

No. 27

REVISTA

**IUSTITIA
ET
PULCHRITUDO**



Panamá
2014

IUSTITIA et PULCHRITUDO
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Dr. Víctor Delgado

Decano de la Facultad de Derecho y C. Políticas

Lda. Celis Caballero

Directora de la Escuela de Derecho y C. Políticas

Laurentino Díaz López

Director de la Revista

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

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

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

INDICE

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL ADMINISTRATIVA DEL ESTADO EN PANAMÁ:

JAIME JAVIER JOVANÉ BURGOS 5

CÓMO PODEMOS MEJORAR EL ESTADO DEL MUNDO AL REFORMAR LA EDUCACIÓN LEGAL

GABRIEL SILVA 87

LA POTESTAD SANCIONADORA DEL ESTADO: PRINCIPIOS, GARANTÍAS Y LA INFLUENCIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO INTERAMERICANO*

EDUARDO JOSÉ MITRE GUERRA 101

EL ARBITRAJE EN LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA DE SEGUROS Y REASEGUROS

DARÍO SANDOVAL SHAIK 137

REFORMAS ELECTORALES PARA LAS ELECCIONES GENERALES DEL 2014.

CARLOS HORACIO DÍAZ DÍAZ 149

LA RESIDENCIA ELECTORAL Y EL DELITO DE CAMBIO DE RESIDENCIA EN EL CÓDIGO ELECTORAL

DIANI ESPINOSA MOLINA 161

**LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL
ADMINISTRATIVA DEL ESTADO
EN PANAMÁ:**

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. Coordinador del Centro de Investigación Jurídica de la U.S.M.A., miembro tanto del Consejo Editorial, como del Consejo de Investigación de la U.S.M.A.

1.- INTRODUCCIÓN

Hoy en día es muy común en materia de derecho administrativo escuchar la expresión *responsabilidad extracontractual del Estado*, debido a la importancia que en los últimos años ha venido adquiriendo ésta institución dentro del mundo jurídico.

Dentro de la presente monografía se procederá a efectuar un análisis en relación a la manera como se ha producido el desarrollo evolutivo sobre la responsabilidad extracontractual del Estado y las limitaciones que desde sus inicios presentó ésta figura jurídica no sólo en el ámbito del derecho latinoamericano, sino también en el orbe europeo.

Otros de los elementos de suma importancia que serán desarrollados dentro de la presente investigación son los relativos a los conceptos de responsabilidad patrimonial o extracontractual del Estado, así como también los factores que deben conformarse para que pueda ser exigible la restitución patrimonial que debe hacerle frente el Estado, a causa de un daño o una lesión.

De igual manera se llevará a cabo un estudio en función de las clases o tipos de responsabilidades administrativas que existen para la doctrina jurídica en materia de reclamaciones extracontractuales.

También se analizará dentro de la monografía bajo objeto de estudio, aquellas circunstancias o situaciones en las que surgen excepciones que imposibilitan a que la o las personas afectadas, puedan exigir o demandar el reclamo de la responsabilidad extracontractual al Estado, producto de un daño, lesión o afectación sufrida.

Se abordará dentro del objetivo de la investigación, la forma como se debe efectuar el cálculo de la indemnización; además del estudio de la exigencia indispensable de la constitución del elemento probatorio dentro del proceso y también el plazo o término dentro del cual se debe presentar la acción de reclamo por una lesión o daño ocasionado por la irresponsabilidad de la Administración del Estado.

La presente monografía abordará también un pequeño estudio comparativo en relación a la responsabilidad extracontractual del Estado y la figura del enriquecimiento ilícito o injusto de la administración, donde se demarcará la distinción que existe entre ambas figuras jurídicas.

Asimismo se hará un estudio de la legislación o normativa panameña en materia de responsabilidad patrimonial o extracontractual del Estado, analizado desde la perspectiva de la norma suprema del Estado de Derecho, hasta las disposiciones de derecho privado que dan cabida a la reclamación por daños y lesiones ocasionados por la Administración Pública.

Finalmente dentro de la presente monografía se efectuará un estudio de carácter sintáctico en relación a las jurisprudencias trascendentales y más importantes, comprendidas entre los años 2000 a 2006, en materia de responsabilidad extracontractual del Estado panameño.

2.- LA EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL ADMINISTRATIVA A NIVEL DE LA DOCTRINA JURÍDICA EN GENERAL

La forma como se configuró desde sus orígenes la responsabilidad administrativa del Estado no fue precisamente la más grata; ya que existieron reticencias o reservas inicialmente para admitir que el Estado era Responsable en relación con su actuación; y que cualquier percance o lesión que generara la Administración Pública en contra de sus administrados, éstos no estaban en el deber jurídico de aceptarlos.

Ha sido una constante que se ha repetido en diversos países, que el tema de la responsabilidad patrimonial administrativa del Estado ha evolucionado primero de la mano con la jurisprudencia; y con posterioridad se ha procedido a su reconocimiento normativo.

2.1.- La evolución de la responsabilidad patrimonial administrativa en el derecho alemán

En Alemania, la materia relativa a la responsabilidad patrimonial administrativa empezó inicialmente a formularse como una *responsabilidad indirecta*, por causa de las actuaciones de carácter ilícitas por parte de funcionarios o servidores públicos que ocasionaban lesiones o perjuicios a los administrados¹.

Tuvo que transcurrir una gran cantidad de años para que producto de la influencia directa de la jurisprudencia, se hicieran los primeros

¹ Las primeras circunstancias en las que se procedió a exigir responsabilidad del Estado, fue con motivo de las prestaciones de servicios públicos que tenían que ver con la utilización o el empleo de la fuerza pública.

intentos en el derecho alemán a través de la ley, de poder regular el tema de la responsabilidad patrimonial administrativa del Estado; independientemente que con posterioridad se decretara la inconstitucional de la referida ley sólo por motivos de competencias, mas no por su contenido o fondo².

La situación previamente descrita no impidió que luego de acontecido un determinado plazo, se insistiera nuevamente en la regulación legal de la responsabilidad patrimonial del Estado alemán, pero ya propiamente a partir de la vertiente del derecho administrativo.

2.2.- La evolución de la responsabilidad patrimonial administrativa en el derecho francés

En el derecho administrativo francés el criterio o pensamiento que se sostuvo desde el siglo VIII, hasta mediados del siglo XIX, fue la de considerar al Estado como un ente falto de responsabilidad, imperando de ésta forma la configuración de un Estado irresponsable en el que no existía un deber de indemnizar. Ahora bien, en el supuesto que se pudieran generar daños excepcionales³, era posible la solicitud de indemnización por parte de los afectados en contra del Estado. Esta etapa en materia de responsabilidad administrativa del Estado fue denominada por MOREAU como *edad teológica*.

La única manera que existía dentro de éste periodo de irresponsabilidad patrimonial del Estado de poder demandar una garantía frente a los daños ocurridos por una de las víctimas, era a través de los tribunales ordinarios de justicia empleándose de esta manera las disposiciones contenidas en el Código Civil, y recayendo la responsabilidad únicamente sobre el funcionario que había cometido la lesión. En conclusión, se puede señalar que se procedió a reconocer sólo la existencia de la **responsabilidad personal del funcionario**.

² Sobre la evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado alemán debemos resaltar que: “En 1976 se aprobó una Ley Federal que hizo indemnizables los daños corporales de las víctimas de infracciones penales, en general. En 1981 se aprobó una Ley que regulaba de manera conjunta la responsabilidad del Estado. La Ley, sin embargo, fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional en 1982, no por su fondo sino por un problema de competencia con los Länder.” (GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN (2003). *Curso de Derecho Administrativo II*. Octava Edición, segunda reimpresión. Madrid (España): Editorial Civitas, página 363).

³ Nos estaríamos refiriendo exclusivamente a daños generados a causa de la construcción de obras públicas, así como también a los daños generados por tumultos, daños producidos por el ejército, daños de guerra, etc.

En lo que corresponde a la responsabilidad patrimonial del Estado podemos apuntar que va a ser escaso el reconocimiento de su obligación, y prueba de ello será que el Consejo de Estado quien es el ente en Francia que será el llamado a vigilar los actos en contra del Estado, procederá a rechazar las demandas que se presenten en contra el mismo por los administrados, en relación a ésta temática. Se exceptuarán “(...) *los casos en que aprecie la existencia de una falta personal del agente, es decir, en aquellos supuestos en los que el hombre con sus debilidades, sus pasiones y su prudencia, más que el administrador, sujeto siempre a error (...), es el causante del daño, aceptando en los demás supuestos, que se reputan como expresivos de una simple <<falta de servicio>> impersonal, que la acción se dirija contra el Estado ante los Tribunales administrativos.*”⁴

Con el transcurrir del tiempo, se fue perfilando la idea que no se requería necesariamente de la existencia de resultados dañosos producto de las faltas cometidas por los servidores públicos que laboran para el Estado, a efectos de exigir la responsabilidad patrimonial de la administración francesa. Así las cosas, se cambia el criterio clásico que se vino sosteniendo antiguamente, por la concepción que toda negligencia, error u omisión producto de la ***mala prestación de los servicios públicos*** <y no necesariamente del servidor público>, generaba **el deber de reparación por parte de la Administración responsable que se encarga de prestar el servicio público**⁵.

Ligada a la noción previamente descrita, podemos señalar que: “(...) *el Consejo de Estado francés asentó la responsabilidad sobre la falta de servicio (faute de service), entendiéndola como carencia o defectuoso funcionamiento de éste al margen de cualquier consideración subjetiva del querer o no querer, de la culpa en suma, de los funcionarios responsables.*”⁶

A la figura de la responsabilidad patrimonial en el derecho administrativo francés le sobrevendría un nuevo período o etapa que se denominaría ***la edad positiva***, en la que se procederá a perfeccionar con

⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN. Ob. Cit., página 364.

⁵ No es sino a partir del célebre *arret Blanco* de 1873 (con precedentes en el *arret Rothschild* de 1855), cuando por primera vez se procedió a dar los primeros pasos tendientes a reconocer el principio general de responsabilidad patrimonial de la Administración sobre bases autónomas, evitando así en éste sentido la aplicación de las disposiciones de derecho civiles para materias en las que reina responsabilidad directa de la Administración, y a las cuales deben aplicarse estrictamente las normativas de derecho administrativo.

⁶ PARADA, RAMÓN (2008). *Derecho Administrativo I* (Parte General). 17ª. Ed. Madrid (España): Marcial Pons, página 597.

mayor detalle éste instituto al punto de extenderse a toda clase de servicios y todo tipo de daños, siempre que puedan ser cuantificables en dinero metálico.

En resumidas, cuentas el elemento que vincula la responsabilidad patrimonial administrativa del Estado será el elemento de la ***falta o mala prestación*** de los servicios públicos, la cual no puede por ningún motivo asociarse con el concepto de culpa⁷. De acuerdo con el profesor TAMAYO JARAMILLO, no existe una palabra con la misma raíz o significado de culpa, si la traducimos del francés al castellano⁸.

Ahora bien, pareciera que la aspiración que pretende lograr el derecho francés en materia de responsabilidad patrimonial administrativa del Estado de acuerdo a DUGUIT es la de fundamentar tal figura sobre el concepto del *riesgo social*, lo que equivaldría a la idea de la creación de un seguro social soportado por la caja colectiva, por razones de solidaridad nacional en provecho de los que sufren un perjuicio debido a una prestación deficiente del servicio público; de manera tal que éste seguro se constituya en beneficio de toda la comunidad⁹.

Lo que no puede negarse, es la necesidad de garantizar que la comunidad en general no quede desamparada en aquellos casos en los que producto de las actividades que realiza la administración del Estado, o en la que se genere una deficiente prestación o funcionamiento de los servicios públicos; los administrados puedan verse afectados y no reciban a cambio, ninguna garantía, compensación o indemnización por los perjuicios que se les ha ocasionado.

2.3.- La evolución de la responsabilidad patrimonial administrativa en el derecho español

⁷ En relación con ésta noción debe tenerse presente que: “(...) *Por lo pronto, que la idea de falta en que el sistema se basa se aleja apreciablemente de la noción tradicional de culpa, supuesto que se trata de una falta objetivada, de una falta del servicio mismo, que no es necesario (ni aun en el supuesto de que sea materialmente posible) individualizar.*” (GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN. Ob. Cit., página 365-366).

⁸ Al respecto consideramos prudente destacar que: “*El equivalente es “faute”, por lo que la traducción correcta de la “faute de service” es necesariamente a “culpa”: una falla puede ser exclusivamente física, material o instrumental sin ninguna connotación ética, moral o jurídica, lo que permite darle a la expresión falla de servicio un sentido menos ligado a esos conceptos, y más próximo al de “mal funcionamiento”.* (SAAVEDRA BECERRA, RAMIRO (2004). *La responsabilidad extracontractual de la administración pública*. 1ª. Ed., segunda reimposición. Bogotá (Colombia): Ediciones Jurídicas GUSTAVO IBÁÑEZ, página 232).

⁹ Confróntese a GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN. Ob. Cit., página 366.

El tema de la responsabilidad patrimonial en España ha tenido la misma suerte que en los países europeos previamente analizados, ya que el desarrollo de éste instituto se ha efectuado con particular retraso o lo que podría decirse, tuvo sus tropiezos al inicio para dar cabida al comienzo y posterior reconocimiento ésta figura jurídica.

