación del argumento es mucho más sencilla. Ahora, lo anterior presupone que quien evalúa conoce las técnicas de representación de la lógica moderna. Ello no siempre es así, por lo cual la evaluación lógica (más que empírica) de un argumento puede ser una tarea algo compleja.

Una forma más práctica de considerar la dimensión estructural del argumento es mediante la construcción de diagramas de argumentos, para lo cual basta con enumerar cada uno de los enunciados que aparece en él e identificar los indicadores, si los hubiera.

Para propósitos ilustrativos, consideremos el argumento (1) reformulado de la siguiente manera:

(1*) Juan será sancionado con 20 años de prisión, puesto que le ha quitado la vida a Pedro sin justificación y quienquiera que le quite la vida a otro sin justificación será sancionado con 20 años de prisión.

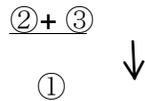
Este argumento tiene la virtud de corresponder mejor a las formas argumentativas cotidianas, las cuales suelen distar del esquema idealizado de la lógica Premisas-Conclusión. Por supuesto, un análisis lógico adecuado implica sacar a luz ese esquema idealizado, y una vez hecho, se aplica el arsenal lógico adecuado.

En la nueva presentación del argumento (1) se puede notar que “puesto que” hace las veces de indicador de premisas. Este hecho significa operativamente que lo que le antecede es conclusión y lo que le sigue serían las premisas. De modo tal que haciendo las correspondientes identificaciones se obtiene:

(1**) $[$ Juan será sancionado con 20 años de prisión^①, **puesto que**^{IP} $[$ le ha quitado la vida a Pedro sin justificación^② **y** $[$ quienquiera que le quite la vida a otro in justificación será sancionado con 20 años de prisión^③ $]$.

⁵ Por el teorema conocido como teorema de la deducción, $(A \wedge B) \rightarrow C$ se obtiene $(A \wedge B) \vdash C$.

Se obtiene, así, el siguiente diagrama de argumento:



Donde “ \downarrow ” significa “justifica a”.

La secuencia de enunciados es exactamente la misma en ambos casos: es decir: $(\forall x) (M(x, y) \wedge \neg R) \rightarrow S(x) = 20, M(j, p) \wedge \neg R, \vdash S(j) = 20$.

De los argumentos se dice que son válidos o inválidos. Esta condición puede expresarse en sentido sintáctico o en sentido semántico⁶.

Definición 2. Validez sintáctica

Sea A un argumento. A es sintácticamente válido si y solo si existe un procedimiento formal⁷ que permite obtener la conclusión de las premisas. En caso contrario, A es sintácticamente inválido \square .

De este modo, la validez sintáctica de la secuencia o argumento $(\forall x) (M(x, y) \wedge \neg R) \rightarrow S(x) = 20, M(j, p) \wedge \neg R, \vdash S(j) = 20$ se establece como sigue:

- | | | |
|----|---|-----------------------------|
| 1. | $(\forall x) (M(x, y) \wedge \neg R) \rightarrow S(x) = 20$ | premisa |
| 2. | $M(j, p) \wedge \neg R$ | premisa |
| 3. | $(M(x, y) \wedge \neg R) \rightarrow S(x) = 20$ | eliminación \forall en 1 |
| 4. | $(M(j, p) \wedge \neg R) \rightarrow S(j) = 20$
en 3 | sustitución: $x = j, y = p$ |
| 5. | $S(j) = 20$ | modus ponens 4, 2 |

⁶ Ambos conceptos son equivalentes; es decir: si un argumento A es válido sintácticamente (es un teorema), entonces A es válido semánticamente (es una verdad lógica).

⁷ El aparato formal está constituido por la axiomática y por el conjunto de reglas, sean estas de inferencia o de equivalencia. Ejemplos de reglas de inferencia son: (i) Regla de modus ponens: si A entonces B, y A; inferir B ($A \rightarrow B, A \vdash B$); (ii) Regla de modus tollens: Si A entonces B y no B; inferir no A ($A \rightarrow B, \neg B \vdash \neg A$), eliminación de cuantificador, etc. Ejemplos de reglas de equivalencia son: (i) Regla de conmutación: A y B es equivalente a B y A ($A \wedge B \equiv B \wedge A$); (ii) Regla de implicación material: Si A entonces B es equivalente a no A o B ($A \rightarrow B \equiv \neg A \vee B$), etc.

Definición 3. **Validez semántica.**

Sea A un argumento. A es semánticamente válido si y solo si no ocurre que las premisas sean verdaderas y la conclusión sea falsa. En caso contrario A es semánticamente inválido□.

Los argumentos (sintáctica o semánticamente) inválidos son falaces⁸. Veamos:

(2) Si las personas evaden al fisco, las recaudaciones no aumentan. Las recaudaciones no aumentan; por lo tanto, las personas evaden al fisco.

Este argumento podría ser defendido por alguien que sostenga que las personas evaden al fisco. Aunque las premisas fuesen verdaderas, el argumento es inválido, según se muestra a continuación:

Sean: P = las personas evaden al fisco

Q = las recaudaciones aumentan,

Se obtiene el siguiente esquema: $P \rightarrow \neg Q, \neg Q \vdash P$, al cual corresponde la siguiente tabla o matriz de verdad:

		Premisas		Conclusión
P	Q	$\neg Q$	$P \rightarrow \neg Q$	P
1	1	0	0	1
1	0	1	1	1
0	1	0	1	0
0	0	1	1	0

Como se observa, en la cuarta línea la conclusión toma el valor 0 (falso) y las premisas toman ambas el valor 1 (verdadero); lo cual contradice la definición semántica de validez⁹.

Este argumento, sin embargo, podría tomarnos desprevenidos y si el argumentante es lo suficientemente perspicuo, podría inducir a su aceptación.

⁸ Las falacias pueden ser formales o informales. En sentido formal, se dice que un argumento es falaz si viola alguna regla de inferencia; por ejemplo, la falacia de afirmación del consecuente: $A \rightarrow B, B \vdash A$ que se confunde con la regla de modus ponens donde se afirma el antecedente y se concluye con el consecuente. Las falacias informales tienen que ver con la idea de relevancia y/o de ambigüedad.

⁹ No es posible, entonces, derivar formalmente P de las premisas $P \rightarrow \neg Q, \neg Q$.

Parte del rol que desempeña la lógica es ayudar a identificar situaciones como estas y hacerlas explícitas.

En lo que al derecho concierne, mucho se ha debatido si este tipo de recursos lógicos (formales) pueden ser aplicados exitosamente, no solo para diagnosticar falacias, sino para mejor llevar el proceso argumentativo y en última instancia de fundamentación que debe exhibir o expresar toda decisión judicial. Nosotros creemos que lo son, dadas las condiciones estructurales que hemos apuntado previamente. Pero aunque tal aplicación es posible y necesaria, es insuficiente para la caracterización de la argumentación en el ámbito del derecho.

III. LA SENTENCIA COMO ARGUMENTO

Una argumentación, siguiendo a Freund¹⁰, es una red de razonamientos. En otras palabras, una argumentación es una estructura constituida por razonamientos o argumentos en los cuales se demuestra algo o –como ocurre– con las decisiones judiciales se fundamenta una decisión.

Una sentencia o fallo judicial puede caracterizarse como una argumentación en el sentido de que es la expresión de una serie de razonamientos relacionados entre sí. Ciertamente, una sentencia o fallo contiene una exposición o presentación de los hechos, una serie de consideraciones sobre el arsenal probatorio, una enumeración y análisis de disposiciones normativas aplicables, etc. Todo ello, en conjunto, constituye el fundamento de la decisión. Desde el punto de vista lógico, una sentencia o fallo simbolizarse así: $H, AP, NP \vdash D$, donde H denota el conjunto de hechos que dan lugar al caso, AP denota el arsenal probatorio pertinente, NP denota el conjunto de normas relevantes para la evaluación de los hechos y D denota la decisión tomada.

Consideremos, para propósitos puramente ilustrativos, el siguiente pasaje¹¹:

¹⁰Freund, Max A. (2007).

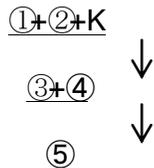
¹¹Amparo de Garantías Constitucionales interpuesta por la licenciada Saliber E. Alleyne, en nombre y representación de Agustín Delgado, contra la orden de no hacer verbal impartida por el Fiscal Segundo especializado en asuntos de familia y el menor, consistente en no permitirle el acceso al expediente que contiene las sumarias seguidas contra su representado. Magistrado Ponente: Edgardo Molino Mola. Panamá, 5 de junio de 1998.

De esta forma se ha reconocido, aunque implícitamente, que^{IP12}[estos procesos permanecen bajo el control y tutela de la jurisdicción ordinaria]^①. [De este precedente también se asistió el Tribunal A-quo al momento de expedir la resolución apelada]^②.

Por ende^{lc}, [y conforme a los preceptos ampliamente expuestos]^k, consideramos que [le asiste razón al Tribunal Superior de Familia al abstenerse de conocer de la acción de Amparo propuesta], **por lo que**^{lc}[la resolución apelada debe ser confirmada]^③, [y así procede a declararlo esta Máxima Corporación de Justicia]^④.

En consecuencia^{lc}, [la CORTE SUPREMA, PLENO, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, CONFIRMA la resolución de 3 de abril de 1998, expedida por el Tribunal Superior de Familia]^⑤.

Representando este pasaje se obtiene la siguiente estructura:



Lo cual quiere decir que: la conjunción de las premisas ①, ② y K (preceptos ampliamente expuestos), justifican a los enunciados ③ y ④ (los cuales son conclusiones parciales), que a su vez justifican el enunciado ⑤ (decisión final o conclusión del fallo). De modo tal que en este pasaje hay al menos dos argumentos: el que establece una conclusión parcial en forma conjuntiva (③+④) y el que establece la conclusión final del argumento: ⑤.

IV.EL DERECHO COMO ARGUMENTACIÓN

Las ideas hasta ahora presentadas corresponden a lo que Manuel Atienza atinadamente ha llamado el enfoque estructural¹³. En él "lo que se busca es identificar o encontrar, (...), los componentes del edificio

¹²Aplicaremos el método de diagramas tal cual fue descrito en líneas anteriores.

¹³Atienza, Manuel (1999).

jurídico, con lo que se llega a las normas, a los diversos tipos de normas y, eventualmente, a otros enunciados, como los que contienen definiciones o juicios de valor”.

A este enfoque se podría contraponer una concepción más práctica según la cual, más que argumentos lógicos, se considera el Derecho “como una técnica para la solución de determinados problemas prácticos. Se trata, por tanto, de una visión pragmática, dinámica y, en cierto modo, instrumental del Derecho, pero que no contempla el Derecho como un instrumento que pueda ser utilizado para cualquier fin, sino, para decirlo con cierta solemnidad, como un instrumento de la razón práctica”¹⁴.

Pero, ¿qué exactamente implica la concepción del Derecho entendido como argumentación?

En la línea argumentativa de Atienza esta pregunta puede responderse de la manera siguiente:

- A. El ideal regulativo del estado de derecho es el sometimiento del poder a la razón y no lo contrario.
- B. Las decisiones de los órganos públicos debe estar racionalmente fundamentadas.
- C. El estado de derecho exige que el derecho aparezca esencialmente en forma de razonamiento, de razonamiento práctico justificativo.

Por ello, es tan importante que las decisiones judiciales estén adecuadamente fundamentadas. Y la fundamentación ha de entenderse no solo desde los supuestos materiales (fácticos) y normativos (jurídicos), sino desde la perspectiva lógica. La fundamentación, pues, no es solo fáctica-jurídica, sino también estructural, lógica. De modo tal que –pensamos- hay un complemento entre la concepción estructural de la argumentación jurídica y la concepción argumentativa.

Las resoluciones judiciales pueden ser entendidas como un complejo de decisiones vinculadas con la resolución de ciertos problemas prácticos. Ciertamente, en las sociedades que se organizan en torno a la idea de estado derecho, tales decisiones son relevantes en la medida en que están basadas en razones. Por ello, la práctica del derecho en un estado de derecho no es concebible sin argumentos en los cuales se presumen razonamientos válidos jurídica, fáctica y lógicamente.

¹⁴ Ibíd.

Según Atienza, en este proceso pueden distinguirse dos tipos de razones: las explicativas y las justificativas. “Las primeras tratan de dar cuenta de por qué se tomó una determinada decisión –cuál fue la causa que la motivó– y de para qué –qué finalidad perseguía–. Las segundas, las razones justificativas, están dirigidas a lograr que la decisión resulte aceptable o correcta”¹⁵.

Está claro que los argumentos jurídicos son tanto explicativos como justificativos. Sin embargo, aquellos están supeditados a estos últimos en el sentido de que las decisiones judiciales son decisiones cuya fuerza está orientada a la validación de formas de actuación que corresponden o son expresión de ciertos ideales; por ello, los argumentos jurídicos son argumentos prácticos.

V. ARGUMENTOS PRÁCTICOS

Al tenor de la última afirmación, es necesario responder a la pregunta ¿qué es un argumento práctico? y ahondar en la explicación de por qué el argumento jurídico lo es. Según Atienza:

“Se entiende por razonamiento práctico no simplemente un argumento referido a acciones humanas, sino un argumento dirigido a establecer cómo alguien debe comportarse,(...). La explicación de la acción humana en términos de causas o finalidades no da lugar a enunciados de deber ser: la explicación de “¿por qué X realizó Y?” podrá ser que lo hizo “por causa de Z” o “con el propósito de lograr F”; pero “X debía –tenía la obligación de– realizar Y” no es una explicación, sino una justificación de la conducta de X¹⁶.

A lo señalado por Atienza habría que agregar operadores deónticos de obligación, prohibición y permisión. Que una conducta A sea obligatoria, $M(A)$, quiere decir que su no realización está prohibida $P(\neg A)$ y, por lo tanto, no permitida $\neg O(A)$.

Pero estas expresiones y relaciones modales no han de entenderse simplemente desde el punto de vista de la existencia de un cálculo lógico extendido¹⁷ en el cual son enunciadas y a partir de los cuales se pueden derivar nuevas expresiones de acuerdo con reglas lógicas. Por el

¹⁵ *Ibíd.*, p. 39

¹⁶ *Ibíd.*

¹⁷ “Extendido” porque a la sintaxis y gramática del lenguaje se añaden nuevos operadores y las reglas, tanto de formación como de inferencia que gobiernan a dichos operadores.

contrario, ellas han de ser vistas en el ámbito práctico como lo que las personas, sean naturales o jurídicas, pueden o están en capacidad de hacer o no hacer.

Para ilustrar esta idea, consideremos el siguiente caso. Cuando el artículo 25 de la Constitución Política de la República de Panamá nos dice que “Nadie está obligado a declarar en asunto criminal, correccional o de policía, contra sí mismo, su cónyuge o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad”, está diciendo desde el punto de vista práctico que quien declare contra sí mismo, su cónyuge o parientes..., habrá de hacerlo voluntariamente, sin coacción de ningún tipo. Igualmente, le está diciendo al agente de instrucción o a quien represente la autoridad que no puede obligar mediante forma alguna a un individuo para que declare contra sí mismo, su cónyuge o parientes..., en otras palabras, está caracterizando cómo ha de ser la declaración contra sí mismo, o contra el cónyuge o pariente...

En un proceso que entrañe este tipo de declaraciones, el juzgador habrá de considerar cómo se realizó el acto de declarar, es decir, cómo se expresó esa conducta. Si la expresión de la misma fuese contraria a la disposición constitucional, entonces todo lo que se desprenda de ella carecerá de valor jurídico y habrá de ser desestimado. Esta acción –el de desestimar la declaración obligada– se explica por lo dispuesto en la Constitución y se justifica porque la persona ha sido coaccionada. Nótese que la explicación y la justificación en este sentido son convergentes. De hecho, sería contraproducente el que una resolución judicial justificase una determinada situación pero no ofreciera explicación alguna en relación a por qué es así.

VI. JUEGOS LÓGICOS (ARGUMENTATIVOS)

Sucede, no obstante, que no siempre los hechos son valorados desde las mismas perspectivas. Por lo tanto, un mismo hecho puede desencadenar decisiones distintas. Lo anterior es particularmente cierto cuando los casos llegan ante las altas esferas de la administración de justicia: el juez *Ad quo* emite una sentencia o fallo S, la cual es apelada. Luego, el juzgador *Ad quem* la modifica por una S*; se interpone un recurso de casación y la Sala casa S*, mediante S**. Se trata, en definitiva, de un proceso en el cual –bajo el supuesto de condiciones ideales– predomina el mejor argumento, como afirma el Tribunal Constitucional.

Está claro que –en condiciones ideales– las decisiones que toman los administradores de justicia o los juzgadores son incididas por distintos

elementos: hechos, normas (leyes, principios, reglas), valores (jurídicos¹⁸). Pero además de estos, no se puede obviar los efectos que sobre ellos pueden ejercer los argumentos o argumentaciones de las partes. Para estas, la relación *hecho-norma-valor* debe dar lugar no solo a argumentos correctos en el sentido lógico, sino a argumentos que tengan efectos de acuerdo con los objetivos trazados: argumentos persuasivos.

La persuasión es algo que concierne a las partes en el proceso, quienes deben tratar por todos los medios que sus argumentos tengan efectos persuasivos en el juez; o del mismo juez con respecto a las partes. Esto es, los argumentos han de traducirse en un factor de convencimiento. Por ello, el rol de las partes y el proceso mediante el cual se determina cuál es el mejor de los argumentos puede describirse en términos de juegos.

Como es sabido, “la teoría de juegos maneja situaciones de decisión en las que hay dos oponentes *inteligentes* que tienen objetivos contrarios”¹⁹. En el ámbito jurídico penal, por ejemplo, el querellante o acusador sostendrá la culpabilidad del imputado, mientras que el defensor sostendrá la inocencia. En cierta forma, cada uno de ellos “apuesta” a la tesis que defiende, y no podrían “apostar” a menos que cuenten con una estrategia que les permitan “reivindicar” la “apuesta” hecha. Desde esta perspectiva una estrategia será efectiva si logra el objetivo en cuestión: no simplemente demostrar que la tesis defendida es correcta sino convencer al juzgador de que lo es, pues demostrar la corrección de una tesis no implica que el juzgador comprenda dicha demostración. Para ello es necesario tomar un control o registro de todas y cada una de las afirmaciones relevantes para las tesis en todas las fases del proceso. Desde el momento en que se presenta la demanda, la contestación a ella, la presentación de pruebas, hasta la fase de alegatos. Este registro ha de traducirse en escenarios posibles en el cual se habrán de evaluar las fortalezas de los argumentos a defender, las posibles objeciones y contra-objeciones, de modo tal que se tenga una teoría del caso plausible y bien fundada.

En general, los roles o tareas que el acusador y el defensor han de realizar se pueden caracterizar como sigue:

¹⁸ Si se trata de jurados de conciencia, estos elementos se reducirán básicamente a dos: hechos y valores (morales, religiosos, sociales, etc.) y –desde luego– la persuasión de los argumentos de los abogados.

¹⁹ Taha, Handy (2006), p. 532.

ESCENARIO	ACUSADOR	DEFENSOR
1	$[V(a) = 1]$	$[V(a) = 0]$
2	$[V(a) = 0]$	$[V(a) = 1]$
3	$[V(a \wedge b) = 1] \Rightarrow [V(a) = V(b) = 1]$	$[V(a \wedge b) = 0] \Rightarrow [V(a) = 0 \text{ ó } V(b) = 0]$
4	$[V(a \vee b) = 1] \Rightarrow [V(a) = 1 \text{ ó } V(b) = 1]$	$[V(a \vee b) = 0] \Rightarrow [V(a) = V(b) = 0]$
5	$[V(a \rightarrow b) = 1] \Rightarrow [V(a) \leq V(b)]$	$[V(a \rightarrow b) = 0] \Rightarrow [V(a) = 1 \text{ y } V(b) = 0]$
6	$[V(a \leftrightarrow b) = 1] \Rightarrow [V(a) = V(b)]$	$[V(a \leftrightarrow b) = 0] \Rightarrow [V(a) \neq V(b)]$
7	$[V(\forall x) \varphi(x) = 1] \Rightarrow [V(\varphi(x) = 1 \text{ para todo } x \in \varphi)]$	$[V(\forall x) \varphi(x) = 0] \Rightarrow [V(\varphi(x) = 0 \text{ para al menos un } x \in \varphi)]$

En el escenario 1, si el acusador afirma que una proposición o tesis es verdadera, entonces la tarea del defensor es demostrar que es falsa. Si, por el contrario, afirma que es falsa, entonces debe demostrar que es verdadera (escenario 2).

Si el acusador defiende una conjunción tiene que demostrar que todos sus componentes son verdaderos, mientras que para demostrar la falsedad basta que el defensor demuestre que al menos un componente es falso (escenario 3).

Si el acusador defiende una disyunción, tendrá que probar que al menos un componente de ella es verdadero y el defensor tendrá que probar que todos los componentes son falsos (escenario 4).