Tal como ocurrió en Francia, en el Reino de España el tema de la responsabilidad administrativa del Estado fue desarrollándose de tumbo en tumbo; al punto que las primeras demandas para exigir la responsabilidad por daños generados por parte del Estado, fueron tramitadas a través de la jurisdicción ordinaria civil (Código Civil de 1889).

A medida que iba evolucionando el tema de la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado, se planteó por parte de la doctrina jurídica el interés de omitir la aplicación de las disposiciones de derecho privado a los reclamos que se efectuaran en relación con la actuación lesiva, dañosa y perjudicial por la indebida prestación adecuada o correcta de los servicios públicos. Y es así cuando por primera vez en España se comienza a regular a través de disposiciones de derecho público, la necesidad de responder patrimonialmente por aquellas actuaciones que lesionen los intereses de los administrados; y los cuales no están en la obligación de soportar las mismas¹⁰.

A nivel de rango de legal en España, no fue sino por medio de la Ley de Expropiación Forzosa del 16 de diciembre de 1954, en donde inicialmente se procede a regular con mayor precisión o detalle, la figura de la responsabilidad patrimonial de la Administración¹¹.

¹⁰ Sobre la manera como históricamente inició regulándose el instituto de la responsabilidad patrimonial administrativa del Estado, debemos señalar que: *“La renuncia de la doctrina a seguir luchando en el campo propio del Código Civil, alentada por el prurito académico de la especialidad de las instituciones jurídico-administrativas, orientó su esfuerzo a la reivindicación de un conocimiento legislativo expreso del principio de la responsabilidad de la administración, marcando con ello desde entonces el destino futuro de la institución, que se afirma progresivamente en el plano de las normas, más que en el de las vivencias prácticas, a raíz de la Constitución republicana de 1931, en la que, a instancias de A. ROYO VILLANOVA, aunque mutilando sustancialmente su propuesta, se dio por vez primera rango constitucional al instituto resarcitorio afirmando la responsabilidad subsidiaria del Estado o la Corporación a quien sirviera <<el funcionario público (que) en el ejercicio de su cargo infringe sus deberes con perjuicio de tercero>>.”* (GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN. Ob. Cit., página 369-370).

¹¹ Será durante el periodo de la legislación franquista cuando se abordará primero en la legislación local lo relativo a la responsabilidad administrativa y luego con carácter general en la Ley de Expropiación Forzosa de 1954.

Luego de transcurrido un tiempo prudencial y antes de la aprobación de la nueva Constitución Española de 1978, se inicia en el año 1977 el proceso constituyente para la promulgación de la Constitución de 1978. Esta situación originó que se introdujera y reconociera dentro de la norma suprema, la cláusula general de responsabilidad patrimonial de la Administración¹².

En virtud de los precedentes analizados, la conceptualización de la responsabilidad administrativa en el derecho español ha variado, ya que: *“(...) La responsabilidad pasa así a reposar sobre un principio abstracto de garantía de los patrimonios, dejando de ser una sanción por un comportamiento inadecuado para convertirse en un mecanismo objetivo de reparación, que se pone en funcionamiento sólo si, y en la medida en que, se ha producido una lesión patrimonial.”*¹³

Por último podemos agregar en materia de responsabilidad patrimonial del Estado español, que la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común de 26 de noviembre de 1992, la cual ha sido modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero ha pretendido resolver algunas lagunas o incertidumbres que han existido en la práctica al momento de indemnizar a los administrados por afectaciones en el ejercicio de los servicios públicos.

2.4.- La evolución de la responsabilidad patrimonial administrativa en el derecho colombiano

La constante evolutiva que se ha mantenido en el tema de la responsabilidad administrativa en Europa, también se ha reflejado en el derecho colombiano ya que en tiempos anteriores el poder público se ejercía descontroladamente lo que ocasionaba que el concepto o la noción de responsabilidad del Estado no fuese ni siquiera contemplada o analizada. En pocas palabras, podemos señalar que el Estado Colombiano originariamente no aceptó hacerse cargo de la responsabilidad patrimonial administrativa¹⁴.

¹² La normativa de responsabilidad patrimonial del Estado se encuentra inmersa específicamente dentro del artículo 106.2 de la Constitución Española y señala lo siguiente: *“Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.”*

¹³ PARADA, RAMÓN. Ob. Cit., página 598.

¹⁴ En relación a la irresponsabilidad que reinaba en materia de obligaciones por daños ocasionados por parte de la Administración del Estado Colombiano resulta pertinente indicar que: *“(...) antiguamente no se concebía que el Estado pudiera ser responsable por*

Antiguamente se manejaba el criterio que el Estado Colombiano era irresponsable y omnipotente y cualquier irregularidad debía ser contemplada como una circunstancia fortuita o de fuerza mayor, por lo que la persona afectada no tenía ningún tipo de mecanismo o vía para poder reclamar una indemnización por las lesiones sufridas.

El primer referente que en cierta medida ejerció un grado de influencia tendiente a cambiar la conceptualización clásica que tradicionalmente se mantuvo en Colombia sobre la irresponsabilidad del Estado en Colombia, fue precisamente el reconocimiento de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano producto de la Revolución francesa de 1789¹⁵.

Por tal razón, debemos tener presentes que: “(...) *Solamente cuando el ejercicio del poder es responsable, se garantizan eficazmente los derechos del ciudadano en sus relaciones con el Estado.*”¹⁶

El desarrollo del reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado Colombiano desde la vertiente del derecho administrativo, no se produjo sino hasta el año 1991 cuando se consolidó la misma, con su expresa regulación dentro de la Constitución colombiana de 1991, a través del artículo 91 de la norma fundamental o suprema¹⁷.

En el derecho colombiano, para que surja la obligación de indemnizar por los daños ocasionados por el Estado, se requiere que la administración haya actuado mediante actos, hechos, operaciones, vías de hecho, o haya incurrido en omisiones¹⁸.

los daños o perjuicios que la actividad pública ocasionara a los administrados, dado que él era el supremo señor. Estado y gobernantes eran una misma cosa. El Estado no podía causar daño, pues sus acciones u omisiones eran consideradas buenas por derecho natural.” (YOUNES MORENO, DIEGO (2004). *Curso de derecho administrativo*. 7ª. Ed. Bogotá (Colombia): Editorial Temis, S.A., página 254).

¹⁵ El artículo 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano llegó a establecer que la propiedad es un derecho inviolable y sagrado y nadie puede ser privado de ella, salvo cuando la necesidad pública lo exija y ***bajo la condición de una justa y previa indemnización.***

¹⁶ YOUNES MORENO, DIEGO. Ídem.

¹⁷ La referida excerta legal dispone que: “*El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este.*”

¹⁸ Confróntese a YOUNES MORENO, DIEGO. Ob. Cit., página 253.

La primera forma o vía a través del cual se dio el primer paso para el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la administración en el derecho colombiano, fue a partir de la declaración de la responsabilidad por medio de la figura de la expropiación forzosa. Es durante este instante cuando se acepta el reconocimiento de la responsabilidad del Estado, a partir del momento que el mismo ocasionase perjuicios no necesariamente a los bienes privados, sino ante cualesquiera otras series de actuaciones que debía desplegar.

El fundamento de la responsabilidad administrativa se justifica en el hecho que: *“La responsabilidad no es solo una concepción política con regulación jurídica. Es una necesidad imperiosa para la existencia misma de la sociedad que se destruiría, si quien ocasionara los daños no fuera obligado a resarcirlos. Sería este el estímulo a las conductas nocivas, negligentes o riesgosas.”*¹⁹

En la actualidad se puede señalar que en Colombia el concepto de la responsabilidad patrimonial analizado a partir de la vertiente administrativa se ha extendido a algunos servicios en los que inicialmente no estaban contemplados el reconocimiento de tal obligación por daños ocasionados²⁰.

2.5.- La evolución de la responsabilidad patrimonial administrativa en el derecho panameño

La misma tendencia que se ha venido presentando en materia de responsabilidad patrimonial del Estado a partir de la vertiente del derecho administrativo en los ordenamientos extranjeros anteriormente analizados, también se ha repetido en el derecho administrativo panameño.

¹⁹ YOUNES MORENO, DIEGO. Ob. Cit., página 254.

²⁰ En relación al reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado Colombiano sobre un determinado número de servicios, JEAN RIVERO citado por YOUNES MORENO nos recuerda que: *“1) La responsabilidad fue extendiéndose a algunos servicios que inicialmente habían sido excluidos de la posibilidad de comprometer al Estado, como era el caso del servicio de policía. 2) La culpa exigida para comprometer la responsabilidad del Estado fue haciéndose cada vez menos rígida, de tal manera que la culpa grave exigida inicialmente, se pasó a considerar que cualquier clase de culpa hacía responsable al Estado, hasta llegar, inclusive, a consagrarse en algunos casos la responsabilidad estatal independiente de toda culpa, es decir, una responsabilidad objetiva. 3) Las reglas para determinar la indemnización de los perjuicios han evolucionado en un sentido favorable a los perjudicados. 4) Con el fin de asegurar en mayor medida la indemnización a favor del perjudicado, se ha llegado a permitir, en un número de casos cada día más creciente, la acumulación de responsabilidad entre el funcionario y la administración, para que el perjudicado pueda perseguir a cualquiera de las dos personas: la natural o la jurídica.”* (RIVERO, JEAN (1980). *Droit administratif*. Paris: Dalloz. Citado por YOUNES MORENO, DIEGO. Ob. Cit., página 256).

En la República de Panamá, el Código de Derecho Administrativo de 1916, aprobado por la Ley 1/1916, del 22 de agosto no contempló disposiciones legales que dieran cabida al reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la administración por sus actuaciones.

Con posterioridad, en relación a la evolución de la normativa de derecho administrativo, se procede a aprobar la Ley 135/1943 relativa a la creación de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y del funcionamiento del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo. De acuerdo con el profesor CARLOS GASNELL A., ésta normativa hacía un reconocimiento indirecto de la figura de la responsabilidad administrativa del Estado²¹.

Cabe destacar que para el año 1946, se procede a modificar la normativa que creaba la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (ley 135/1943), así como el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo por medio de la Ley 33/1946. En éste sentido compartimos el mismo criterio que sostiene el jurista CARLOS GASNELL ACUÑA respecto del reconocimiento de la responsabilidad administrativa; ya que anteriormente al año 1946 no existía una disposición directa que regulaba el tema de la obligación administrativa del Estado, de indemnizar por daños o perjuicios que se pudieran haber ocasionado con motivo de la deficiente prestación de los servicios públicos. Ahora bien, con la aprobación de la Ley 38/2000 que regula en Panamá el procedimiento administrativo general se procedió a la derogación del artículo 16²² de la Ley 33/1946 que daba paso al reconocimiento de éste instituto.

²¹ Así las cosas, el referido jurista sobre el particular nos advierte que: “*En la Ley 135 de 1943 de lo Contencioso-Administrativo, a pesar de no encontrarse expresamente regulada la responsabilidad patrimonial de la administración por las lesiones o los daños que cause a los particulares por la acción u omisión en el ejercicio de sus funciones, si hay referencias indirectas sobre la responsabilidad del Estado y su reconocimiento.*

*En el capítulo que desarrolla el procedimiento ante el tribunal, el artículo 43-A indica en su primer párrafo, lo siguiente: “Si la acción intentada es la de nulidad de un acto administrativo, se individualizará éste con toda precisión; y si se demanda el restablecimiento de un derecho, deberán indicarse las prestaciones que se pretenden, ya que se trate de indemnizaciones o de modificación o reforma del acto demandado o del hecho u operación administrativa que causa la demanda...” (GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, SANTIAGO, GASNELL ACUÑA, CARLOS y otros (2005). *El Derecho Administrativo Iberoamericano*. Nº.9. Granada (España): Instituto de Investigación Urbana y Territorial (Ministerio de Administraciones Públicas de España), páginas 527-528).*

²² El artículo 16 de la Ley 33/1946 dispuso lo siguiente: “*La apreciación de las responsabilidades a que haya lugar, ya se trate de las patrimoniales de los funcionarios, o de las principales o subsidiarias del Estado, o de las entidades públicas autónomas o semiautónomas, corresponderá al Tribunal de lo Contencioso-Administrativo.*”

Podría señalarse que por espacio casi de un año no existió en la República de Panamá una normativa que se encargara de reconocer la responsabilidad patrimonial de la administración desde el punto de vista del derecho administrativo; y mucho menos su posible exigibilidad, salvo en los casos en que se acudiera a la jurisdicción ordinaria en donde se aplicarían las normas de derecho civil.

Ante la incongruencia jurídica o el vacío jurídico que se tenía en materia de responsabilidad patrimonial de la administración por los daños o perjuicios que pudiera causar, se procedió a través de la Ley 23/2001, del 1 de junio a modificar una serie de normas o disposiciones del Código Judicial con la finalidad de agilizar la Administración de Justicia. Dentro de las referidas reformas efectuadas al texto de procedimiento panameño, se le otorgó competencia a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, específicamente en el artículo 97, numerales 8, 9 y 10 del Código Judicial para que conociera de los reclamos e indemnizaciones que se presentaran en contra del Estado con motivo de daños o lesiones que sufrieran los administrados.