Si el acusador afirma que una proposición implica a otra, tendrá que probar que la verdad de la primera no implica la falsedad de la segunda; en cambio, el defensor tendrá que probar que la primera es verdadera y la segunda es falsa (escenario 5).

Si el acusador afirma que dos proposiciones son equivalentes, tendrá que probar que ambas son verdaderas o que ambas son falsas; mientras que el defensor tendrá que probar que sus valores no son los mismos (escenario 6).

Si el acusador afirma una proposición sobre la totalidad de una clase, tendrá que probar que es verdadera de cada instancia particular; en cambio, el defensor deberá probar que es falsa para al menos una instancia (escenario 7).

VII. PRAGMÁTICA EN EL DERECHO

Desde la perspectiva lógica, los argumentos (o argumentaciones) se consideran básicamente teniendo presente la relación formal o estructura, es decir, teniendo en cuenta si premisas y conclusión están en una relación modélica. El jurista, entonces, debe tener presente estos aspectos cuando se trata de dar fundamentos a las decisiones que ha tomado y a las tesis que defiende.

Pero ese proceso requiere, también, un análisis de aquellas actuaciones no explícitas en el proceso, pero que –dada la mediación del lenguaje– están implícitas. A través del lenguaje los argumentantes realizan determinadas acciones. El abogado, el Fiscal, el Juez, el Magistrado y los sujetos del proceso los realizan constantemente, en sus actuaciones aunque no sean conscientes de ello.

Cuando el cliente y su abogado firman el poder, han realizado actos que van más allá de la mera firma, por ejemplo, *se informa* quién representa a quién y en qué términos; la aceptación del poder significa que el abogado se pone en situación de *realizar una serie de actos conmisivos*, etc.

Al presentar una denuncia, el abogado además de actos representativos, realiza actos directivos: *solicita* que se haga cumplir la ley, que se haga justicia, etc. Cuando responde la demanda, realiza otra clase de actos, por ejemplo, *informa* sobre nuevos hechos, *aduce* pruebas o *niega* los hechos imputados a su representado.

Durante el juicio, realizan otro tipo de actos: *argumentan*, *refutan*, *piden* ampliación en las respuestas, etc.

Pero aunque realicen esos actos, no pueden realizarlos todos; hay –de hecho– algunos actos que no pueden ser realizados por las partes. Ninguna de ellas puede, por ejemplo, realizar el acto de *imponer* una pena o *declarar* culpable a alguien. Lo más que podrían hacer es *pedir* tal o cual pena, o que se declare culpable o que se libere. Los actos declarativos relacionados con la pretensión solo son realizables por el juzgador. También hay actos que le están vedados a este, por ejemplo, pedir reconsideración o presentar una apelación sobre el caso que lleva. Un acto de reconsideración por el juez de la causa con respecto a su propia decisión sería un disparate.

Con respecto a las pretensiones, solo el juzgador puede decidir. De hecho, la esencia de la participación del juzgador en el proceso está relacionada con actos de tipo declarativos: *declara culpabilidad* o *exime*

de responsabilidad; y actos directivos: de notificación y cumplimiento. Estos actos, aunque pueden ser reconsiderados o apelados tienen efectos inmediatos sobre estados de cosas: limitan la libertad del imputado, impiden el ejercicio de tal o cual función o profesión, revocan una decisión previamente tomada, obligan a resarcir el daño causado, obligan a pagar la pensión alimenticia, etc.

La argumentación desde este punto de vista deviene en actos que el jurista realiza, a saber: actos de habla o de lenguaje. ¿Pero qué es un acto de habla?

Un acto de habla es “la unidad mínima y básica de comunicación lingüística”²⁰. La teoría de los actos de habla fue presentada por el filósofo John L. Austin en la obra *Cómo hacer cosas con palabras*. La idea de Austin es que el lenguaje puede entenderse como un complejo sistema mediante el cual los hablantes (argumentantes) realizan ciertas acciones. Desde este punto de vista, el propio sistema de leyes remite a una serie de actos de lenguaje realizados por el legislador.

En la obra en cuestión, Austin clasificó los actos de habla en locutivo, ilocutivo y perlocutivo. El acto locutivo es el acto que un hablante realiza por el mero hecho de decir algo; el acto ilocutivo es el que un hablante realiza al decir algo y el acto perlocutivo es el que un hablante realiza por haber dicho algo, se refiere a los efectos producidos²¹.

En el caso jurídico, el sentido de los tres actos podría describirse como sigue teniendo en cuenta un fallo de la Corte Suprema de Justicia:

En atención a lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de lo Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley CASA la sentencia recurrida, de 13 de julio de 1995 dictada por el Primer Tribunal Superior de Justicia, REVOCA la Sentencia N° 50 de 30 de septiembre de 1994 dictada por la Juez Cuarta del Circuito de lo Civil del Primer Circuito Judicial de Panamá, y DECLARA:

Primero: NO PROBADA la Excepción de Prescripción

Segundo: Que es NULA la Reunión de Accionistas de la sociedad MESCO, S. A. celebrada el día 7 de septiembre de 1989;

²⁰ Conesa, Francisco y Nubiola, Jaime (1999).

²¹ Cfr. Austin, J. (1981).

Tercero: Que es NULO el acuerdo tomado por la reunión de accionistas mediante la cual se cambia la Junta Directiva de la Sociedad MESCO, S. A.;

Cuarta: Que es NULA el acta de la Junta de Accionistas de la sociedad MESCO, S. A. de fecha 7 de septiembre de 1989, protocolizada mediante escritura Pública N° 9,719 de fecha 8 de septiembre de 1989, de la Notaría Primera del Circuito de Panamá.

Quinta: SE ABSTIENE DE PRONUNCIARSE sobre la nulidad solicitada en cuanto al contrato de préstamo con garantía hipotecaria celebrado por la Sociedad MESCO, S.A con BIENES RAICES MANERMA, S. A. sobre las fincas 56,473 inscrita al folio 232, del tomo 1433 de la Sección de Propiedad, Provincia de Panamá, y la N° 56,493, inscrita al folio 236, tomo 1433 de la Sección de la Propiedad de la Provincia de Panamá el cual consta en la escritura pública 15,748 de fecha 16 de noviembre de 1989, otorgada ante la Notaría Tercera del Circuito de Panamá.

Las costas como se han causado.

Notifíquese y Devuélvase²²

El acto locutivo consistiría en la emisión (o representación) de cada palabra, cada oración o cada párrafo, del fallo, de la cual la parte resolutive citada es un componente. En cambio, ilocutivamente hablando, la Sala ha realizado al menos dos actos: el acto mediante el cual niega la pretensión y la declaración en que se funda aquél, según la cual: no se probó la excepción de prescripción, una determinada reunión es nula, un determinado acuerdo es nulo, una determinada acta es nula, se abstiene de pronunciamiento, además fija las costas. El fallo termina con un “notifíquese y devuélvase”, es decir determina un curso de acción procesal que ha de ser acatado. Se trata, pues, de una orden, lo cual significa –en términos pragmáticos– que se está realizando un acto perlocutivo.

La teoría de Austin fue enriquecida en múltiples aspectos por el filósofo J. Searle²³. Searle establece una taxonomía de los actos de habla²⁴, los cuales pueden ser: representativos, directivos,

²² Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Fallo de 3 de julio de 1996.

²³ Cfr. Searle, J. R. (1965).

²⁴ Cfr. Searle, J. R. (1976).

conmisivos, expresivos y declarativos. A continuación se hace una caracterización de cada uno de ellos y se ejemplifican en el contexto jurídico.

Tipo de acto de habla	Característica	Ejemplo
Representativos	Comprometen al hablante con que algo es el caso, con la verdad de la proposición expresada.	Nuestro cliente es inocente de todos los cargos.
Directivos	A través de ellos el hablante pretende que el oyente haga algo.	Explique el testigo, ¿cómo es que estando en el lugar de los hechos, la cámara muestra imágenes suyas en el Centro Comercial a la misma hora?
Conmisivos	Aquellos actos cuyo objeto es comprometer al hablante con algún futuro curso de acción.	Probaremos que el imputado es culpable de los cargos en su contra.
Expresivos	Expresan el estado psicológico especificado en la condición de sinceridad sobre el estado de cosas especificados en el contenido proposicional.	Deploramos las tácticas dilatorias de la defensa desde el inicio del proceso.
Declarativos	La realización con éxito de uno de sus miembros da lugar a la correspondencia entre contenido proposicional y la realidad.	El imputado es culpable de los cargos en su contra ²⁵ .

La realización de actos ilocutivos está sujeta a una serie de condiciones, de modo tal que el hablante –y por extensión el jurista– ha de conocerlas

²⁵Aunque esta afirmación podría entenderse como realizando un acto representativo, por ejemplo, el que realizaría la parte acusadora como parte de su teoría del caso, en este último contexto se estaría enunciando una declaración por parte del juzgador quien, dicho sea, es el único que tiene la capacidad para realizar actos de este tipo relacionados con la condición del imputado.

para llevarlos a cabo y evitar los infortunios, actos no realizados porque violan ciertas reglas. Las condiciones a las que se refiere Searle son las siguientes:

1. ° *Condiciones de contenido proposicional*: tienen que ver con las características significativas para llevar a cabo el acto de habla. Si se trata, por ejemplo, de pedir al cliente una explicación sobre algunos puntos del caso, el contenido proposicional debe basarse en la existencia de puntos oscuros que ameritan ser aclarados. No se puede pedir explicaciones cuando las cosas están claras.

2. ° *Condiciones preparatorias*: Son aquellas que deben darse para que tenga sentido realizar el acto ilocutivo. Solicitar, por ejemplo, que el cliente sea sobreseído requiere estar en la situación de ausencia de vinculación con los hechos a los cuales se le vincula.

3. ° *Condiciones de sinceridad*: Estas condiciones están centradas en el estado psicológico del hablante y expresan lo que el hablante siente, o debe sentir, al realizar el acto ilocutivo. Esta condición es particularmente importante para la relación jurista-cliente. ¿Cómo prometer “te sacaré de la cárcel” cuando se está convencido de la culpabilidad del imputado?

4. ° *Condiciones esenciales*: Son aquellas que caracterizan el acto realizado. En el caso de la promesa, cuando se le promete a un cliente, la promesa coloca a quien la hizo en la obligación de cumplirla, lo cual implica realizar los cursos de acción necesarios para ello.

VII. PRINCIPIO COOPERATIVO Y EL PRINCIPIO DE BUENA FE

Cuando el defensor (acusador) profiere “demostraré que el acusado es inocente (culpable)” está realizando un acto conmisivo. Pero este acto no puede llevarse a cabo sin presuponer la verdad de “el acusado es inocente (culpable)”. Sin embargo, la realización de ese acto presupone la realización de otros que hacen posible la demostración prometida. Estos actos tienen que ver con la disposición de los elementos fácticos y normativos, la aproximación a los elementos probatorios, la selección de las palabras adecuadas, los gestos, etc. La demostración –además– ha de servir para mucho más que enunciar el acto de representación del argumentante, sino que ha de traducirse en un acto declarativo en quien tiene la potestad, dada su investidura, de realizar tales actos: el juzgador (juez o magistrado).

Quien defiende una tesis debe tener presente que existe una radical diferencia entre “haber demostrado que p” y “creer *haber demostrado que p*”. Es posible lo último sin lo primero. Pero además, ha de tener presente que existe una radical diferencia entre “haber demostrado que p” y “convencer que se ha demostrado que p”. La demostración puede expresarse en términos de reglas y principios transparentes lógicamente; pero el convencimiento está relacionado con factores psicológicos, de comprensión, que si no se dan, implican que la efectividad de la demostración se pierde²⁶.

Por ello, si se pretende convencer, es conveniente repasar algunos puntos tales como: ¿son verdaderas las premisas del argumento?, en caso de que no lo sean, ¿es elevado su nivel de plausibilidad?, ¿se están enunciando adecuadamente las relaciones hechos-normas?, ¿se está usando un lenguaje claro al enunciar esa relación?, ¿puede esa relación interpretarse de más de una manera?, ¿es la interpretación ofrecida la más plausible de todas?, ¿cómo se puede dar cuentas de que es la más plausible?, ¿el lenguaje a usar permite lograr los efectos deseados?, etc. Una buena teoría del caso, presupone una respuesta tácita a esas preguntas.

Lo anterior tiene que ver, como se habrá advertido, con uso de lenguaje. Pero este uso está sometido a una serie de condiciones especiales que no están presentes en otros contextos argumentativos, pues en el derecho entran en juego pretensiones relacionadas con bienes jurídicos (la libertad, el patrimonio, la dignidad, etc.) y tiene que ver con la realización de ideales, como la justicia.

Esto obliga a que las partes estén sometidas a una serie de principios a partir de los cuales aquel ideal es realizable. Además de los principios procesales, como el de presunción, encontramos otros que tienen que ver con la calidad de las actuaciones de las partes, por ejemplo, el principio de buena fe.

De acuerdo con este principio, las partes en el proceso deben abstenerse de hacer trampa. Y no hacer trampa tiene que ver no solo con no incurrir en actos que desvirtúen el proceso, ya sea ocultando o alterando pruebas, tergiversando hechos o presentando información falsa. Desde el punto de vista argumentativo, el principio de buena fe tiene que ver también con la calidad de las argumentaciones.

²⁶ Es posible, también, que el argumentante sepa que no ha demostrado que p, pero sus argumentaciones tienen en el juzgador el efecto de hacerle creer que se ha demostrado que p, mediante recursos argumentativos falaces, en clara violación al Principio de Cooperación.

Esta condición puede enunciarse claramente mediante el Principio Cooperativo que obliga a los argumentantes a someterse a una serie de reglas cuya realización implica que el intercambio verbal entre las partes logre los objetivos trazados en el proceso: decidir un caso y administrar justicia.

El Principio Cooperativo obliga a las partes a que realicen sus intercambios verbales de acuerdo con el tema debatido. Si está en juego la decisión sobre la culpabilidad o inocencia, o el incumplimiento de un contrato acordado en tales o cuales términos, la contribución de las partes ha de realizarse sobre esa base. Cualquier distanciamiento implica que las partes no cooperan y que el proceso argumentativo no fluye sobre las bases adecuadas.

Este principio fue formulado por el pensador H. P. Grice en los siguientes términos: “Haga usted su contribución a la conversación tal y como lo exige, en el estadio en que tenga lugar, el propósito o la dirección del intercambio que usted sostenga”²⁷. Con este principio está relacionada una gama de máximas y/o submáximas cuya satisfacción permite la realización del mismo. Estas máximas son las de cantidad, calidad, relación y modo. Es importante que el jurista las tenga presente al momento de argumentar:

A continuación presentamos un cuadro en el cual se enuncian las categorías, se establecen las máximas y se comentan posibles escenarios jurídicos de aplicación²⁸:

²⁷ Grice, H. P. *Lógica y conversación*, traducción de Juan José Acero, en Valdés, M. (ed.) (1991): *La búsqueda del significado*, Tecnos, Madrid, p. 516.

²⁸ El cuadro es una adaptación de la información que aparece en Grice (ibíd.), aunque contextualizada al derecho.

Categoría	Característica	Máxima	Situación
Cantidad	Tiene que ver con la cantidad de información a proporcionar.	<ol style="list-style-type: none"> Haga que su contribución sea tan informativa como sea necesaria. No haga que su contribución resulte más informativa de lo necesario. 	Si va a interrogar a un testigo, procure que la información que ofrezcan sea sobre lo que se les pregunta y no sobre otro asunto. Para ello, formule las preguntas relevantes de modo adecuado.
Calidad	Tiene que ver con que la información presentada sea verdadera.	<ol style="list-style-type: none"> No diga usted lo que crea que es falso. No diga usted aquello de lo cual carezca de pruebas adecuadas. 	Si no tiene pruebas de que tal o cual situación han tenido lugar, no las afirme como si fuese el caso. No llame a declarar a falsos testigos.
Relación	Tiene que ver con la relevancia de la información.	<ol style="list-style-type: none"> Vaya al grano (evite los rodeos). 	Al presentar la teoría del caso, no divague.
Modo	Tiene que ver no con lo que se dice, sino con cómo se dice lo que se dice.	<ol style="list-style-type: none"> Evite ser obscuro al expresarse. Evite ser ambiguo al expresarse. Evite ser innecesariamente prolijo. Proceda con orden. 	Procure que su teoría del caso sea ordenada y precisa en lo que afirma.

El cumplimiento de estas máximas no solo permiten que el intercambio verbal (debate) fluya de acuerdo con los objetivos trazados, sino que su cumplimiento puede traducirse en algunas ventajas: quien presenta más información de la necesaria o requerida puede generar un problema mayor para sus objetivos. Si preguntara: ¿conoce usted a la señora X?, la pregunta es del tipo sí/no; responder “sí, porque fui su amante...” podría complicar la situación de X con respecto a su pretensión. Quien afirma algo que es falso o defiende una tesis mediante un argumento falaz, se expone a ser desenmascarado. Quien divaga en su intervención, causará desinterés en el auditorio; y quien es oscuro puede no ser comprendido, quien es vago, puede provocar que la vaguedad se vuelva en su contra, etc.

IX. CONCLUSIÓN

Los argumentos jurídicos a diferencia de los estrictamente lógicos o matemáticos han de ser vistos desde una doble e integrada dimensión: Estructural y pragmáticamente. Desde el punto de vista estructural, porque es necesario poner de manifiesto las relaciones formales entre sus componentes, a fin de determinar su validez lógica.

La pregunta sería ¿por qué es importante esto de la validez lógica? A lo cual se podría responder diciendo que: ligada a la idea de validez lógica, está la idea de racionalidad, un atributo que predicamos de diversas actividades cognoscitivas, incluido el Derecho. La práctica del Derecho en cuanto que práctica racional requiere de soportes lógicos que solo la Lógica y no el Derecho puede poner de manifiesto.

La dimensión pragmática, en cambio, permite evaluar y comprender mejor la tarea argumentativa en la práctica jurídica en cuanto que práctica humana orientada por valores, v.g., la justicia. Esto, por supuesto, requiere que se consideren en el estudio del argumento jurídico otros elementos teóricos o conceptuales. Los juegos lógicos proporcionan un excelente marco de referencia conceptual para ese fin porque posibilitan una aproximación dinámica al proceso argumentativo e integrar nociones pragmáticas que sin ellos serían muy difíciles de integrar²⁹.

Esta visión puede obedecer a razones teóricas: explicar o describir los diversos elementos que inciden en el proceso argumentativo y que determinan si un argumento es aceptable o no. Así como a razones prácticas: proporcionar elementos conceptuales aplicables al proceso argumentativo en casos concretos. En cualquier caso, el ganador es profesional del Derecho, no solo porque puede describir y comprender mejor lo que su contraparte hace, sino idear estrategias que permitan contrarrestar esas actuaciones.

²⁹ De hecho, en aras de la exhaustividad y del rigor, en ese contexto los argumentantes posiblemente tendrían que redefinir el aparato lógico, pues el dinamismo de la argumentación podría requerir propiedades lógicas que la lógica clásica, a la cual corresponde básicamente nuestra exposición, no podría garantizar. Piénsese, por ejemplo, en fenómenos como la ambigüedad, la vaguedad, la excepción, la nueva evidencia, etc.

X. BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert (1995): *Teoría del discurso y derechos humanos*, Universidad Externado de Colombia, Segunda Edición.
- Atienza, Manuel (1999): "El Derecho como argumentación", *Isegoría*, No. 21, pp.37-47.
- Austin, J. (1981): *Cómo hacer cosas con palabras*, Paidós, Barcelona.
- Conesa, Francisco y Nubiola, Jaime (1999); *Filosofía del lenguaje*, Herder, Barcelona.
- Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá, Pleno, Fallo de 5 junio de 1998.
- Corte Suprema de Justicia de Panamá, Sala Civil, Fallo de 3 de julio de 1996 (Registro Judicial-CENDOJ: <http://www.organojudicial.gob.pa>).
- Freund, Max A. (2007): *Lógica Jurídica*, Editorial Tecnológica de Costa Rica.
- Grice, H. P. *Lógica y conversación*, traducción de Juan José Acero, en Valdés, M. (ed.) (1991): *La búsqueda del significado*, Tecnos, Madrid.
- Searle, J. R. (1976): "Una taxonomía de los actos de habla", en Valdés, M. (ed.) (1991): *La búsqueda del significado*, Tecnos, Madrid.
- Searle, J. R. (1965): "¿Qué es un acto de habla?", en Valdés, M. (ed.) (1991): *La búsqueda del significado*, Tecnos, Madrid.
- Taha, Handy (2006): *Investigación de operaciones*, Pearson, México.

ANÁLISIS DE LA DETENCIÓN PREVENTIVA

RAÚL E. OLMOS E.

I. CONCEPTO

Guillermo Cabanellas, en su Diccionario Jurídico de Derecho, al referirse a la detención preventiva señala:

“La que durante la tramitación de una causa penal se decreta por resolución del Juez competente, por existir sospechas en contra del detenido por un delito y por razones de seguridad”¹

El autor colombiano, Hernando Londoño Jiménez., explica:

“La detención preventiva es un acto procesal de carácter jurisdiccional, por el que se dispone la privación de libertad personal para los fines de la investigación”.