3.- GENERALIDADES DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN, DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

La primera idea que debe tenerse presente en materia de responsabilidad patrimonial a causa de una lesión que genere o le produzca la administración a una persona, es que la afectación puede provenir tanto de una actividad jurídica, así como también de una actuación ya sea técnica o material, o en su defecto a causa de una mera omisión.

La lógica pareciera indicar en el tema de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, que cualquier afectación que se produzca por la actuación de éstas no necesariamente puede circunscribirse a un reclamo entre el Estado y los administrados; sino que también puede pensarse en la reclamación entre dos (2) administraciones públicas, siendo ambas entidades sujetos de derecho público²³.

²³ Sobre esta temática GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ nos explican que: “*La cláusula general (...) no impide lógicamente que una Administración Pública (un Ayuntamiento, por ejemplo) reclame a otra distinta (la del Estado o la de una Comunidad Autónoma) la reparación de los daños por ella sufridos en su patrimonio por el funcionamiento de los servicios públicos sostenidos por esta última.*” (GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN. Ob. Cit., páginas 374-375).

3.1.- El concepto de responsabilidad patrimonial de la administración

A diferencia de la concepción clásica y tradicional en donde la Administración Pública no reconocía la responsabilidad de carácter patrimonial, hoy en día tal circunstancia ha venido a variar, toda vez que se ha procedido a nivel legal a configurar el reconocimiento de la **responsabilidad extracontractual directa** de la administración. Sobre el particular también la doctrina jurídica ha llegado a reconocer que: “(...) *la responsabilidad patrimonial de los entes públicos ha sido admitida muy recientemente, dada la tradicional inconciliabilidad de los conceptos de soberanía y responsabilidad (the King can do not wrong/El Rey no puede hacer mal)...*”.²⁴

La doctrina jurídica ha señalado con respecto a la responsabilidad extracontractual lo siguiente: “*Con la articulación del sistema jurídico-administrativo de responsabilidad extracontractual se pretende evitar que las consecuencias lesivas derivadas de las actividades públicas sean soportadas por el concreto sujeto que, accidentalmente, sufre una lesión.*”²⁵

En virtud de las razones precedentemente descritas, se puede señalar que a diferencia de años anteriores, hoy en día la responsabilidad patrimonial del Estado se constituye en la regla general de derecho administrativo frente a circunstancias que han generado un daño a uno o varios particulares; en tanto que la irresponsabilidad de las obligaciones de la administración tiende a ser la excepción. Sobre el particular, debemos indicar que ésta construcción del concepto de indemnización se fundó o tuvo su base en principios generales tanto del derecho privado como del público.

Resulta interesante destacar que en materia de reconocimiento de la responsabilidad patrimonial, ha sido primero la jurisprudencia la que ha jugado un papel importante; y producto de su influencia directa es que se ha procedido a configurar y reconocer el tema de la indemnización de los daños dentro de las legislaciones. Hoy en día, el criterio a seguir radica en el hecho que los tribunales de justicia no pueden responsabilizar al Estado, sino cuando la propia ley reconoce el cumplimiento de una responsabilidad (principio de legalidad).

²⁴ PARADA, RAMÓN. Ob. Cit., página 594.

²⁵ GAMERO CASADO, EDUARDO y FERNÁNDEZ RAMOS, SEVERIANO (2009). *Manual Básico de Derecho Administrativo*. 6ª. Ed. Madrid (España): Editorial Tecnos, página 598.

En éste sentido, dentro de la elaboración del marco legal del concepto de responsabilidad patrimonial se han procedido a suprimir los elementos tradicionales de culpa o ilicitud respecto de la actuación de la administración²⁶. La doctrina jurídica ha señalado en relación al concepto de responsabilidad de la Administración que: “(...) *lo que realmente hace es desplazar el elemento básico de la ilicitud del daño desde la conducta del responsable a la situación del patrimonio de quien sufre el perjuicio, el cual deberá justificar que <<no tiene el deber jurídico de soportar>> dicho daño (...).*”²⁷

La idea clave, fundamental y esencial que debe tenerse presente es que la persona afectada por una actuación de la administración, **no está en el deber jurídico de soportar el perjuicio o el resultado lesivo que hacia ella se generó por parte de la Administración Pública**; de allí que se establezca el derecho de resarcir el patrimonio de la persona afectada a través de la indemnización, lo que conllevaría garantizar el derecho a la integridad o restitución del capital lesionado.

En relación a ésta temática bajo análisis es importante establecer que: “*El fundamento del sistema, (...) está en la protección y garantía del patrimonio de la víctima, es lo que la cláusula general pretende, ante todo, preservar frente a todo daño no buscado, no querido, ni merecido por la persona lesionada que, sin embargo, resulte de la acción administrativa.*”²⁸

A grandes rasgos, el concepto de la responsabilidad patrimonial de la administración pública puede visualizarse o analizarse a partir de dos (2) circunstancias a saber:

- 1.- Cuando acontezcan daños ilegítimos producto de alguna actividad culpable de la administración o de sus funcionarios.
- 2.- Cuando medie una lesión o afectación de daños producidos por una actividad relacionada con la prestación deficiente de los servicios públicos.

Evidentemente que para poder reclamar una indemnización a causa de los perjuicios generados por parte de la administración, es necesario previamente que el daño sea *evaluado o cuantificado económicamente* e individualizado ya sea a favor de una persona o de un grupo de personas.

²⁶ En relación a la supresión del concepto de culpa o ilicitud se reafirma que: “(...) *Reiterada jurisprudencia afirma por ello que no es precisa la ilicitud, el dolo, la culpa o negligencia de la Administración, pues en la responsabilidad administrativa <<los requisitos quedan limitados a la existencia de daño y la relación de causa a efecto entre éste y el funcionamiento de los servicios públicos, sin que tenga que intervenir el elemento clásico de la culpa>>.*” (PARADA, RAMÓN. Ob. Cit., página 599).

²⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN. Ob. Cit., páginas 375-376.

²⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN. Ob. Cit., página 376.

Vale la pena destacar con relación a la temática de la responsabilidad patrimonial de la administración, que la limitación jurídica del ejercicio del poder público tiene su justificación en el interés de conservar el derecho, de que se cumplan sus disposiciones, demandando su acatamiento y aceptación; ya que existe un derecho anterior a él y es el propio derecho natural²⁹.

De igual manera, con el Estado democrático moderno se han reconocido libertades que garantizan derechos a los administrados, lo que se traduce en una limitación al derecho arbitrario y abusivo que podría afectar a los intereses de los ciudadanos³⁰. En éste sentido, el reclamo de una indemnización por lesiones sufridas a los administrados, limita la actuación de las entidades públicas en el sentido que éstas no podrán afectar derechos constitucionales y legales reconocidos en favor de los ciudadanos.

3.1.1.- Del funcionamiento anormal del servicio público

El concepto de servicio público se encuentra estrechamente ligado con la idea o el sinónimo de *la actividad administrativa* que realiza el Estado. Esta actuación puede concretarse en acción u omisión.

Dentro de ésta circunstancia debe entrar a determinarse si la prestación anormal del servicio público se genera a causa de una *actuación indebida del propio engranaje gubernamental*, produciéndose así la afectación de los servicios; respecto de aquellos casos o circunstancias en las que el funcionario público realiza las actuaciones de forma dolosa y al margen de la ley.

En el primero de los casos, el daño se produce como *expresión del funcionamiento deficiente del servicio*, sin que medie responsabilidad

²⁹ Confróntese a V. HAURIUO (*Le fondement du Droit. Les principes du Droit naturel, en "Aux sources du Droit"*). Citado por BIELSA, RAFAEL (1980). *Derecho Administrativo*. 6ª. Ed., Tomo V. Bueno Aires (Argentina): Editorial La Ley, página 21.

³⁰ “*La formación del Estado democrático moderno ha impuesto como lógica consecuencia el reconocimiento explícito de la libertad individual, de la libertad de conciencia y de la propiedad. “Reconocer derechos equivale a obligarse a no lesionarlos, y se explica así la necesidad de la responsabilidad del gobierno y de la Administración frente al derecho de los particulares y de poner un límite al derecho arbitrario y absoluto que no conoce leyes ni frenos.”* (V. VACHELLI. *La responsabilità civile della pubblica amministrazione*. Citado por BIELSA, RAFAEL. Ídem).

directa del agente o funcionario, por lo que la Administración Pública estará en la obligación de resarcir o indemnizar al afectado o a los lesionados³¹. En estas circunstancias, no es necesario que se identifique al funcionario o agente público que haya generado específicamente el daño o la lesión.

Así las cosas, en los casos en que se incurran en accidentes por parte de la administración a consecuencia del funcionamiento anormal del servicio público, es importante establecer que la Administración Pública deberá responder por la actividad anormal en relación con la prestación del servicio público³².

Pero en el segundo de los casos, si el daño o la lesión en contra de él o los administrados se produce en virtud de **una conducta o actuación dolosa** por parte de un funcionario que actúa al margen de las funciones del cargo que ostenta, la Administración Pública se releva de cualquier tipo de responsabilidad, toda vez que debe proceder a accionarse en contra del servidor público que actuó abusivamente³³.

3.1.1.1.- El funcionamiento anormal del servicio público desde la perspectiva de la omisión

³¹ Para aclarar esta temática, se hace necesario citar a los maestros GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNANDEZ, quienes nos recuerdan sobre el particular que: “(...) si la conducta del agente se manifiesta en el desempeño o ejercicio del cargo que éste ostenta en la organización administrativa, de forma que el daño resultante se presenta externamente como expresión del funcionamiento del servicio, la imputación del mismo a la Administración no se excluye ni aun en presencia del dolo penal, supuesto que toda la institución gira en torno a la finalidad esencial de proteger al ciudadano (sin perjuicio del derecho de la Administración a repetir contra el agente culpable (...).” (GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN. Ob. Cit., página 399).

³² Con el objetivo de reafirmar la noción o conceptualización previamente establecida, consideramos pertinente citar lo expuesto por el maestro PARADA en los siguientes términos: “(...) en los supuestos de accidentes la Administración sólo debería responder de los daños cuando sean consecuencia del funcionamiento anormal de un servicio público, es decir, los originados por una falta del servicio, que ciertamente podrá existir, aunque no quepa identificar culpa o negligencia individualizada alguna, y, en consecuencia, dicha responsabilidad se regiría por las mismas reglas de los particulares, pues no tiene sentido que por los daños derivados de la conducción de vehículos oficiales o los originados en los hospitales o en las escuelas públicas, se responda en mayor medida (incluso por caso fortuito) de lo que responden los conductores particulares o los hospitales y las escuelas privadas por los mismos accidentes producidos en su seno.” (PARADA, RAMÓN. Ob. Cit., página 600).

³³ El Tribunal Supremo Español ha establecido una fórmula que permite identificar éstas situaciones y ha llegado a establecer, que basta con que se hayan rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social, para determinar la existencia de responsabilidad de los funcionarios públicos.

El fenómeno del funcionamiento anormal del servicio público si se aborda desde la perspectiva de la omisión puede dar como resultado la *inactividad de la administración*. En éste sentido, podemos señalar que de acuerdo con GÓMEZ PUENTE, la inactividad material debe ser concebida como: “(...) *la infracción por omisión de un deber legal de obrar, de contenido material o técnico que no sea materialmente imposible. Siempre que se omite o no tiene lugar la actividad técnica o material exigida, tanto dá que la Administración no haya actuado en absoluto, como que haya actuado de modo insuficiente o incompleto, se da esta clase de inactividad.*”³⁴

Para poder identificar el mal funcionamiento por inactividad de la Administración, se requiere que se conjuguen o reúnan tres (3) requisitos básicos que serían la obligación legal de actuar, la omisión de la actividad jurídica o material debida y que la actividad debida sea materialmente posible.

A.- *La obligación legal de actuar*: Se parte de la idea general que desde el instante en que la Administración se encarga de realizar una actuación, ésta será responsable por las obligaciones que conlleva la gestión que realiza. Se parte entonces del deseo y de la confianza de que la administración cumpla con aquellas obligaciones que asume.

B.- *La omisión de la actividad jurídica o material debida*: Opera en los casos en los que no se cumple con la exigencia legal de obrar o actuar, ya sea como consecuencia de una actividad de la administración a que tenía que hacerle frente ésta; o bien se relacione con la emisión de un acto jurídico³⁵.

C.- *La posibilidad material de la ejecución de actividad*: Debe tratarse de una actividad que materialmente pueda ser posible su realización o ejecución, ya que cualquier acción que se encuentre fuera de un contenido

³⁴ GÓMEZ PUENTE, MARCOS. *Responsabilidad por inactividad de la Administración*. Dentro de la revista Documentación Administrativa, N°. 237-238, (enero-junio de 1994), página 181.