No cabe la menor duda; la detención preventiva encierra la idea de aseguramiento, de proveer en el proceso la seguridad de la efectiva comparecencia del acusado a los sucesivos actos que envuelve el respectivo procedimiento penal. De igual modo, encierra otro contenido esencial, el de salvaguardar el cumplimiento material de la eventual condena.-

El autor Guillermo Angulo González conceptualiza la figura en estudio indicando:

“Representa dentro de las medidas de aseguramiento la decisión más grave e importante que puede tomar el funcionario judicial al resolver la situación jurídica del sindicado, teniéndose en cuenta que mediante ella se afecta de una manera fundamental el derecho a la libertad individual, al libre desplazamiento y a la misma capacidad de autodeterminación de la persona”²

¹

CABANELLA DE TORRES, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta, Edición 1997. pág. 320.

² ÁNGULO GONZÁLEZ, GUILLERMO, CAPTURA, ASEGURAMIENTO Y LIBERTAD, tercera Edición, Ediciones Doctrina y Ley LTDA., pag 114.

Se entiende entonces a la medida de detención provisional como de carácter provisoria y precautoria, pues se encamina a asegurar la efectividad de la sentencia que se dicte y de igual manera, evitar que el inculpado o acusado desatienda la causa seguida en su contra o desaparezca como también para alterar las pruebas que lo delaten.

La jurisprudencia nacional ha ofrecido su posición doctrinal sobre la figura en estudio, mediante sentencia fechada 30 de enero de 1991, La Corte Suprema de Justicia, señaló:

“La detención preventiva es una medida cautelar, de carácter personal, en virtud de la cual se priva de libertad a una persona mientras se cumplen las diligencias de instrucción del proceso seguido en su contra, o se reciben elementos de juicio más concretos sobre la imputación que se ha hecho, como se le ha hecho participante de un delito”.

Como denominador común de las definiciones apuntadas, no hay la menor duda; en ellas se indica que la detención preventiva es una medida de carácter personal, pues restringe la libertad locomotiva o de desplazamiento de un individuo, quien figura como acusado de un comportamiento previamente definido por la ley penal y, en la que, para decretarse se deben observar, celosamente, cada uno de los presupuestos exigidos en la Constitución y en la Ley.

II NATURALEZA

1. Medida cautelar

Como tal es entendida al unísono por todos los doctrinarios y estudiosos de la materia, y es así pues, tal y como se ha apuntado en párrafos anteriores, envuelve una restricción al sujeto de poder desplazarse libremente de un sitio a otro, quedando reducida esa posibilidad dentro de los contornos físicos señalados por el ente estatal encargado de cumplirla y específicamente en su sitio carcelario donde la persona es reducida a un espacio físico donde ve menguadas todas las facultades de movilización, sujetándose a un régimen disciplinario distinto al desarrollado en su entorno habitual y todo esto en virtud de la incoación de un procedimiento previo como consecuencia de la imputación formal y específica de un comportamiento prohibido por la ley penal.

Se asimila así como una medida cautelar de carácter personal, pues recae directamente sobre el individuo o la persona, con lo cual se

procura asegurar. entre otras razones, la comparecencia personal del mismo a las diversas diligencias inherentes al procedimiento respectivo.

2. Instrumental

Deviene en la posición impostergable de asegurar la efectiva comparecencia del acusado a las diversas etapas del proceso y garantizar el cumplimiento de la pena. La instrumentalidad de esta medida, en la forma como aparece expuesta, es explicada por el autor Juan José González Bustamante, citado por Hernando Londoño Jiménez, de la siguiente forma:

“debe asegurarse preventivamente para los fines procesales, con el objeto de impedir que se fugue u oculte y paralice la marcha del procedimiento³”.

Con tal postura, lo que se busca es dotar a la causa de una dosis de seguridad en cuanto a la presencia física del acusado en todas las etapas del procedimiento penal respectivo, y con tal planteamiento más bien se adopta una posición cómoda para el sistema de preservar el cumplimiento de las diligencias judiciales antes de respetar la libertad de locomoción de la persona, o sea, la seguridad procesal descansa sobre la libertad de una persona.

Este es a mi juicio, uno de los motivos principales que se utilizan en el raciocinio por parte de la mayoría de los operadores del sistema de justicia, encargados de aplicar la referida medida restrictiva, pues anteponen los intereses del proceso antes que la libertad de la persona. En alguna forma, este criterio tiene su razón de ser, atendiendo los innumerables perjuicios ocasionados en el desarrollo procesal ante la eventual ausencia del acusado; mas cuando encara una imputación de gravedad, en cuyo supuestos aumenta la posibilidad de huida o fuga para entorpecer la averiguación de los hechos y complicar la recepción de las pruebas, en este punto, se encara la posibilidad de afectar la integridad de los elementos probatorios, tanto como puede al mismo tiempo levantar coartadas o como lo señala Londoño Jiménez, **“desplegar una maliciosa actividad con miras a impedir el cabal esclarecimiento de la infracción”.**

³ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José, Principios de Derecho Procesal Mexicano, México, D.F., Editorial Botas-México, 1945.pág.270. Citado por LONDOÑO JIMÉNEZ, Hernando, ob. Cit. Pág. 117.

En cuanto a la segunda, referida a la necesidad de asegurar el cumplimiento efectivo de la pena, encuentra asidero, atendiendo el planteamiento doctrinal, a la amenaza punitiva o la eventual condena aplicable al justiciable, quien en el caso de encarar un cargo delictivo aparejado de una sanción considerable, esto puede justificar la posibilidad de fuga del acusado.

3. La provisionalidad

A todas luces la misma tiene la característica de provisionalidad o interlocutoria, es decir, al momento de aplicarse siempre debe regir el criterio de constante revisión o de examen en cuanto a los resortes que la sostienen; significa, entonces, que el operador de justicia encargado de disponerla, siempre orientará sus esfuerzos, y al tiempo de esclarecer los hechos informados debe también mantener una actitud vigilante de revisar los cimientos que justificaron en su momento la aplicación de la medida restrictiva de derechos.

4. Jurisdiccionalidad

Se tiende a reservar la aplicación de la medida a los Tribunales de Justicia, quienes deben efectuar el test de valor en torno a la absoluta observancia de los presupuestos constitucionales y legales. En algunos países se deja incluso esta facultad a un ente judicial distinto al encargado de ventilar la causa, conocidos como Jueces de Garantía, como sucede en Chile, Costa Rica, entre otros.

En nuestro medio, la decisión puede recaer en el Juez o en el Fiscal, aunque generalmente, tal medida es dispuesta en la fase de instrucción sumarial, por parte del propio investigador quien, obviamente, es parte interesada y en alguna forma, tiende a adoptar tal decisión para mantener al acusado al alcance de las diversas diligencias judiciales propias del procedimiento respectivo. La gran mayoría de las decisiones de este tipo se emiten por el Ministerio Público a través de una resolución a la cual denomino de mérito instructivo, **in oída parte**, sin notificación alguna, teniendo el agraviado a su alcance diversos mecanismos para impugnarla en sede judicial, tales como el incidente de controversia (art.1993 C.J.), la fianza de excarcelación (art.2155 C.J.) o la acción de hábeas Corpus (art. 2574 C.J.) con mucha utilidad en el foro abogadil. Cada uno de estos mecanismos procesales será abordado con mayor énfasis en líneas posteriormente.

5. Excepcionalidad

Viene entendida como aquella regla en la que se coloca la medida de detención preventiva como la última ratio, es decir, el operador judicial al momento de ponderar la aplicación de tal medida, debe colocarla como la última en las consideradas al momento de decidir sobre la libertad o no de una persona, lo cual implica un examen del resto de las opciones que con el carácter de la menor rigurosidad, ofrece la normatividad objetiva.

6. Provisionalidad

Es fundamental este presupuesto, pues es de rigor señalar limitantes al momento de aplicar tal medida, dado que la misma no puede tener una duración indefinida y para salvaguardar esta garantía, la ley procesal debe señalar un tope pues de otra forma, se da la posibilidad de que se susciten abusos o medidas arbitrarias.

Los sistemas procesales actuales, procuran introducir en sus cuerpos normativos dicha garantía, señalando de manera taxativa términos exactos de duración de la medida y esto en alguna forma responde a la necesidad de señalar responsabilidades a los funcionarios públicos quienes tienen a su cargo la tarea de adelantar las pesquisas investigativas, pues esta tarea no es indefinida y a su vez, ello es a tono con las realidades que se vivencian en los Tribunales de Justicia en el bloque latinoamericano, donde predomina la mora judicial o la lentitud.

Sobre este tópico resultan interesantes las observaciones efectuadas por Hernando Londoño Jiménez, quien sostiene:

“De la lentitud en la instrucción de los procesos penales, bien por negligencia, recargo de trabajo o escasez de funcionarios, no pueden derivarse consecuencias desfavorables para el detenido. Pero infortunadamente, estas siguen siendo las causas que impiden la prontitud en las decisiones jurisdiccionales sobre detención y libertad de los inculcados, lo cual prospera en forma alarmante día tras día en nuestros medios judiciales, sin que el control y vigilancia del ministerio público hayan podido atemperar estos vicios e irregularidades⁴”

⁴ LONDOÑO JIMÉNEZ, Hernando, ob cit. Pág.233.

Considero que la posición del autor colombiano dibuja o calca de manera exacta la realidad que en la materia se vivencia en la mayoría de los países latinoamericanos, más que aquellos que aún conservan el modelo inquisitivo de juzgamiento penal.

Hay varios factores que inciden en este fenómeno dignos de ser atendidos en otro apartado; sin embargo, cabe señalar al menos de forma somera, que los funcionarios de instrucción, en alguna forma descuidan el derecho inalienable de libertad por asegurar el resultado de la investigación criminal, dejando en un segundo plano la posibilidad de adoptar otro mecanismo que asegure la comparecencia efectiva del acusado al proceso y por ende la provisionalidad de la medida no constituye un factor esencial en el ejercicio investigativo. De otro lado, los tribunales de justicia, quienes en su momento atienden el cuaderno mediante los mecanismos procesales antes indicados y dirigidos a cuestionar la medida, también optan por preservar la misma, con el norte de asegurar las diversas diligencias sucesivas a realizarse en la sede judicial, tales como la audiencia preliminar, que es el momento cuando se califica el mérito legal de la investigación, o en el plenario en cuyo estadio se discute lo relativo a la culpabilidad penal o en última instancia, garantizar el efectivo cumplimiento de la pena aplicable al imputado por el delito atribuido.

7. Legalidad

De esencia resulta regular y forme manera taxativa o puntual, los requisitos que hacen viable la aplicación de la detención preventiva, esto a tono con el principio “nulla coactio sine lege”, es decir, la ley procesal debe ser específica en señalar las formas, condiciones o presupuestos que debe observar el funcionario para aplicar la referida medida restrictiva de la libertad corporal.

La forma taxativa a la que nos referimos viene orientada del propio texto Constitucional, cuando en el artículo 21 expresa de manera categórica que

“Nadie puede ser privado de su libertad, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, expedido de acuerdo a las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley. Los ejecutores de dicho mandamiento están obligados a dar copia de él al interesado, si la pidiera.

El delincuente sorprendido in fraganti puede ser aprehendido por cualquier persona y debe ser entregado inmediatamente a la autoridad.

Nadie puede estar detenido más de veinticuatro horas sin ser puesto a órdenes de la autoridad competente. Los servidores públicos que violen este precepto tienen como sanción la pérdida del empleo, sin perjuicio de las penas que al efecto establezca la ley.

No hay prisión, detención o arresto por deudas u obligaciones puramente civiles.”

Tal cual se deduce de la precitada norma, la detención de cualesquiera persona, sea nacional o extranjera, debe cumplir con una serie de exigencias que de ser inobservadas producen consecuencias inexcusables. En este marco constitucional se trata de fijar las condiciones sobre las cuales se orienta el resto de las normas relacionadas a la temática. El propio texto constitucional alude a un mandamiento emitido por autoridad competente, referido a la exigencia de una resolución previa, debidamente sustentada y motivada, en la cual se resalten los elementos de juicios considerados para disponer la medida, y cuyos presupuestos aparecen contenidos en la norma procesal que regula tal preceptiva fundamental y que se encuentra en el artículo 2140 del Código Judicial, cuyo tenor literal reza de la siguiente forma:

“Cuando se proceda por delito que tenga señaladas pena mínima de dos años de prisión”.

III JUSTIFICACIÓN

Los más conspicuos autores del derecho procesal se han ocupado seriamente del tema, en sus diversos ensayos o trabajos han dejado plasmada su posición sobre la justificación de la medida en estudio.

Brevemente vamos a enunciar sus posiciones al respecto y, en primera instancia, citemos **Jaime Vidal Perdomo** quien entiende que la **preventiva sirve para impedir la fuga y poner al inculpado a disposición del juez, evitando que haga desaparecer las pruebas, advierta a sus cómplices, soborne o influencie a los testigos, haga estériles las pesquisas y oculte el producto del delito.** Eugenio

Florián, por su parte, entiende que **la preventiva se orienta en las sendas de los propósitos: seguridad de la persona y garantía de la prueba.** En su lugar Fenech estima que los objetivos de la citada medida son: **asegurar los fines del proceso y garantizar la eventual ejecución de la pena.**

Por su parte, el autor Gian Domenico Pisapia hace su aporte histórico de la medida señalando que a partir de su aparición en Roma y en el derecho medieval hasta nuestros días, las funciones de la prisión preventiva han sufrido una evolución que permite advertir en ella los siguientes planos sucesivos: **garantía para la ejecución de la pena, aflicción con carácter de ejecución anticipada de aquellas o para efectos ejemplares, coerción procesal encaminada a asegurar la presencia del imputado en el proceso y prevención inmediata de la perpetración de delitos por parte del propio inculpado o contra él mismo.**

Las anotaciones doctrinarias antes enunciadas, dejan al descubierto como justificantes más citadas y que en la actualidad sustentan la mayoría de las legislaciones contemporáneas las siguientes:

1. La desatención del proceso,
2. la continuidad de su actividad delictiva,
3. peligro en la conservación de las pruebas.

La primera justificación señalada es como se ha apuntado en líneas anteriores, de carácter asegurativa, o sea, en el fondo viene a ser la comodidad procesal del funcionario que reposa o descansa en la libertad corporal de una persona. En ese eje, el ideal en el que se sustenta el Estado democrático de derecho, hilvanado en un abanico de disposiciones dirigidas a preservar las garantías fundamentales del individuo se ven seriamente conculcadas, y por tanto debilita la concepción de justicia en la que se debe mover el engranaje público, pues si la orientación primaria es la de dotar a todos los ciudadanos de un mínimo de garantías esenciales contenidas en la Carta Fundamental, lo esperado es cuando se plantean situaciones donde se ven afectados derechos de “alta intensidad” contenidos en el texto constitucional; entonces el criterio para su sacrificio temporal, porque no es absoluto, debe aparecer sustentado en hechos o circunstancias con un contenido importante para así sustentar la medida restrictiva de derecho. La desatención del proceso es un argumento el cual no resiste el mínimo análisis si se confronta con el resto de los derechos que se ven afectados en el caso de aplicar la medida restrictiva bajo ese argumento.

No es que se deba descartar in limine esa justificación, por cuanto existen supuestos en los cuales la persona, ante la eventualidad de sufrir una sanción severa por haber incurrido en una conducta delictiva revestida de gravedad, pueda optar por desatender las distintas diligencias del proceso lo que se traduce en una motivación que tiene sustento propiciando entonces la fuga del acusado, con lo cual, pretendo decir, ello puede ser utilizado como parámetro válido en esos supuestos concretos, es decir, cuando se trate de delitos de suficiente gravedad, deducido esto con la penalidad que ofrece la conducta ilícita incurrida. Ejemplo de lo anterior lo tenemos en nuestra legislación en los casos de homicidio calificado o agravado, tráfico internacional de drogas, robo calificado, secuestro, peculado, entre otros.

En los demás asuntos, cuando se trate de comportamientos ilícitos de poca significación penal, a la luz de la sanción que aparejan, el operador del sistema se debe plantear con mayor celo y análisis crítico la posibilidad de aplicar la medida más severa, dado que puede darse el caso de que la persona ofrece garantías del arraigo tales como un buen trabajo, un hogar constituido familia, compromisos económicos afrontados con responsabilidad y celos, los que si abandona podría trastocar su entorno familiar como laboral. Tampoco se debe descartar el propio interés de la persona de afrontar los cargos y su marcado interés de demostrar su completa inocencia.

En el caso contrario, si la persona reconoce haber perpetrado el delito, puede tener el interés de enfrentar las consecuencias de la causa si tiene a su alcance institutos procesales en los cuales se le permita disfrutar de libertad mientras se surte el proceso, tales como la fianza de excarcelación, medidas cautelares distintas a la detención preventiva, o en el final del procedimiento, tenga posibilidades de un sustituto penal.

En cuanto a la continuidad de conductas delictivas, como tal envuelve una apreciación de peligrosidad. El sujeto cuando sufre la aplicación de la medida aparece amparado del principio de presunción de inocencia, el que se ve seriamente comprometido cuando se toma como consideración para disponer la detención por la posibilidad de nuevas conductas delictivas por parte del acusado, cuyo criterio desde los fundamentos en los cuales se sostiene el Estado de Derecho.

En el fondo recoge también la situación de la prevención especial, impregnada del mismo modo en los postulados de la política criminal. En la ponderación dentro de la aplicación de la medida no es posible adelantar juicios referidos a estos dos extremos, por cuanto los enunciados en los que descansa la presunción de inocencia hacen que el rigor de estos dos vértices se debiliten cuando el operador del derecho

considere o no la viabilidad de la detención preventiva. Es un principio cardinal, el que se sobrepone a cualquier otra consideración de ese tipo.

El autor **José María Asensio Mellado**, citado por Ricardo Levene, en esta temática sostiene con mucho tino lo siguiente:

“...En este sentido, podría vulnerarse la Constitución por suponer una infracción al derecho a la presunción de inocencia, pues la idea de prevención, de evitación de la comisión de ulteriores delito, basada en una supuesta peligrosidad extraída de anteriores ilícitos penales, parte de una presunción de culpabilidad, siendo así que la prisión provisional se adopta en un momento procesal anterior a la sentencia, única resolución capaz de destruir, con las debidas garantías, el mencionado derecho constitucional”⁵

En la práctica, los funcionarios encargados de la investigación, procuran asegurar esta justificación acompañando al proceso el historial penal y policivo de la persona, con lo cual tienden a demostrar si ya tiene antecedentes criminales y de existir condenas previas y recientes, es probable que el funcionario disponga de la medida de detención preventiva para impedir se alteren las pruebas del delito.

Este presupuesto será atendido con mayor celo en otros apartados. En todo caso, esta justificación se asienta en la necesidad de preservar la integridad de los vestigios dejados en la escena del delito o en cuidar que se vean amenazados o mediatizados por el acusado cuando se trata de probanzas de índole testimonial, con miras a alterar su fiabilidad.

Se trata entonces de salvaguardar las fuentes de prueba, para impedir su supresión o alteración, especialmente durante la fase de las investigaciones iniciales, siendo esta la etapa crucial para el descubrimiento de la verdad histórica de los hechos. De ahí la importancia de los entes de investigación que una vez conozcan la ocurrencia del delito, se proceda con prontitud en procurar todas las pruebas dirigidas a establecer los hechos y salvaguardar a plenitud de eficacia probatoria para las diligencias posteriores de cara a establecer la existencia del delito y la probable vinculación del acusado en ese

⁵ ASENSIO MELLADO, José María, citado por LEVENE, Ricardo, Manuel de Derecho Procesal Penal, Buenos Aires, Ediciones Ameba. Pag. 8-9

hecho. Claro está, el funcionario en el juicio de valor que efectúa cuando aplica la medida de detención preventiva, debe examinar con mucho celo tal justificante de cara a encontrar si con la misma es válida la aplicación de la restricción de la libertad corporal.

En suma, cada una de las anteriores consideraciones expuestas, podemos envolverla o reducirla a un solo planteamiento y el que condensa atinadamente el maestro criminólogo argentino, Eugenio Raúl Zaffaroni, quien a propósito de estas justificaciones señaló que “la prisión preventiva es la vía más clara de ejercicio represivo de la llamada criminalidad convencional”, y a renglón seguido sostiene “su descarada y hasta expresa función penal-punitiva lleva a que el auto de prisión sea en nuestra realidad (refiriéndose a la argentina) la sentencia condenatoria y la sentencia definitiva cumpla el papel de recurso de revisión”.