³⁵ Relacionado con el elemento de la omisión de la actividad jurídica o material debida hay que tener presente que: “*Esta inactividad tanto puede atribuirse a la omisión absoluta de la Administración, como al carácter deficiente o insuficiente del comportamiento administrativo que impide la realización plena del deber impuesto, lo que se traduce en una omisión relativa. Este mal funcionamiento lo atribuye también la doctrina española al juego completo y simultáneo de las nociones de culpa in committendo y culpa in omitiendo, que se hace más ostensible cuando se trata particularmente de cometidos de carácter material o técnico.*” (GÓMEZ PUENTE. Citado por SAAVEDRA BECERRA, RAMIRO. Ob. Cit., página 250).

imposible de desarrollar, no puede ser objeto alguno de demanda o de exigencia de responsabilidad en contra de la Administración³⁶.

3.1.2.- La existencia de la relación de causalidad que genera el daño o la lesión

Es necesario que exista un vínculo o una relación causal entre el hecho o acontecimiento que generó o produjo la parte demandada (la Administración Pública) y el daño que sufrió la persona o las personas que se vieron afectadas y que demandan la reclamación, el resarcimiento o la indemnización por el daño sufrido. Como podemos apreciar, se debe tratar de un hecho positivo necesario y concreto que genere la producción de un determinado resultado. Al pensarse en la existencia del nexo causal, debemos tener presente la determinación de la causa o las causas que llevaron a la generación de un determinado acontecimiento.

Se puede considerar una determinada conducta como lesiva o que genera un daño, cuando se afecta la integridad física, patrimonial o moral de una persona, así como la actuación de un sujeto. Como podemos apreciar, si no existe un daño o perjuicio apreciable, no puede demandarse el reclamo de la afectación generada por la Administración del Estado.

Para FRANCIS PAUL BÉNOIT, el concepto de daño desde el punto de vista del derecho administrativo debe ser concebido de la siguiente manera: “(...) *el daño es un hecho; es toda afrenta a la integridad de una cosa, de una persona, de una actividad o de una situación; el perjuicio lo constituye el conjunto de elementos que aparecen como las diversas consecuencias que se derivan del daño para la víctima del mismo. Mientras el daño es un hecho que se constata, el perjuicio es, al contrario, una noción subjetiva apreciada en relación con una persona determinada.*”³⁷

Por tal razón, debe tenerse presente que es habitual que la relación entre el hecho y el daño debe ser en todo caso directa, para que en realidad exista la obligación de solicitar el resarcimiento a causa de la

³⁶ Este elemento en particular, nos reafirma una vez más aquel principio establecido por los romanos de *Ad impossibilia nemo tenetur* (nadie está obligado a lo imposible).

³⁷ BÉNOIT, FRANCIS-PAUL (1957). *Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé (Problèmes de causalité et d'imputabilité)*. JCP, I, p. 1351. Citado por HENAO, JUAN CARLOS (1998). *El Daño*, Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. Universidad del Externado de Colombia, página 77).

afectación³⁸. Ahora bien, el daño puede deberse a actos directos o también mediatos.

Aquellos hechos o sucesos que en realidad no hayan generado ningún tipo de influencia en la producción del daño final, no tiene relevancia en relación con el nexo causal referente a la responsabilidad administrativa del Estado³⁹.

De igual manera, se hace necesario que entre la deficiente prestación del servicio público y el daño que se haya producido exista una actitud laboriosa tendiente a **probar la lesión causada**. Es por ello que la doctrina señala que: “(...) es preciso que entre el funcionamiento del servicio público y el daño producido exista, y se pruebe por el reclamante (<<la carga de la prueba respecto al hecho, situación o funcionamiento del servicio público, así como del nexo causal entre los mismos y la lesión ha de correr a cargo de la parte actora (...)).”⁴⁰

Ahora bien, debemos reconocer que si se tratan de hechos o circunstancias notorias que no se prestan a confusión por ser hechos que no admiten dudas alguna de su existencia, el elemento probatorio parece que no presentará ningún problema porque no dará margen a discusión alguna. El tema se complica cuando el hecho o suceso que ha acontecido no adquiere la categoría de notorio, lo que genera complicaciones en el ámbito probatorio, toda vez que se hace confusa la búsqueda o constitución de la prueba.

Es importante que en materia probatoria, el repartidor de justicia determine si se contaban con los respectivos medios para el cumplimiento o la prestación de un servicio por la Administración, ya que de otra forma lo que se generó fue el nacimiento de un daño⁴¹.

³⁸ Confróntese a GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN. Ob. Cit., página 405.

³⁹ Para profundizar con mayor detalle lo relativo a la relación de causalidad, consideramos prudente efectuar la siguiente transcripción: “Para que surja el deber de reparación, el daño generado deberá encontrarse vinculado con la actividad de la Administración en una relación de causa-efecto. Es lo que se conoce como imputabilidad del daño, esto es, la determinación de quién lo ha generado.” (GAMERO CASADO, EDUARDO y FERNÁNDEZ RAMOS, SEVERIANO. Ob. Cit., página 600).

⁴⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN. Ob. Cit., página 407.

⁴¹ Debe tenerse presente entonces que: “(...) el juez va a determinar la extensión de la obligación de la Administración en función de los medios de que ella dispone para hacer frente a las cargas que se le imponen.” (SAAVEDRA BECERRA, RAMIRO. Ob. Cit., 325).

En otro orden de ideas, se señala que también puede analizarse la relación de causalidad del daño cuando se produce una conducta omisiva por parte de la Administración Pública, lo que puede dar cabida también a la exigencia de la responsabilidad por omisión⁴².

3.1.2.1.- La naturaleza del daño causado

Para la doctrina jurídica francesa es necesario que *el daño* contenga los siguientes componentes o factores a saber:

1.- Que el origen del daño provenga de la mala prestación del servicio público, lo que se traduce en la *imputabilidad deficiente del servicio público* brindado⁴³.

2.- El daño debe ser *cierto*, lo cual se refiere a la identificación específica del daño. En éste sentido, si ocurriese un daño eventual o simplemente posible, la Administración Pública no está en la obligación de indemnizarlo⁴⁴; lo que se encuentra estrechamente ligado con el concepto de la *individualización del daño*⁴⁵.

⁴² Con la finalidad de aclarar ésta temática en particular, se hace necesario reproducir el siguiente postulado: “(...) *la responsabilidad por omisión es siempre una responsabilidad por inactividad, por infracción de un deber legal de obrar establecido en interés ajeno. No debe olvidarse que la Administración solo puede actuar válidamente en el preciso marco de su competencia. Por otra parte, cuando se alega el carácter objetivo de la responsabilidad, esta se funda sobre la producción de perjuicios antijurídicos. Antijuricidad que consiste en la inexistencia de una obligación jurídica de soportar un determinado perjuicio. En consecuencia, cuando el perjuicio resulta de la actitud pasiva de la Administración, la no obligación de soportar el daño se basa precisamente en que la Administración tiene el deber de evitarlo, actuando. O lo que es lo mismo, la antijuridicidad del daño se identifica con la antijuridicidad de la omisión, con la culpa en el comportamiento administrativo. Hay, pues, una imposibilidad ontológica que considerar como funcionamiento normal la omisión o la inactividad. Lo que equivale a la imposibilidad de admitir responsabilidad administrativa por omisiones que no sean ilegales o constitutivas de un funcionamiento anormal.*” (SAAVEDRA BECERRA, RAMIRO. Ob. Cit., página 549).

⁴³ Más adelante se podrá apreciar que la propia administración no responderá por los daños causados en virtud de circunstancias de fuerza mayor o de caso fortuito, toda vez que no se ve comprometida la responsabilidad de la administración.

⁴⁴ La jurisprudencia española ha determinado que para que un daño sea indemnizable o resarcible debe tratarse de una afectación real y no meras especulaciones sobre perjuicios o pérdidas contingentes o dudosas (STS de 14 de febrero de 1972 y del 10 de junio de 1981).

En relación a éste requerimiento podemos indicar que es factible la reparación del daño emergente y del lucro cesante; pero **no meras suposiciones futuristas**, o presuntas expectativas.

⁴⁵ En éste sentido debemos tener presentes que **no pueden indemnizarse aquellas cargas generales** que pesan sobre la colectividad.

3.- El daño debe ser *directo*, ya que no tiene validez el reclamo que se produzca por un daño indirecto en el que no se vea claramente comprometida la Administración del Estado.

Tal como podemos apreciar, estos elementos previamente mencionados van a ser los instrumentos que nos permitirán determinar los casos en los cuales se produce o se puede materializar la generación y reconocimiento del daño ocasionado.

Aunque no esté descrito como uno de los elementos o factores que componen el concepto del daño causado, se puede incluir también el aspecto del *daño evaluable económicamente*. En otras palabras, aquellos daños que no pueden ser cuantificados o evaluados, son carentes de indemnización, toda vez que debe existir un nexo causal entre la realidad del daño y su posible cuantía a ser remunerada.

En resumidas cuentas, se tratan de daños generados en contra de los administrados, y éstos no tienen el deber ni la obligación de soportar tales afectaciones producto de actuaciones antijurídicas de la Administración Pública⁴⁶, lo cual se denomina específicamente en la doctrina jurídica con el nombre de **daño antijurídico**.

3.1.2.2.- Otros aspectos a ser tomados en consideración al momento de determinar las circunstancias del daño

A grandes rasgos los elementos que también deben ser analizados por las entidades públicas a las que se les presenta el reclamo para la determinación del daño son: *las circunstancias de tiempo y de lugar* en que ocurrieron los hechos.

De igual manera, el juez deberá tomar en consideración estos elementos al momento de dictaminar su decisión al momento en que definirá si hubo falta o falla; y si la misma refleja un funcionamiento más o menos desacertado.

⁴⁶ Con relación a la lesión o el daño que no es posible soportar, la doctrina jurídica establece que esta circunstancia se transforma en una **anormalidad del daño**, toda vez que no se trata de un daño común y corriente, sino que el mismo tiene matices de especialidad. En éste sentido, es importante tener presente que: “*Por anormalidad hay que entender la gravedad que excede las molestias e incomodidades que impone la convivencia social. Esta condición es la traducción obligada de la idea de que no hay carga pública sino cuando quien reclama una compensación ha sufrido una suerte más desfavorable que la que implican los inconvenientes normales de la vida en sociedad. La anormalidad constituye un estándar que el juez usa con mucha libertad y que remite ampliamente a la intensidad del daño. Ella supone que se ha superado un cierto nivel de gravedad.*” (SAAVEDRA BECERRA, RAMIRO. Ob. Cit., página 433).

3.1.3.- La inexistencia o ruptura del nexo causal

No es posible vincular la existencia de una relación causal entre la actuación del ente público y el daño, a partir del momento o instante en que ocurre una **causa extraña**, toda vez que el daño no es imputable directamente a la administración sino a un factor, hecho o circunstancia exterior.

La doctrina considera que existen cuatro (4) clases o categorías de causas extrañas, siendo las mismas las siguientes: fuerza mayor, caso fortuito, culpa de la víctima y el hecho de un tercero.

En virtud de las clases de causas extrañas previamente indicadas o establecidas, se torna complejo o imposible cualquier tipo de demanda o reclamo en el que se pretenda vincular la responsabilidad patrimonial del Estado con el acaecimiento de una lesión que no ha provenido de las entidades del Estado; por lo cual reina una inexistencia del nexo causal.

Cada una de las respectivas clases o categorías de causas extrañas que generan la ruptura del nexo causal serán analizadas con posterioridad, dentro del desarrollo de la presente monografía.

3.2.- Circunstancias en las que se hace exigible el resarcimiento de una lesión o un daño por parte de la Administración Pública

Para poder demandar la responsabilidad patrimonial de la Administración por la vía del derecho administrativo, se requiere que previamente haya existido una **lesión patrimonial**, ya sea por una acción o por una omisión de la Administración. Así las cosas, el elemento básico que debe figurar en materia de responsabilidad del Estado es la existencia de un perjuicio o daño, que como consecuencia lógica producirá una afectación al patrimonio de la víctima por los gastos en que deberá incurrir ésta para subsanar el detrimento sufrido.

Para GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, no deben confundirse en materia de responsabilidad patrimonial, los conceptos de lesión y perjuicio; ya que en el primero de los casos el perjuicio patrimonial debe ser **antijurídico**⁴⁷, de donde surge la necesidad de la obligación de

⁴⁷ En cuanto a la existencia del elemento de antijuricidad a causa de la responsabilidad patrimonial de la administración, resulta pertinente establecer que: “*Un perjuicio se hace antijurídico y se convierte en lesión resarcible siempre que y sólo cuando la persona que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportarlo; la antijuricidad del perjuicio es, pues, una antijuricidad referida al perjudicado.*” (GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN. Ob. Cit., página 378).

reparación, a diferencia del concepto de perjuicio que implica sólo el detrimento o pérdida patrimonial cualquiera.

Como podemos apreciar, la responsabilidad patrimonial de la administración surge para la doctrina jurídica, a partir del instante en el que un particular o administrado sufre una lesión que **no está en el deber de sufrir o soportar, ya que la propia ley no lo exige**. Y es a partir de allí cuando se puede exigir indemnización o resarcimiento por las lesiones producidas.

Quedan excluidos de la consideración de daños o lesiones que puedan ser objeto de indemnización de la responsabilidad administrativa del Estado, las afectaciones o los daños que tengan la característica de eventuales.