Francesco Carrara, quizás con más visión, indicó que la detención preventiva, además de la función de “coerción procesal”, en relación con las necesidades de la disponibilidad del imputado por parte del juez instructor y de preservación de la pureza de las pruebas, se convirtió en una garantía para la ejecución de la pena

IV Presupuestos en su aplicación

A .Competencia

Principio cardinal resulta la garantía de que la medida solo puede ser aplicada por autoridad competente para tal fin, en virtud de la incoación de un procedimiento penal y en absoluta armonía con las disposiciones legales en la materia. En concreto los representantes del Ministerio Público y del Poder Judicial, tienen a su haber la facultad legal de decretar la medida restrictiva de derecho.

- b. “fumus boni iuris entendido como apariencia de buen derecho, y tiene como requisitos de acuerdo a la doctrina, que se aporte una prueba que ostente la cualidad para justificar la aplicación de la medida, o sea, precisa que el funcionario establezca a prima facie, con base al supuesto fáctico planteado y las pruebas incorporadas si cabe restringir el derecho de locomoción de la persona, con lo cual se quiere decir, el agente de instrucción o el juzgador, según sea el caso, debe contar en sus manos con una prueba idónea o eficaz encaminada a sustentar la detención preventiva.

Este principio en nuestra legislación aparece recogido en el artículo 2140 del Código Judicial al señalar:

“cuando se proceda por delito que tenga señalada pena mínima de dos años de prisión y exista prueba que acredite el delito y la vinculación del imputado, a través de un medio probatorio que produzca certeza jurídica de ese acto....”

Lo anterior constituye una garantía probatoria en sede del acusado, por cuanto en el caso de enfrentar una imputación penal, para recibir la medida restrictiva de libertad se hace necesario que el Ministerio Público cuente con prueba con una cualidad que indique certeza en cuanto a la vinculación del acusado con el hecho punible, es decir, no es ni puede ser una decisión precipitada. No obstante la realidad es otra, los funcionarios aplicadores de la misma se limitan a observar únicamente el monto de la sanción penal que conlleva el comportamiento endilgado sin detenerse a observar la entidad o idoneidad de los medios probatorios incorporados, Recuérdese que, generalmente, la detención es decretada casi en un 90 por ciento al inicio de las investigaciones criminales, y más se dispone por el ingrediente antes mencionado sobre la penalidad, para asegurar la comparecencia del acusado en las sucesivas diligencias judiciales y, por otro lado, como fórmula para mitigar la alarma social que envuelve el propio comportamiento punible, ello sin perder de vista los supuestos de casos que pueden tener alguna notoriedad, donde el agente instructor sin tantos miramientos en la prueba dispone la medida, esto bajo un criterio teñido de los planteamientos de la inflación en la criminalidad, con lo cual pretenden utilizar la referida medida cautelar como un mecanismo de prevención general.

Me parecen interesantes las críticas formuladas por Silvio Guerra Morales, quien cuestiona acremente el fundamento de la detención preventiva en los postulados del *fumus bonis iuris* y en el *Periculum in mora* que atenderemos en el siguiente epígrafe. A este respecto, en su reciente obra *Derecho Procesal punitivo*, el precitado autor sostiene:

“Nada tan falso como aseverar que en el proceso punitivo los fundamentos de las medidas cautelares lo son el denominado *periculum in mora*-peligro en la demora- y el *fumus bonis iuris*- apariencia de buen derecho-. La doctrina italiana, básicamente, ideó estos prolegómenos para el proceso civil. Los procesalista penalistas italianos y los alemanes los trajeron al ámbito penal, soslayando y omitiendo la especial consideración que en el plano del proceso

punitivo amerita y merece el principio del estado de inocencia del acusado. En este plexo procesal no se está tratando de una pretensión de naturaleza patrimonial sino de índole punitiva que afecta un bien jurídico tan vinculado a la vida misma como es la libertad del acusado.”

.....
.....
A propósito del *fumus bonis iuris* sostiene que el referido autor:

“En todo caso, de qué apariencia estamos hablando y de qué buen derecho? Lo que resulta es que el Estado, incapaz de garantizar la sociedad un sistema de seguridad jurídica, se ha valido de estos postulados para mantener en las cárceles y por largos años a quienes estima delincuentes irreconciliables con la sociedad en unos casos; a otros para justificar las penas; y en la mayor parte de los casos para convertir la detención preventiva en una pena anticipada del inculpado-con razón se ha dicho que los detenidos preventivamente son auténticos presos sin condena- y ello sin haberlo condenado o haberle cumplido con un debido proceso”⁶

Frente a estos planteamientos es necesario afirmar que el Estado, a través de sus órganos públicos competentes tiene la potestad exclusiva de privar de la libertad a una persona, que como tal es un derecho insoslayable reconocido en la Constitución y en la Ley, como en los pactos internacionales. Por esa razón, precisa fijar mecanismos de control de cara a evitar excesos; por ese motivo, el codificador sabiamente ha traspolado los enunciados en los que descansan estos principios a la norma, para de esa forma evitar abusos, que en efecto se producen, por cuanto los operadores de justicia no entronizan los cimientos de estos cardinales principios, y simplemente utilizan la medida como la regla general, lo cual la convierte en una

c. “*Periculum in mora*”

⁶ GUERRA MORALES, Silvio, Derecho Procesal Punitivo, Editorial Lerner. Página 309-310.-

Como lo hemos venido sosteniendo en los distintos pronunciamientos que emitimos en nuestro papel de juzgadores, con este principio lo que se tiende a ponderar es la

V PRINCIPIOS

En este apartado pretendo aludir a los principios en los que se orienta la aplicación de esta medida y los cuales vienen a constituir en alguna forma un freno para el aplicador de la misma, es decir, el operador de justicia vinculado en la temática, cuando realiza el test de valoración dirigido a disponer la misma, requiere de un ejercicio intelectual enmarcado a ponderar si la detención es necesaria, válida, idónea y si se justifica.

Para que esto sea válido hay que hacer un análisis desde la perspectiva constitucional, las normas procesales al contemplar la libertad corporal de una persona lo hacen sometiendo al operador del sistema de justicia penal a una serie de controles, o principios básicos, con lo cual se busca realizar un control atendiendo diversos principios rectores, siendo estos el de carácter excepcional, cautelar y provisional.

a. Excepcional

La situación de presunción de inocencia del acusado hace obligante que sea la referida de primera opción de entre la gama de las medidas cautelares contempladas en la legislación procesal.

c. Es cautelar

Lo que busca es evitar que el imputado obstruya el esfuerzo investigativo o pretenda eludir la eventual condena, siendo utilizable únicamente en casos donde se hace puntualmente necesario.

d. Es provisoria

En todo momento debe ser evaluada, revisada o sometida a revisión para establecer si en el curso del proceso persisten los motivos o razones para mantenerla y en caso de que estas aminoren, el operador de justicia debe entonces encontrar con menor intensidad.-

VI. La situación de la privación de libertad en los convenios internacionales

Los instrumentos o textos jurídicos de carácter supranacional también se han ocupado de la temática de cara a tutelar un derecho de contenido universal pues incide en todas las legislaciones y por tanto, merece que en este trabajo le dediquemos un espacio a estos acuerdos multinacionales y con incidencia en el plano normativo de cada país suscriptor.

1. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Artículo 9:

1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.

3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un Tribunal a fin de que este decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene la libertad si la prisión fuere ilegal.

5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa tendrá derecho efectivo a obtener reparación.⁷

⁷ Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, A.G. Res 2200^a (XXI), 21 U.N. GAORP Supp. (No. 16) p.52, ONU Doc. A/6316 (1966), U.N.T.S 171, entrada en vigor el 23 de marzo de 1976.

2. Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José

Incluida en nuestra normatividad positiva mediante la Ley N° 15 del 28 de octubre de 1977 (G.O. 18,468 del 20 de noviembre de 1977) constituye uno de los principales referentes normativos y de obligatoria aplicación u observancia por parte de los operadores judiciales al momento de evacuar las distintas diligencias judiciales y más cuando son afectativa de derechos fundamentales.

En su texto jurídico se aprecian los principales enunciados contenidos en los otros instrumentos jurídicos de carácter internacional en los que se tutelan los derechos humanos y en los que no escapa la vertiente judicial, concebido como un auténtico derecho humano fundamental, pues trata de regular la actividad punitiva del Estado frente a las conductas de las personas cuando vulneran un derecho previamente protegido y como tal, tanto en el plano del acusado como de los demás intervinientes existentes se dan.

El Artículo 8vo del citado texto internacional contiene grandes enunciados que son de obligatoria observancia por los operadores judiciales nacionales, más cuando en fallo de la Corte Suprema de Justicia, se incluye este artículo al Bloque de constitucionalidad, siendo lo atinente para la ilustración de la temática transcribir su contenido:

1. toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad

3. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Artículo XXV: Derecho de protección contra la detención arbitraria.

Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por leyes preexistentes.

Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil.

Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el Juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser

juzgados sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad.⁸

4. Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.
Artículo 9: Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.⁹

5. Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas.

Artículo XI: Toda persona privada de libertad debe ser mantenida en lugares de detención oficialmente reconocidos y presentada sin demora, conforme a la legislación interna respectiva, a la autoridad judicial competente. Los Estados Partes establecerán y mantendrán registros oficiales actualizados sobre sus detenidos y, conforme a su legislación interna, los pondrán a disposición de los familiares, Jueces, abogados, cualquiera persona con interés legítimo y otras autoridades.¹⁰

Hemos querido plasmar en el trabajo el abordaje que realiza cada uno de los instrumentos internacionales en los que se atiende la temática de la detención, que constituyen normas supranacionales que sirven de marco referencial y de estricta observación por parte de los operadores del sistema de justicia al momento de ponderar o valorar la aplicación de esa medida, al tiempo que constituye un derecho y una garantía en sede de cada uno de los ciudadanos siendo esto una conquista dentro de los estados liberales de derecho y que sin duda fortalece los derechos de cada persona.

Que este conjunto de perceptivas en función a lo que dispone el artículo 4 de la Constitución Nacional de la República de Panamá, son de obligatorio acatamiento y deben por ende ser utilizados por los

⁸ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana realizada en Bogotá, Colombia. 2 de mayo de 1948.

⁹ Declaración Universal de Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

¹⁰ Convención Interamericana Sobre Desaparición Forzada de Personas. Adoptada en Belém do Pará, Brasil el 9 de junio de 1994. Aprobada por la República de Panamá, mediante Ley No. 32 de 28 de junio de 1995.

Tribunales de Justicia cuando ingresen al análisis en la aplicación de una medida restrictiva de derecho de carácter personal.