En resumen, dentro de la noción de indemnización o resarcimiento por lesiones producidas a causa de la Administración, se requiere necesariamente que figuren las siguientes características:

- 1.- La existencia de un perjuicio patrimonial que pueda ser identificable y cuantificable⁴⁸.
- 2.- Que no exista un deber legal o jurídico de soportar la afectación de las lesiones o los daños ocasionados por la administración.
- 3.- Que se le pueda imputar directamente o indirectamente responsabilidad a la administración por alguna afectación que haya cometido un servidor público o agente en contra de un particular; toda vez que una persona o un grupo de personas por lógica no pueden generarse daños o agravios contra sí mismos.

Dentro de este apartado podemos establecer que el reconocimiento de la responsabilidad por los daños causados por parte de la Administración sólo fue extensivo a los daños causados por la actuación material de la Administración Pública. No fue sino, a partir del transcurrir de un par de años, que la doctrina ha venido presionado e influyendo para que el resarcimiento por los daños a causa de la responsabilidad administrativa también se reconozca en materia de daños no solo materiales sino también a causa de **afectaciones morales**, por lo menos por la vía de la jurisprudencia.

⁴⁸ “(...) El requisito de la individualización del daño quiere indicar, en primer término, que ha de tratarse de un daño concreto, residenciable directamente en el patrimonio del reclamante y que exceda, además, de lo que pueden considerarse cargas comunes de la vida social.” (GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN. Ob. Cit., página 383).

3.2.1.- La responsabilidad personal del funcionario

Siguiendo la doctrina francesa en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, debemos establecer que: “*La distinción entre la responsabilidad de la administración y la del funcionario estriba en la oposición fundamental entre la falta del servicio y la falta personal.*”⁴⁹

En el supuesto que el daño se haya ocasionado producto de una falta cometida por un agente público sin que medie desviación de poder, ello traerá como consecuencia que la Administración Pública será solidariamente responsable a causa de la *falta del servicio*⁵⁰. Pero en el caso que se compruebe la existencia de una *falta personal*⁵¹, se ve comprometido en este caso sólo el funcionario público; de allí que se indique que la falta personal es separable de la función, siendo este el criterio utilizado por el derecho francés. En el caso del derecho español, esta conceptualización variará ya que no se efectúa distinción alguna entre ambas faltas⁵², toda vez que no interesa si el daño se produce por conducta culposa o negligente del funcionario, ya que este servidor forma parte de la **organización administrativa y labora realizando funciones que tiene encomendadas** por la Administración del Estado.

Para la doctrina en general, la falta personal por parte del agente o servidor público se configura en el supuesto en que se incurran en cualquiera de las siguientes circunstancias:

⁴⁹ DE LAUBADERE, ANDRÉ (1984). *Manual de Derecho Administrativo*. Bogotá (Colombia): Editorial Temis, página 110.

⁵⁰ Para LAUMONNIER-CARRIOL, la **falla o falta del servicio** se constituye cuando: “(...) *el acto perjudicial es impersonal y releva un administrador más o menos sujeto a error.*” (LAUMONNIER-CARRIOL. Citado por DE LAUBADERE, ANDRÉ. Ob. Cit., página 111).

⁵¹ En el caso de la falta personal se ven involucrados elementos tales como las pasiones, imprudencias y debilidades del servidor o funcionario público.

⁵² Sobre este particular debemos indicar que: “*La generosidad del Derecho español tiende, sin embargo, a poner en la cuenta de la Administración todos los comportamientos de los funcionarios sin distinguir y matizar, como el Derecho francés, entre lo que es una falta de servicio y una falta personal del funcionario para imputar a éstos los daños originados en ese concepto.*”

En efecto, la jurisprudencia francesa separa los actos en que ese daño se atribuye a la Administración de aquellos otros en los que se imputa al gestor o empleado público causante del daño, lo que tiene lugar cuando media una falta personal de éste (faute personnelle). Este concepto comprende aquellos comportamientos funcionariales de especial gravedad en los que se refleja –según la clásica descripción de LAFERRIERE– <el funcionario no como servidor del Estado más o menos sujeto a error, sino como hombre o mujer con sus debilidades, sus pasiones y sus imprudencias>.” (PARADA, RAMÓN. Ob. Cit., página 603).

A.- Si el funcionario valiéndose de su posición realizó dicha actuación fuera de las atribuciones o las competencias que le establece la Ley (violación del principio de reserva de ley o desviación de poder).

B.- Cuando la actuación realizada por el funcionario público se efectuó *de mala intención*, ya sea con venganza hacia la víctima o la persona o personas afectadas.

Dentro de la temática propia de la responsabilidad personal del funcionario también se plantea la posibilidad de que el funcionario público sea igualmente responsable frente a la Administración del Estado, por el daño o la lesión causada en contra del o los particulares afectados. En éste sentido, por mucho tiempo se manejó la noción o idea que el servidor público era irresponsable frente a la administración por los daños que le haya causado a la misma, y su actuación generó como consecuencia la afectación o la lesión en contra de terceras personas⁵³.

En relación con la exigencia de la responsabilidad del servidor público, la doctrina ha indicado que: “(...) *el criterio culposo de imputación opera en relación con la conducta de los funcionarios públicos y, en general, de su personal y demás sujetos dependientes de la Administración.*”

La responsabilidad de la Administración es directa, de modo que la Administración responde frente a terceros de los daños ocasionados por su personal. Una vez satisfecha la indemnización, podrá exigir su reintegro al funcionario o agente cuya negligente actuación provocó el daño, lo que es llamado vía de regreso.”⁵⁴

Hoy en día, la tesis que se maneja en relación a la responsabilidad del funcionario es que si el servidor público causa un daño por su culpa o falta de responsabilidad (imputabilidad), y dicho daño es ilícito, será culpable por las actuaciones que haya llevado a cabo. Ligada a la responsabilidad del servidor público por su indebida actuación, consideramos prudente señalar que: “*Pero cuando evidencia la intención del agente (funcionario o empleado) de obrar en “su propio interés o por cuenta propia”, sea abusando de sus atribuciones, sea excediéndose voluntariamente de los límites de sus facultades y deberes –en cuyo caso incurriría en doble responsabilidad: hacia el particular damnificado (responsabilidad común) y hacia la Administración pública*”

⁵³ En relación a la responsabilidad que tiene el servidor público o agente hacia la Administración Pública producto de su actuación indebida, DE LAUBADERE nos indica que: “(...) *el funcionario de ahora en adelante responde pecuniariamente ante la administración por las consecuencias perjudiciales de sus faltas personales.*” (DE LAUBADERE, ANDRÉ. Ob. Cit., página 112).

⁵⁴ GAMERO CASADO, EDUARDO y FERNÁNDEZ RAMOS, SEVERIANO. Ob. Cit., página 604.

*(responsabilidad administrativa y disciplinaria, y, según el caso, también civil)-, cuando puede separarse el acto personal, del acto administrativo, entonces no habrá responsabilidad de la Administración pública sino y simplemente responsabilidad persona del agente.*⁵⁵

Relacionadas con las ideas previamente descritas en función de la responsabilidad del servidor público, precisamos indicar además que: *“Puede ocurrir que el daño ocasionado por la Administración a un tercero haya sido causado como consecuencia de una conducta culpable o negligente de su personal, en cuyo caso es de justicia que el causante responda de la lesión con su propio patrimonio, sin que pueda escudarse en la cobertura de los presupuestos públicos para excluir su propia responsabilidad.”*⁵⁶

De igual manera, en función de los principios de justicia y equidad, no es dable que sea la propia Administración la que tenga que cumplir con la carga definitiva de la reparación de un daño, si el perjuicio se debe originariamente a la falta personal de uno de sus funcionarios o servidores públicos⁵⁷.

La lógica indica que si no puede determinarse el grado de responsabilidad o imputabilidad del servidor público o funcionario, se entenderá que se tratan de imperfecciones en cuanto a la prestación del servicio, y la culpa recaerá entonces sobre el servicio público, por lo que deberá responder o hacerse responsable por la reparación patrimonial la Administración Pública.

Ahora bien, en otro orden de ideas, una de las interrogantes que nos debemos formular en relación a la responsabilidad personal del funcionario es la siguiente: ¿Se pueden hacer responsables únicamente a los funcionarios públicos o también a otras personas u otros sujetos privados que producto de concesiones administrativas representan y gestionan actuaciones en nombre de la Administración Pública? La

⁵⁵ BIELSA, RAFAEL. Ob. Cit., página 36.

⁵⁶ GAMERO CASADO, EDUARDO y FERNÁNDEZ RAMOS, SEVERIANO. Ob. Cit., página 610.

⁵⁷ Con la finalidad de garantizar el cumplimiento de responder por la obligación de reparación en la que incurrió el servidor público y a la que en un inicio tuvo que hacerle frente la Administración Pública, debemos tener presente que: *“(...) la Administración puede hacer uso de la acción de repetición (Action récursoire) y emplear medidas ejecutivas como emitir un mandamiento de pago (état exécutoire) contra el agente en falta, quien debe reembolsar la parte que se le imputa de los perjuicios pagados a la víctima (es decir, la parte del perjuicio que ha sido causada por la falta personal en el caso de acumulación de faltas, y la totalidad del perjuicio en caso de acumulación de responsabilidades cuando solo se cometió falta personal) (...).”* (SAAVEDRA BECERRA, RAMIRO. Ob. Cit., página 346).

doctrina ante la interrogante previamente formulada ha determinado que la Administración del Estado en virtud de estas otras personas que no se catalogan estrictamente como servidores públicos, está también obligada a responder⁵⁸.

A nuestra consideración, con temor a equivocarnos, pensamos que la Administración del Estado, por ejemplo en materia de contratación pública podrá responder o hacerse cargo de los perjuicios que se ocasione una persona jurídica, pero en segundo grado de solidaridad. En otras palabras, será el contratista al que se le haya adjudicado la ejecución de una obra, bien o servicio el que estará en primera instancia o grado obligado a reparar el daño, lesión o perjuicio que le haya causado a una persona o varias personas producto de su actuación indebida; y en segundo grado entonces la Administración Pública.

Ahora bien, dentro de éste apartado debemos hacernos la siguiente interrogante: ¿Qué sucede en el caso en el que el causante directo del daño (servidor público), no puede hacerle frente al daño producido, a causa de incurrir en insolvencia? La respuesta en estos casos sería que la Administración Pública únicamente deberá responder en última instancia, una vez se haya acreditado la insolvencia del causante directo del daño.

3.2.2.- La responsabilidad de la administración

La responsabilidad de la administración surge a partir del momento en que se genera u ocasiona un perjuicio a una o varias personas, tal como se ha venido estableciendo a lo largo de la presente monografía⁵⁹.

⁵⁸ “La cuestión se resuelve ordinariamente con una interpretación amplia, bastando la circunstancia de que el agente de la Administración esté por uno u otro título, de una u otra manera, inserto en la organización administrativa para que a aquélla se imputen los daños originados por el agente. Esto significa que comprende no sólo a los funcionarios stricto sensu, sino a todo tipo de autoridades, empleados o contratados, a cualesquiera agentes que desempeñen, aunque sea de modo ocasional, esas funciones o actividades.” (PARADA, RAMÓN. Ob. Cit., página 602).

⁵⁹ Se maneja entonces en este sentido el criterio tradicional que establece que: “Para que la Administración deba ser considerada responsable es necesario que sus agentes – funcionarios o empleados- hayan causado a los administrados un daño ilícito, por culpa o negligencia en el desempeño de sus funciones, y siempre que no sea por cuenta y en interés personal del funcionario o empleado público, pues entonces la responsabilidad es personal, ya que al obrar así el agente administrativo sale de la esfera de la Administración pública, por lo que no puede entonces hablarse de falta de servicio administrativo.” (BIELSA, RAFAEL. Ob. Cit., página 46).

En éste caso, el daño se ocasiona debido a que un ente de carácter público no llegó a actuar de la forma que debía hacer sus labores, o lo hizo mal, o simplemente actuó tardíamente⁶⁰.

La doctrina de la responsabilidad patrimonial de la administración por la deficiencia del servicio público va asociada a la **falla o falta del servicio**, lo cual se traduce en el hecho que quedará relevado de cualquier tipo de responsabilidad el servidor, funcionario o empleado público, ya que ésta falta absorbe completamente el hecho irregular del agente⁶¹.

Para ello se requiere determinar si la administración omitió una actuación que resultaba exigible, o bien ejerció la actividad incorrectamente, lo que trajo como consecuencia la generación de daños.

Vale destacar que dentro de la doctrina existen dos tipos o clases de responsabilidades, siendo éstas por *culpa* o por *riesgo*. En la **responsabilidad por riesgo**, se exige que exista únicamente como condición una **relación de causa y efecto, entre el acto perjudicial y el perjuicio**, tal como se ha podido precisar con anterioridad.

En el caso de la **responsabilidad por culpa** se requiere además de la relación de causa y efecto, que exista un carácter reprensible y culpable respecto del acto perjudicial lo que implicaría la existencia del elemento de culpabilidad⁶². En éstas circunstancias, la administración es responsable del daño causado por su propia culpa.

⁶⁰ Una de las interrogantes que debemos formularnos en relación con la responsabilidad de la administración -vs- la de los funcionarios públicos es la siguiente: ¿Cómo opera el tema de la responsabilidad entre la administración y sus funcionarios? Para BIELSA esta temática debe ser concebida de la siguiente forma: “(...) *la Administración* tiene una voluntad y ejerce verdadera y propia actividad, *realizada por sus órganos vivos* (funcionarios); *pero la voluntad del funcionario se expresa y determina virtualmente en la ley, y en primer término en la Constitución.*” (BIELSA, RAFAEL. Ob. Cit., página 31).

⁶¹ Confróntese a BIELSA, RAFAEL. Ob. Cit., página 39.

⁶² En relación a la noción de culpa debemos tener presente que: “*En términos generales, puede decirse que actúa con culpa quien causa un daño sin propósito de hacerlo, pero obrando con imprudencia o negligentemente o, pudiera añadirse, con infracción de reglamentos. Es un concepto contrapuesto al dolo; porque, mientras en la culpa la intención está referida a la acción u omisión que causa el daño sin propósito de hacerlo, en el dolo la intención recae sobre el daño mismo que se ocasiona.*” (OSSORIO, MANUEL (1989). *Culpa*. Dentro del *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires (Argentina): Editorial Heliasta, S.R.L., página 188).

En relación a la responsabilidad administrativa por culpa, podemos señalar que la misma se divide en dos grupos, siendo las mismas la *falta individual*⁶³ y la *falta de servicio público*⁶⁴.

Con respecto al planteamiento de la falta del servicio público debemos tener presentes que: *“La teoría de la falta del servicio público es también original por su carácter graduado: en ciertas materias la jurisprudencia, teniendo en cuenta las dificultades del funcionamiento del servicio público, exige para que se vea comprometida la responsabilidad de la administración, que esta haya cometido una falta grave. Esto ocurre especialmente cuando se trata de: policía administrativa, servicios fiscales, servicios públicos hospitalarios, tutela administrativa (...).”*⁶⁵

La falta o la falla del servicio se produce entonces cuando existe o media una **irregularidad en relación con la prestación del servicio** a que está obligada a brindar eficientemente la Administración del Estado. En éstas circunstancias poco importa o interesa, si el daño o perjuicio procede del funcionario o servidor público que ha cometido la lesión o afectación⁶⁶.

También podemos ubicar otro tipo de responsabilidad en la que puede incurrir la Administración, la cual para la doctrina se titula con el nombre de la **responsabilidad sin culpa**, en la que la Administración

⁶³ Se configura este tipo de falta cuando la misma se comete por parte de un servidor público o agente determinado, que es fácil identificar su autoría, de allí que se pueda asociar este hecho con el calificativo de **falta de servicio del funcionario**.

⁶⁴ Esta característica de falta del servicio público se produce cuando el servicio público no ha funcionado, y si lo ha hecho es de mala forma, o la prestación del mismo no se realizó de la forma como debió esperarse que procediera. Sobre el particular, la jurisprudencia colombiana ha indicado en relación al origen de la falla del servicio que: *“(...) como proyección del deber del Estado de prestar a la comunidad los servicios públicos y en virtud de la cual el daño originado en irregularidades o deficiencias de estos, debe ser satisfecho por la administración; no juega, pues, necesariamente, el concepto de culpa de un agente identificado, porque la falla puede ser orgánica, funcional o anónima.”* (Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, del 30 de junio de 1962).

⁶⁵ DE LAUBADERE, ANDRÉ. Ob. Cit., página 115.

⁶⁶ En este sentido debemos establecer que: *“(...) para que el daño se impute a la Administración no es necesario localizar al agente concreto que lo haya causado. Puede tratarse –y así ocurre con frecuencia– de daños anónimos e imprsonales, no atribuibles a persona física alguna, sino a la organización en cuanto tal. La titularidad de esa organización o servicio justifica por sí sola la imputación de los mismos a la Administración, tanto si ese servicio ha funcionado mal (culpa in omittendo, o por acción positiva), como si no ha funcionado (culpa in omittendo, abstenciones, cuando existe un deber funcional de actuar), o si lo ha hecho defectuosamente (falta al deber de diligencia funcional) ya que todos estos supuestos quedan ampliamente cubiertos por la expresión que la Ley utiliza (funcionamiento “anormal”).”* (GARCÍA DE ENTERRÍA. Citado por SAAVEDRA BECERRA, RAMIRO. Ob. Cit., página 246).

Pública obra adecuadamente pero por alguna razón en su actuar produce un daño⁶⁷. Ahora bien, es muy importante que indicar que en materia de prueba, es el autor del suceso lesivo o dañino, el que debe demostrar que no ha cometido culpa alguna.

En otro orden de ideas, en la **responsabilidad administrativa por riesgo**, se plantea la posibilidad de exigirle responsabilidad a la administración por actuaciones inclusive no culpables. Para la jurisprudencia francesa, los casos de responsabilidad administrativa por riesgo sólo pueden ser aplicables para las siguientes circunstancias: por daños que se hayan derivado de las obras públicas⁶⁸, por el riesgo excepcional⁶⁹ y por los accidentes ocurridos a los colaboradores de la administración⁷⁰.

Un ejemplo claro y sin mácula de dudas que se presenta y en donde se puede exigir la indemnización por parte del afectado, es cuando se lleva a cabo la *expropiación por causa de utilidad pública*, debido a que la propia administración daña, afecta, lesiona o destruye la propiedad del particular; en éstos casos está obligada a indemnizar⁷¹.

Para concluir, consideramos importante transcribir la siguiente idea respecto de la responsabilidad patrimonial de la administración: “(...) *para que sea responsable la Administración deben concurrir, la culpa de sus*

⁶⁷ En éstas circunstancias debemos establecer que: “(...) *En este caso la administración está en la obligación de indemnizarlo, porque si ella ha obrado en desarrollo del servicio y por lo tanto en interés general, no es justo ni equitativo que una sola persona lleve sobre sí todo el perjuicio causado, cuando es la totalidad de la comunidad la que ha obtenido el beneficio común.*” (YOUNES MORENO, DIEGO. Ob. Cit., página 262).

⁶⁸ Dentro de los daños ocasionados por las obras públicas, se pueden distinguir los daños accidentales y los daños permanentes.

⁶⁹ Esta teoría se emplea en los casos en que se utilicen cosas peligrosas.

⁷⁰ Al respecto podemos indicar en relación al concepto de responsabilidad producto de los accidentes ocurridos a los colaboradores de la administración francesa que: “*La jurisprudencia aplica también la responsabilidad sin culpa para la reparación de los daños causados a los colaboradores de la administración, agentes o colaboradores voluntarios con motivo de accidentes en que pueden ser víctimas.*” (DE LAUBADÉRE, ANDRÉ. Ob. Cit., página 118).

⁷¹ Como dato característico debemos indicar que a diferencia de las distintas legislaciones administrativas de diversos ordenamientos de países del mundo que consideran la materia de expropiación como parte del derecho administrativo, en el caso de la República de Panamá esta temática debe ser demandable exclusivamente ante los tribunales de justicia ordinaria (juzgados civiles).

En relación a la expropiación debemos señalar que: “(...) *cuando se expropia algo es para “incorporarlo” en el dominio público o en el patrimonio del Estado, lo que no ocurre cuando se causa un daño material, sin acrecimiento patrimonial para el Estado, es decir, sin transferencia de un bien de un patrimonio a otro, que es esencial en la expropiación.*” (BIELSA, RAFAEL. Ob. Cit., página 17).

agentes y el daño jurídico. *El hecho generador del daño debe reunir los caracteres que lo determinen claramente como consecuencia del desempeño de la función, o de la realización del servicio, según se trate, respectivamente, de funcionarios o de empleados; es necesario un hecho o un acto administrativo y que exista, además, relación necesaria de causalidad (factor etiológico) y que se haya producido en el tiempo y en el lugar de funciones, etc.; finalmente, es preciso que la conducta del agente se muestre que éste en su actividad propia no persiguió un fin personal sino el del servicio o función.*⁷²

3.2.2.1.- Concepciones frente a la falta de servicio

Algunos autores tales como BRAIBANT opinan que debe existir una distinción entre lo que es la falta **de** servicio y la falta **del** servicio. Así las cosas, en el primero de los casos debemos asociar dicha concepción a la identificación de la persona que ha cometido la falta. En tanto que la falta del servicio se relaciona con la hipótesis de que el servicio ha funcionado mal, pero no se puede identificar a un responsable de forma específica⁷³.

3.2.3.- ¿Cómo intentar delimitar o separar la responsabilidad patrimonial de la Administración respecto de la responsabilidad personal de funcionario público?

Pareciera que quedará en manos de la ley aceptar que cualquier hecho o circunstancia que se genere por parte de la Administración del Estado dentro de su labor habitual o cotidiana, en donde no figura ninguna intención indebida por parte de algún agente (extralimitación de sus funciones), obligaría entonces a que el Estado deberá de hacerse responsable por aquellos daños y afectaciones causadas a personas lesionadas por su actuar como poder público⁷⁴.

⁷² BIELSA, RAFAEL. Ob. Cit., página 46.

⁷³ En este aspecto es importante destacar que: *“De acuerdo con el análisis de DUEZ, la totalidad de la hipótesis de falta de servicio podría sintetizarse en tres situaciones: o el servicio ha funcionado mal, o no ha funcionado, o en fin, ha funcionado tardíamente.”* (DUEZ PAUL. Citado por SAAVEDRA BECERRA, RAMIRO. Ob. Cit., página 240).

⁷⁴ Para detallar un tanto más ésta idea, el maestro BIELSA nos recuerda que: *“En suma: la ley puede admitir que todos los hechos y actos que entran en la esfera normal de actividad del Estado en los que no aparece una actitud netamente personal del agente, es decir, una intencionada y grave extralimitación de la esfera administrativa, se consideren dentro de ésta, y que obliguen al Estado a indemnizar el daño que causan esos hechos o actos. En cierto modo es el criterio de la distinción que existe en el sistema francés entre falta de servicio (como acto o hecho de la Administración pública) y falta personal (que es el hecho del agente, pues a él lo responsabiliza civil y penalmente y lo somete a la justicia común (...).”* (BIELSA, RAFAEL. Ob. Cit., página 35).

Ahora bien, la tendencia moderna es que si no puede identificarse a la persona, se responsabilice a la Administración por el daño o la lesión producida, a tal punto que se señala que: *“Se niega entonces el pretendido carácter anónimo de la falta de servicio por innecesario, ya que hay faltas de servicio de las cuales se conocen los autores, y otras en las que éstos son desconocidos. Lo importante es que la víctima puede perseguir a la Administración sin tener que designar al funcionario que ha cometido la falta cuya identidad carece de interés mientras él no es accionado personalmente.”*⁷⁵

En este sentido, lo importante es que el lesionado o afectado pueda perseguir a la Administración, sin necesidad de identificar obligatoriamente al funcionario que ha cometido la falla. Con la finalidad de profundizar ésta justificación, es necesario transcribir la siguiente idea: *“(…) la noción de falta personal no excluye la falta de servicio porque, en casos muy numerosos, una falta del agente que tenga auténticamente el carácter de falta personal no se hace posible o no engendra consecuencias dañinas a un tercero, sino en razón de las condiciones defectuosas de la ejecución del servicio.”*⁷⁶

3.3.- La determinación de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública

En primer lugar, el sujeto sobre el cual debe de recaer la imputación⁷⁷ de la lesión por lógica deberá ser alguien distinto a la propia persona afectada o la víctima, o en su defecto al conjunto de personas afectadas. En éste caso en particular, se debe atribuir una responsabilidad a un sujeto determinado y su obligación de reparar dicho daño, en relación al vínculo existente entre ambos.

Para el derecho administrativo es importante y a la vez necesario que se pruebe e individualice el hecho o el motivo que ha constituido la obligación de resarcir o indemnizar, a causa del daño o la lesión producida. De allí que se señale la necesidad de: *“(…) Probar que existe un nexo*

⁷⁵ SAAVEDRA BECERRA, RAMIRO. Ob. Cit., página 269.

⁷⁶ C.E., 26 de julio de 1918, *Epoux Lemonnier*, R., 762. Citado por SAAVEDRA BECERRA, RAMIRO. Ob. Cit., página 342.

⁷⁷ El concepto de imputación debe ser entendido como: *“(…) una operación mental consistente en atribuir una determinada consecuencia jurídica a un hecho o situación condicionante (Smith). Mas, aparte ese concepto jusfilosófico, ofrece importancia en el Derecho Penal por cuanto significa la atribución, a una persona determinada, de haber incurrido en una infracción penal sancionable. De ahí que algunos autores afirmen que imputar un hecho a un individuo es atribuírselo para hacerle sufrir las consecuencias; es decir, para hacerle responsable de él, puesto que de tal hecho es culpable (Jiménez de Asúa).”* (OSSORIO, MANUEL (1989). Imputación. Ob. Cit., página 368).