En conclusión, las normas de Derecho Internacional Público también se han preocupado y ocupado de la temática todas ellas con miras a cuidar y preservar un derecho fundamental como lo es el de la libertad corporal que constituye un derecho humano de alta intensidad y como tal merecedor de una super protección a la cual no deben declinar los Estados que profesan la protección de las garantías fundamentales o las normas esenciales de convivencia pacífica. De ahí la importancia de que los países acojan en su legislación interna cada una de las preceptivas que tiendan a garantizar esos postulados y a su vez diseñar las normativas de derecho interno dirigidas a potenciar las máximas antes evocadas como también sensibilizar a los operadores de la trascendencia e importancia que tiene el hecho de ponderar en su justa dimensión lo que significa el hecho de privar a una persona de su libertad de locomoción.

VII. El principio de presunción de inocencia y la detención preventiva

Siendo así, la presunción de inocencia es un derecho o una garantía con estatura constitucional la cual se proyecta como una presunción, susceptible de recibir prueba en contrario, o sea, es “*iuris tantum*” o verdad interina, en virtud de la cual el acusado, inculcado o imputado de un hecho punible ha de ser percibido o considerado inocente, mientras no se practique, con las garantías procesales pertinentes, una mínima, suficiente, idónea o necesaria actividad probatoria de cargo, de corte incriminativo, dirigido a demostrar su participación en dicho hecho delictivo. Esto supone entonces, para demostrar la culpabilidad penal, el operador judicial, en este caso el Fiscal, personero o el querellante de aparecer **constituido en el proceso, debe ingresar al cuaderno penal** respectivo, las pruebas dirigidas a establecer el nexo en la acción del sujeto con el hecho endilgado, utilizando para esto, siempre y en todo momento, pruebas lícitas, permitidas en el ordenamiento jurídico, o sea en estricta observancia a los presupuestos legales, porque de lo contrario, la prueba no puede ser apreciada o estimada por el juzgador por ilícita, entendiéndose como prueba ilícita aquella que está expresamente prohibida por la ley, la que viole derechos humanos y la que sea contraria a la moral o al orden público. Ese es el sentido normativo encontrado en claras disposiciones adjetivas vigentes; tal es el caso del artículo 780 del Código Judicial.

El principio de presunción de inocencia, que tiene en nuestro país arraigo constitucional y legal, debe respetarse en todo momento, y se concibe como

“aquel desarrollo directo e inmediato del estado de inocencia-derecho natural y político, fundamental, inalienable e irrenunciable- y la presunción, mecanismo con desarrollo legal, por la que todos los hombres procesados legalmente, deben ser tratados como inocentes, hasta el fallo condenatorio con tránsito a cosa juzgada”.¹¹

Habría que tener presente como se concibe la medida en estudio frente a este principio, si la persona se entiende inocente de los hechos imputados como se sustenta entonces la aplicación de la medida restrictiva de libertad mientras aún se le considera inocente. Pues viene a ser una de las más grandes mentiras que acompaña el proceso respectivo, por cuanto si a la persona se le limita su libertad locomotiva en virtud de una incriminación penal, cuando todavía no se le ha declarado responsable. ¿Cómo entonces resulta viable la misma? Esto ha sido preocupación de los doctrinarios y estudiosos de la materia. A ese respecto, el autor Angulo González ha sostenido:

“detener preventivamente a una persona cuando apenas se la está investigando, cuando se ignora si se llegará a una declaración de responsabilidad que comporte la imposición de una pena que afecte esa libertad y cuando la “presunción de inocencia” sigue aún siendo pilar indestructible de nuestro sistema positivo, resulta aparentemente un contrasentido”¹²

En efecto, como lo sostiene el citado autor, en el proceso se plantea una situación contradictoria en el sentido de que si a la persona durante el curso del proceso se le considera inocente como esta condición puede ceder ante una medida que suponen una limitación rigurosa de un derecho como es el de la libertad.

Los intentos de buscar una justificación a la detención preventiva que permita distinguirla de una pena de prisión anticipada, haciéndola así compatible con la presunción de constitucional de inocencia se han centrado siempre en el dato externo de su función formal- procesal, pues

¹¹ Jurisprudencia de la Corte Suprema de Panamá. Rodríguez, Orlando Alfonso, “La Presunción de Inocencia”. Editorial Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1995, pág. 79

¹² ÁNGULO GONZÁLEZ, Guillermo, ob, cit, pág. 114.

ya hemos visto que intrínsecamente ambos institutos no son diferenciales. De esta forma, suelen atribuirse tres funciones a la prisión provisional: una de prevención especial, a manera de medida de seguridad; otra cautelar-instrumental, en orden al desarrollo del proceso, y una tercera cautelar- final en orden a garantizar la ejecución de la eventual condena.

La primera de estas funciones, la preventiva-especial, atribuye a la prisión provisional la finalidad de impedir la realización de otros delitos por parte del imputado aunque a veces se admite que desempeña también una función ejemplarizadora, que claramente se sitúa ya en el terreno de la prevención general. Aun prescindiendo de este último aspecto, no es difícil observar que esta pretendida función preventiva es incompatible con la presunción de inocencia, en la medida que prácticamente identifica los conceptos de imputado y culpable pues el efecto profiláctico que se busca a través de la privación cautelar de libertad parte explícitamente de la presuposición de que el imputado podría reincidir en el delito cuya realización se le atribuye sin ambages antes de que haya sido condenado por él.

En apoyo de esta función preventiva de la prisión provisional, en clave de defensa social, se aduce por algunos autores que la reacción de la sociedad ante el delito, que constituye la pena, se perdería o quedaría seriamente debilitada si se tuviera que esperar al agotamiento del proceso y que no se puede tener un proceso penal, por así decirlo, “desarmado” hasta el pronunciamiento definitivo de condena. Pero es fácil oponer a estos argumentos que la solución a tales riesgos de debilitamiento de la eficacia de la pena no es su anticipación mediante la detención preventiva, sino la rápida conclusión del proceso.

Ciertamente, la experiencia demuestra que existen imputados que pueden ser calificados objetivamente de peligrosos con cierto margen de duda; pero incluso en estos casos el riesgo de comisión de futuros delitos irá normalmente acompañado, salvo supuestos casi de laboratorio, de un peligro de fuga tangible, que permitiría adoptar la medida de prisión con un fundamento más propiamente cautelar y más respetuoso de la presunción de inocencia.

Esa referencia al riesgo de fuga nos sitúa en la segunda de las funciones atribuidas a la detención preventiva: la de aseguramiento de los fines del proceso, garantizando por un lado que el imputado se mantenga a disposición del órgano encargado de la investigación y evitando por otro que pueda emprender acciones tendentes a la destrucción o perturbación de las fuentes de prueba utilizables. A diferencia de la finalidad de prevención especial o general, este fundamento de la prisión provisional puede considerarse en principio

respetuoso de la presunción de inocencia, en la medida en que no da por sentada la culpabilidad del imputado, ya que también un inocente puede sentir la tentación de darse a la fuga o de manipular el cuadro probatorio, sea por desconfianza en el funcionamiento del sistema, sea por estimar que las apariencias le incriminan. De esta forma, el peligro de fuga o de alteración de las fuentes probatorias por el imputado constituiría una circunstancia objetiva ajena a cualquier presunción contra el reo y compatible por ello con la presunción de inocencia.

Claro está que, para adoptarse verdaderamente con esta finalidad instrumental, la detención preventiva tendrá que responder a la necesidad realmente existente y apreciada en cada caso en particular y cesar tan pronto como desaparezca el *periculum libertatis* que la justifica. En este sentido, el Tribunal Constitucional Español ha señalado que la valoración del riesgo de manipulación del cuadro probatorio por el imputado puede fundarse en un primer momento sobre la consideración primordial, y aun exclusiva, de la gravedad del delito y de la pena conminada al mismo, pero la ponderación del riesgo de fuga ha de hacerse prestando atención a las circunstancias personales y de situación del imputado; advirtiendo en todo caso que la estimación que pudo justificar la decisión inicial no tiene por qué servir para fundar mecánicamente su mantenimiento (STC. 128/1995, de 26 de julio).

La tercera de las finalidades que se atribuyen a la detención preventiva, la llamada cautelar-final o de aseguramiento de la efectividad de la eventual condena, tiene a mi juicio muy dudosa autonomía respecto de la anterior; puesto que la necesidad de asegurar los fines del proceso no se limita a la fase de investigación, sino que se extiende a la propia celebración del juicio y a la pureza de la prueba a practicar durante el mismo. Ello es especialmente evidente en ordenamientos como el español que no permiten el juicio de rebeldía del imputado en delitos de cierta entidad. Ello limitaría el ámbito propio de esta finalidad cautelar al período procesal comprendido entre la celebración del juicio y la firmeza de la sentencia condenatoria. Así delimitada, esta finalidad no roza tampoco con la presunción constitucional de inocencia, siempre que se entienda, como ocurre en España, que la sentencia absolutoria, aun recurrida por la acusación, impide la prisión provisional del imputado absuelto.

No obstante ello no constituye una garantía de carácter absoluto que implique la imposibilidad de que en algunos supuestos se puede limitar dicha garantía, siempre que se suscite bajo el estricto cumplimiento de los presupuestos que se exigen para disponer la misma en cuyo caso el operador del sistema judicial debe en todo momento sustentar y motivar con mucho esmero los hechos y circunstancias que le permiten sustentar la medida, y es que existe una profusa literatura que aborda la temática

como también los pactos y acuerdos internacionales como la jurisprudencia. Para tal fin nos permitimos invocar la sentencia del 23 de septiembre de 2004 de la Corte Suprema de Panamá, que al respecto a dicho:

“El principio de presunción de inocencia, que tiene el nuestro país arraigo constitucional y legal, debe respetarse en todo momento, y se concibe como “aquel desarrollo directo e inmediato del estado de inocencia,- derecho natural y político, fundamentalmente, inalienable e irrenunciable,- y la presunción, mecanismo con desarrollo legal, por la que todos los hombres procesados legalmente, deben ser tratados como inocentes, hasta el fallo condenatorio con tránsito a cosa juzgada.(RODRÍGUEZ, Orlando Alfonso. “La Presunción de Inocencia”, Editorial Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1995, pág. 79)

CONCLUSIONES

1. La detención preventiva es una medida cautelar de carácter personal.
2. Puede ser decretada en el sistema mixto por el fiscal o por los jueces o magistrados.
3. Es una medida restrictiva que exige motivación para decretarla por el operador jurídico.
4. Es una medida que colisiona con el presunción de inocencia
5. Es una medida provisional que solo se debe aplicar si concurren las circunstancias necesarias para la investigación
6. Es una medida de carácter excepcional
7. Se deben ponderar los principios de idoneidad, subsidiariedad y proporcionalidad.
8. En el sistema acusatorio se conoce como detención provisional y la decreta un Juez de Garantías
9. En el sistema penal acusatorio tiene el plazo de un año