*causal entre el hecho que constituye la fuente normativa de la responsabilidad y el daño producido será siempre necesario para que la imputación pueda tener lugar y con ella pueda nacer la responsabilidad (...).*⁷⁸

Como se puede observar, ésta obligación que recae sobre la Administración del Estado, de reconocer, admitir y hacerse responsable por las lesiones o los daños que sufran aquellas personas que no estaban en la obligación legal de admitir tales afectaciones vendría a constituirse en lo que se denominaría el **principio de la igualdad ante las cargas públicas**, toda vez que el Estado debe hacerle frente a las afectaciones que haya generado y que la propia disposición legal le obliga a indemnizar⁷⁹. Sobre el concepto de carga pública podemos indicar que: *“(...) la propia doctrina tiene claro que la noción de “carga pública” implica esencialmente la imposición voluntaria y deliberada por el poder público de un cierto sacrificio en nombre del interés general, comportamiento que no constituye excepción al buen funcionamiento del Estado. La falta en cambio designa un actuar contrario al derecho, un incumplimiento jurídico. Además, la ruptura de la igualdad ante las cargas públicas da lugar, como vemos, a un tipo de responsabilidad objetiva que supone un perjuicio anormal y especial que no es propio de la responsabilidad por falta o mal funcionamiento.*⁸⁰

Ahora bien, para autores como MIR PUIGPELAT, el principio de igualdad ante las cargas públicas puede ser claramente identificable frente a casos de expropiación forzosa, que ante circunstancias en las que se demanda la responsabilidad de la administración⁸¹.

⁷⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN. Ob. Cit., página 386.

⁷⁹ La propia doctrina ha dispuesto sobre la responsabilidad administrativa que: *“(...) un derecho del particular a ser indemnizado de toda lesión injusta, derecho del cual la responsabilidad administrativa sería, en esencia, la sanción de una obligación preexistente de la Administración de asegurar la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas.”* (PARADA, RAMÓN. Ob. Cit., página 598).

Consideramos oportuno transcribir la siguiente idea expuesta por el jurista LIBARDO RODRÍGUEZ R., quien nos aclara lo siguiente en relación con el concepto de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas: *“(...) cuando un administrado soporta las cargas que pesan sobre los demás, nada puede reclamar al Estado; pero si en un momento dado debe soportar individualmente una carga anormal y excepcional, esa carga constituye un daño especial que la administración debe indemnizar.”* (RODRÍGUEZ, LIBARDO (2005). *Derecho Administrativo*. 14ª. Ed. Bogotá (Colombia): Editorial Temis, S.A., página 471).

⁸⁰ SAAVEDRA BECERRA, RAMIRO. Ob. Cit., Página 243.

⁸¹ MIR PUIGPELAT sostiene en relación al principio de igualdad ante las cargas públicas que: *“(...) además de alegar que el principio de igualdad ante las cargas públicas no podría servir para justificar una responsabilidad globalmente objetiva de la*

En relación al principio de igualdad ante las cargas públicas procederemos a efectuar una cita textual en relación con la importancia que tiene el mismo, en los siguientes términos: “*Es evidente que por razones de equidad y de justicia distributiva quien ha sufrido un perjuicio causado por la administración debe ser indemnizado, y ciertamente la víctima no tiene por qué sufrir ella sola los daños producidos por un acto de la administración, legítimo desde luego.*”⁸² Al respecto, debemos señalar que en virtud de los principios de equidad y de justicia, no es adecuado que además de la actividad lucrativa que obtiene el Estado por la prestación de un determinado servicio público, se proceda a afectar tanto el patrimonio económico como el moral del administrado o de las personas afectadas.

También puede ser exigible la responsabilidad patrimonial de la administración tal como habíamos insinuado con anterioridad, en los casos en los que las afectaciones o los daños se produzcan a por parte de terceras personas, que se encuentran bajo las órdenes de la Administración del Estado. Un típico ejemplo de ello, es cuando se otorga un contrato administrativo o una concesión administrativa (personas que sin ser servidores públicos se encuentran situados bajo su autoridad o custodia) y la empresa seleccionada por el Estado, genera una afectación que lesiona los intereses de un particular o de varias personas.

Ahora bien, en relación al tema de responsabilidad debemos efectuarnos la siguiente interrogante: ¿Qué sucede en la circunstancia en la que pueden concurrir las responsabilidades de varias administraciones públicas? La respuesta es sencilla, ya que las diversas administraciones son **solidarias entre sí**⁸³, lo que ocasiona que ambas deberán responder patrimonialmente por igual.

*Administración como la que presuntamente se consagró en España, sostiene que el principio de igualdad ante las cargas públicas encuentra mejor ubicación en sede de expropiación forzosa que en sede de responsabilidad de la Administración. La propia idea de carga, de sacrificio, en que se basa dicho principio, dice el autor citado, se adapta mal a los daños ocasionados de forma incidental por la actividad administrativa, adecuándose mejor a los daños expropiatorios, aquellos que son provocados deliberadamente por el poder por venir exigidos por el interés general, aquellos que constituyen un medio necesario para la consecución del fin público. Solo estos daños pueden ser considerados una carga, un sacrificio; los daños incidentales no pueden ser considerados una carga, un sacrificio, porque no vienen exigidos por la colectividad, por el interés general.” (MIR PUIGPELAT, ORIOL (2002). *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración, Hacia un nuevo sistema*. Madrid (España): Editorial Civitas, página 209).*

⁸² YOUNES MORENO, DIEGO. Ob. Cit., página 263.

⁸³ Al respecto debemos tener presentes que: “(...) el perjudicado puede dirigirse a cada una de las Administraciones intervinientes y exigir la totalidad de la reparación. Y la solidaridad se aplica tanto cuando se trate de gestión dimanante de fórmulas conjuntas de

3.3.1.- Clases de responsabilidades administrativas

Dentro del tema de las responsabilidades podemos ubicar dos tipos o clases de responsabilidades, siendo éstas *las responsabilidades contractuales y las extracontractuales*. Las primeras surgen producto del incumplimiento o de la lesión ocasionada por la ejecución indebida de un contrato administrativo donde previamente se ha configurado una relación jurídica.

El otro tipo de responsabilidad administrativa es la **extracontractual**, en la que no existe ningún contrato u obligación a través de la cual pueda vincularse en primera instancia la administración pública, pero que debido a una acción u omisión se produce un daño, lesión o afectación a una o varias personas, infringiendo o contraviniéndose así aquel principio de no ocasionarle daño a otra persona (*neminem laedere*)⁸⁴.

Así las cosas, será la responsabilidad administrativa extracontractual la que analizaremos durante el transcurso del desarrollo de la presente monografía, toda vez que la Administración Pública debe responder a través de la indemnización por los daños y lesiones causados, degenerando una la afectación del patrimonio a que no están obligados a sufrir los ciudadanos perjudicados.

En otro orden de ideas, para la jurisprudencia colombiana, se pueden ubicar fácilmente dos tipos de responsabilidades, siendo éstas la responsabilidad indirecta y la responsabilidad directa.

actuación entre varias Administraciones (...) cuando en los casos en que, actuando las Administraciones concurrentes al margen de estas fórmulas, no sea posible determinar la responsabilidad de cada Administración, atendiendo a criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención. Si es posible esa determinación o si se ha previsto en el instrumento conjunto de la intervención el reparto de responsabilidad, cada Administración asumirá la que le corresponda.” (PARADA, RAMÓN. Ob. Cit., página 611).

⁸⁴ Sobre la responsabilidad extracontractual podemos agregar también que ésta es conocida con el nombre de *responsabilidad aquiliana*. En éste sentido podemos indicar que: “(...) en Roma, la Ley Aquiliana la que primero la sancionó- tiene en el Derecho civil su origen y regulación matricial. Puede ser directa, o por hecho propio (el que por acción u omisión causa daño a otro interviniendo cualquier género de culpa o negligencia, está obligado reparar el daño causado), o indirecta, por el hecho de personas o cosas sobre las que se tiene un deber de custodia o que se ha elegido para que actúen en provecho propio (...), en cuyo caso se presume la culpa (in vigilando o in eligendo), elemento fundamental en la regulación privatista del instituto resarcitorio.” (PARADA, RAMÓN. Ob. Cit., página 594).

En el caso de la *responsabilidad indirecta*, se parte de la lógica que la Administración Pública está en la obligación de escoger adecuadamente a sus servidores públicos, y también a proceder a vigilar su conducta de forma cuidadosa, evidentemente con el objetivo de evitar que los mismos vayan a generar u ocasionar lesiones o afectaciones a los administrados⁸⁵.

De acuerdo con la *responsabilidad directa* o también conocida como tesis organicista, se debe proceder a separar lo que es la actividad propia de la administración, respecto de aquella actuación que desarrollan los servidores públicos a efectos de determinar la persona sobre la cual deberá recaer la responsabilidad⁸⁶.

Hoy en día, en Colombia, se ha procedido a la aplicación de una tercera tesis que es la que se emplea a nivel general del derecho administrativo mundial, que consiste en la falta o falla del servicio, en donde se *sustituye la culpa individual del agente por la **falla del servicio o culpa de la administración.***

3.4.- Situaciones en las que se torna compleja la exigencia o demanda de la responsabilidad patrimonial

Dentro de la doctrina jurídica se discute si es posible o no la demanda de la reparación de los daños causados tanto por parte del Poder Legislativo, como por el Poder Judicial. En éste sentido, se hace necesario efectuar un análisis sobre éste particular.

⁸⁵ YOUNES MORENO nos indica en relación a la responsabilidad indirecta que: “*Esta responsabilidad parte del principio de que la persona jurídica, en nuestro caso la administración, se halla obligada a elegir a sus agentes y a vigilarlos de manera cuidadosa, ya que son sus dependientes o subordinados, de suerte que si incurren en culpa, ejerciendo sus cargos, esta se proyecta sobre la entidad jurídica (...).*”

“(…) *En síntesis, la responsabilidad civil indirecta de la persona moral, privada y pública, se basa en el hecho dañoso de sus agentes, por los actos ejecutados en ejercicio de sus cargos o con ocasión de los mismos, cualesquiera sean la posición jerárquica de aquellos y la especie o calidad de sus funciones.*” (YOUNES MORENO, DIEGO. Ob. Cit., página 257).

⁸⁶ Con respecto a la responsabilidad directa desarrollada por la jurisprudencia colombiana se hace necesario indicar que: “*La Corte luego introdujo una nueva tesis en la materia, conocida como la tesis organicista, que distingue entre la actividad de la persona pública desarrollada por sus agentes, directores u otros gestores, de la que cumplen sus agentes. Los primeros constituyen órganos de la persona moral, depositarios de su voluntad y comprometen su responsabilidad directamente; los segundos son simples agentes auxiliares, que comprometerán la responsabilidad del mismo modo que obran los agentes o subordinados de una persona física.*” (YOUNES MORENO, DIEGO. Ob. Cit., página 258).

3.4.1.- La responsabilidad patrimonial administrativa del Poder Legislativo

Antes del desarrollo del presente apartado, debe tenerse presente que no se concibe ni por la jurisprudencia, así como tampoco por la legislación de los diferentes países la responsabilidad por culpa del legislador a causa de la aprobación de las leyes que lleve a cabo el Parlamento en el ejercicio de sus actividades, que den cabida a la indemnización por responsabilidad del Poder Legislativo.

Sobre el particular la doctrina francesa dispone que: *“La objeción general contra la responsabilidad se debe a la generalidad de los efectos de la ley y a la idea de que los perjuicios causados por una ley son cargas públicas.*

*Más particularmente, en lo que se refiere a la ley formal, prevalece la idea de la soberanía de la cual la ley es su manifestación.”*⁸⁷

Ligada con ésta temática podemos formularnos la siguiente interrogante: ¿Qué sucede en los casos en los que se declara la nulidad de una determinada Ley? En éste sentido, la doctrina española ha dispuesto lo siguiente: *“Por último, está el caso de los daños ocasionados por leyes que una sentencia del Tribunal Constitucional declare después nula. Dichos daños deben ser indemnizados en la forma y medida en que lo son los originados por una resolución o disposición reglamentaria que se declare ilegal y, como en este caso, sin dar por supuesto o prejuzgar que dichos daños se han producido por el simple hecho de la anulación.”*⁸⁸

Ahora bien, el tema de la responsabilidad patrimonial administrativa del Poder Legislativo puede tener diferentes matices y orientaciones dependiendo de la legislación aplicable a cada país. Por lo general, muchos Estados han adoptado la postura de la doctrina francesa, en el sentido de que el Estado no responde patrimonialmente en función de la aprobación de las leyes que generen daños a sus ciudadanos⁸⁹, salvo en

⁸⁷ DE LAUBADÉRE, ANDRÉ. Ob. Cit., página 119.

⁸⁸ PARADA, RAMÓN. Ob. Cit., página 617.

⁸⁹ Así las cosas, la doctrina ha dispuesto sobre este particular que: *“Es de principio que los daños causados a particulares por medidas legislativas no le dan ningún derecho a indemnización. La ley, es en efecto, un acto de soberanía y lo propio de la soberanía es imponerse a todos sin que se pueda reclamar ninguna compensación. Solo el legislador puede apreciar, según la naturaleza y la gravedad del daño, y de acuerdo con las necesidades y los recursos del Estado si debe acordar esta compensación. Los tribunales no pueden otorgarla en su lugar. El legislador, -precisa GASTON JEZE enfatizando la objetividad (sic) y generalidad de las normas- se mueve en un campo en el que no encuentra ante sí, y por tanto no puede lesionar, derecho individual alguno: “actúa*

el supuesto en que se reconozca por los propios tribunales de justicia la inconstitucionalidad de una determinada Ley⁹⁰.

Así tenemos por ejemplo en Colombia, que en éste tipo de vertiente reina el elemento de la irresponsabilidad del Estado legislador; a excepción de los casos en los que la Carta Magna o la normativa jurídica demanden la obligación de indemnizar a causa de los daños ocasionados por alguna ley⁹¹. Este es el mismo criterio que también se aplica con relación a la República de Panamá en materia de responsabilidad patrimonial por parte del Órgano Legislativo.

3.4.2.- La responsabilidad patrimonial administrativa del Poder Judicial

El tema de la exigencia de la responsabilidad patrimonial del Órgano Judicial desde la vertiente del derecho administrativo, siempre se ha tornado en un asunto sumamente complejo en virtud de la desventurada evolución que ha sufrido esta clase de responsabilidad patrimonial⁹².

mediante actos generales e impersonales.” (SAAVEDRA BECERRA, RAMIRO. Ob. Cit., página 444).

⁹⁰ En relación con la responsabilidad del Órgano Legislativo respecto de la declaratoria de ilegalidad de una determinada disposición, compartimos la misma opinión vertida por el profesor GARRIDO FALLA quien considera lo siguiente: “(...) *la declaración de inconstitucionalidad de la ley pone en evidencia la existencia de una “culpa” o “ilicitud” del Parlamento. En sus palabras: “He mantenido anteriormente que, para mí, el único supuesto claro de “responsabilidad del Estado-Legislator” solo se da cuando los daños causados tienen su origen en la aplicación de una ley declarada inconstitucional (lo cual tendría su equivalencia en la tradicional “responsabilidad por falta”).*” (GARRIDO FALLA. Dentro de SAAVEDRA BECERRA, RAMIRO. Ob. Cit., página 450).

⁹¹ La doctrina colombiana ha indicado que: “(...) *la solución tradicional ha sido la de sostener la irresponsabilidad del Estado por este concepto, salvo cuando <sic> la ley misma consagra la indemnización por los daños que ella cause.*

(...) En Colombia parece existir la tendencia a aceptar la irresponsabilidad del Estado legislador, salvo cuando la Constitución o la ley consagren expresa o tácitamente la obligación de indemnizar.” (RODRÍGUEZ, LIBARDO. Ob. Cit., página 479).

⁹² A efectos de ilustrar estos trágicos antecedentes por los que ha transitado la limitación del reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Poder Judicial, consideramos pertinente transcribir la siguiente idea: “*También se ha planteado dentro del derecho administrativo el problema consistente en determinar si el Estado debe responder por los daños causados con ocasión del ejercicio de la actividad jurisdiccional. (...) Esta inquietud había sido denominada tradicionalmente por la idea de irresponsabilidad, con fundamento, aunque criticable y no muy claro, en la noción de soberanía y en la autoridad de cosa juzgada que caracteriza las decisiones jurisdiccionales.*

La primera regla básica que debemos tener presente es que en virtud del principio de la *exceptio doli*, no puede alegarse indemnización en los casos en los que el error judicial o el anormal funcionamiento de los servicios se deba a causa de una actuación culposa o dolosa del propio afectado. En estos casos, el Estado no acarreará con la indemnización o reparación del daño causado.

Para que proceda entonces el pago de la responsabilidad patrimonial por lesiones causadas por parte del Órgano Judicial, es necesaria entonces la existencia de la prueba de la inocencia del imputado, a efectos que pueda determinarse que el error o el daño no fue ocasionado por el afectado o lesionado; por lo que es necesario que la afectación sea generada por una autoridad que cuente con la facultad jurisdiccional para administrar justicia.

Ahora bien, existen ordenamientos jurídicos como el español, que en el artículo 121 de la Constitución reconocen la figura de la responsabilidad patrimonial a causa de un error judicial, de la siguiente forma: “(...) *los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado conforme a la Ley.*”

Es importante señalar que en el caso de la existencia de un error judicial⁹³, **es necesaria la existencia de una previa declaración judicial que reconozca el gazapo o la falla judicial**⁹⁴. Cabe indicar que también la doctrina jurídica francesa propone que puede solicitarse la responsabilidad patrimonial del Poder Judicial en el caso que medie denegación de justicia. Lo único que al igual que en el caso del error judicial, se hace necesario que se compruebe sin mácula de dudas, la existencia de denegación de justicia.

Sin embargo, ya en Francia y desde hace algunos años, se invirtió el principio para considerar responsable al Estado por esa actividad (...).” (RODRÍGUEZ, LIBARDO. Ob. Cit., página 475).

⁹³ Los elementos que configuran propiamente la comisión del error jurisdiccional son las actuaciones: subjetivas, caprichosas, arbitrarias y flagrantes cometidas por el administrador de justicia en contra del usuario que demanda justicia, y al cual se le ha podido ver afectado su tutela judicial o el debido proceso.

⁹⁴ En relación con la determinación del error judicial es importante destacar que: “(...) *requiere, como es lógico, una previa declaración judicial de la existencia del eventual error, que podría resultar directamente de una Sentencia dictada en virtud de recurso de revisión o bien del ejercicio específico ante la Sala correspondiente del Tribunal Supremo (...) de una acción judicial en orden a dicho reconocimiento a promover en el plazo de tres meses (art. 293 LOPJ), plazo que se considera de caducidad (...).*” (GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN. Ob. Cit., páginas 393-394).

Para la jurisprudencia colombiana, se puede demandar la falla del servicio en relación a la facultad de administrar justicia, a partir del momento en que el juez procede a acudir a vías de hecho o a irregularidades que enturbian la transparencia de la repartición de justicia.

Como se puede apreciar, el daño originado por el Órgano Judicial a ser demandado deberá ser **cierto, individualizado, real y cuantificable económicamente**, para que el mismo pueda ser indemnizado en materia de responsabilidad por los actos de la administración de justicia⁹⁵.

3.4.3.- Los casos fortuitos y de fuerza mayor

Por lo general, las legislaciones de los diversos países no tienden a reconocer como indemnizables o resarcibles aquellas situaciones en las que se incurren en casos fortuitos, ni fuerza mayor⁹⁶.

La **fuerza mayor** en el Derecho romano fue concebida como un elemento a través del cual no se podía exigir responsabilidad jurídica; al tal punto que el propio Justiniano dentro del Digesto llegó a establecer el siguiente precepto jurídico: “*carece de culpa el que, teniendo conocimiento de algo, no puede impedirlo.*” En tal sentido, quedaba relevado de cualquier tipo de obligación aquella persona que hubiese incurrido en fuerza mayor⁹⁷.

De acuerdo con nuestra legislación panameña, en el artículo 34-D, del Código Civil se define el concepto de fuerza mayor de la siguiente manera: “*Es fuerza mayor la situación producida por hechos del hombre, a las cuales no haya sido posible resistir, tales como los actos de autoridad ejercidos por funcionarios públicos, el apresamiento por parte de enemigos, y otros semejantes.*”

⁹⁵ En éste sentido, el maestro PARADA nos advierte que: “*Al igual que en la responsabilidad administrativa general, también aquí se exige que el daño alegado sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas, sin que la mera revocación o anulación de las resoluciones judiciales presuponga por sí sola derecho a indemnización.*” (PARADA, RAMÓN. Ob. Cit., páginas 615-616).

⁹⁶ La fuerza mayor es una circunstancia a través de la cual se exonera la responsabilidad por los daños causados por las obras públicas, alteradas en su normal funcionamiento por acontecimientos irresistibles.

La fuerza mayor es un hecho exterior e irresistible, ante el que no puede sobreponerse quien lo sufre o soporta.

⁹⁷ Podemos incluir dentro del catálogo de fenómenos de fuerza mayor los hechos lícitos o ilícitos del ser humano como podrían ser la coacción material, la guerra y similares.

Ahora bien, es importante efectuar una la aclaración con relación al concepto antes citado, ya que la legislación panameña difiere respecto de la doctrina jurídica internacional, en relación a los conceptos de caso fortuito y fuerza mayor. En otras palabras, **lo que para la legislación panameña implica el concepto de fuerza mayor, en la doctrina jurídica a nivel internacional correspondería al concepto de caso fortuito; y viceversa, con lo que podemos concluir que ambos conceptos están invertidos dentro del Código Civil panameño.**

En tanto, el artículo 34-D, del Código Civil panameño también contempla la concepción de **caso fortuito**, el cual es conceptualizado así: *“Es caso fortuito el que proviene de acontecimientos de la naturaleza que no hayan podido ser previstos, como un naufragio, un terremoto, una conflagración y otros de igual o parecida índole.”* Tal como habíamos indicado con anterioridad, ésta misma noción o concepción que aborda o trata el Código Civil panameño, varía en la doctrina internacional, ya que éste concepto antes descrito se subsume como un concepto de fuerza mayor en vez de caso fortuito.

Pero en esencia, en ambas circunstancias ya sea por caso fortuito o de fuerza mayor, el Estado se le exime de responsabilidad extracontractual, por lo que contra él no podrán presentarse demandas de reclamación por daños o lesiones.

3.4.4.- La falta o culpa de la víctima

Otra de las circunstancias en las que no es posible demandar la responsabilidad patrimonial en contra de la administración es cuando media una falta o una actuación no adecuada (indebida) por parte de la víctima que ha sufrido a causa de su propia consecuencia o conducta, una afectación. En estos casos se puede equiparar dicho comportamiento a la ausencia de una conducta de un buen padre de familia, toda vez que no se ha guardado la debida prudencia, ni la adecuada diligencia.

En éste sentido, la falta cometida por la víctima es la causa exclusiva de la culpabilidad, por lo que la propia Administración queda exonerada de responsabilidad alguna. En estas circunstancias se produce un reparto de la responsabilidad que recaerá sobre la persona afectada⁹⁸.

Así las cosas, no se puede demandar responsabilidad patrimonial a la Administración pública, si el propio afectado ha incurrido en negligencia grave, o ha mediado la intencionalidad de producirse ella misma la lesión o afectación.

⁹⁸ Confróntese PARADA, RAMÓN. Ob. Cit., página 610.

En éste sentido debemos indicar que: *“Es lógico que el administrado cuya conducta culposa ha incidido en la realización o en la agravación del daño por él sufrido y que es además imputable a la persona pública, deba soportar en parte la carga de la reparación. No obstante, el juez administrativo francés se muestra mucho menos riguroso en la apreciación de esta falta que el juez administrativo colombiano, en el sentido de que el primero le reconoce con mayor facilidad la condición de causa extraña.”*⁹⁹

Como colofón, debemos indicar que: *“(…) La administración demandada se exonera de toda responsabilidad mediante la prueba del caso fortuito, de la fuerza mayor y de la culpa exclusiva de la víctima. Se exonerará, también totalmente, cuando logre demostrar que el hecho dañoso es imputable a un tercero o a dolo o culpa grave de su agente. Con todo, la exoneración será siempre parcial, cuando se acredite que en la producción del suceso perjudicial coparticipó la falta del servicio con la culpa de la víctima o con el hecho de un tercero, casos en los cuales la responsabilidad estatal quedará limitada en la medida en que su falta o falla se constituya en causa eficiente del daño experimentado por la víctima.”*¹⁰⁰

Tal como se puede observar, la doctrina jurídica reconoce la existencia de la responsabilidad parcial o de la exoneración parcial si el perjuicio se produjo teniendo el propio afectado algún grado de responsabilidad en el daño sufrido; o bien puede mediar la intervención de una tercera persona que ha influido en la generación del daño, lo que genera automáticamente que la Administración Pública quede relevada de responsabilidad, siempre y cuando la responsabilidad de la entidad pública queda comprometida **sobre el terreno de la falta**¹⁰¹, ya que debemos entender que el tercero es completamente ajeno al servicio que se presta, no existiendo así ningún tipo de vinculación.

⁹⁹ SAAVEDRA BECERRA, RAMIRO. Ob. Cit., página 577.

¹⁰⁰ YOUNES MORENO, DIEGO. Ob. Cit., página 261.

¹⁰¹ Sobre la temática de la responsabilidad de la Entidad Pública en el terreno de la falta, RAMIRO SAAVEDRA nos indica que: *“En el primer supuesto, el de la falta, la Administración solo será responsable por la parte del daño que le corresponda. El demandante, por su parte, tendrá que demandar al tercero por el resto ante el juez ordinario. No obstante, cuando el daño ha sido provocado por una pluralidad de faltas cometidas por varias personas públicas que participan en la prestación de un mismo servicio público, es posible reclamarle la totalidad del perjuicio a una sola de ellas. Por otra parte, cuando hay acumulación de una falta personal de un funcionario con una falta de servicio, la víctima puede reclamar la totalidad de la indemnización a la Administración, que, a su vez, podrá repetir contra su servidor.”*(SAAVEDRA BECERRA, RAMIRO. Ob. Cit., página 588).

Pero cuando se trata de una **responsabilidad objetiva o sin culpa de otra persona**, la Administración estará obligada a responder frente a la víctima por la totalidad de la lesión o del daño causado, sin poder obligar al tercero para que pague su parte¹⁰².

La jurisprudencia española respecto de la culpa de la víctima ha señalado que para reclamar la responsabilidad es necesario la relación de causalidad sea directa, inmediata y exclusiva ya que cualquiera intervención que se produzca en el actuar por parte de un tercero, inclusive la propia víctima; genera una causal de exoneración de la responsabilidad de la Administración¹⁰³.

4.- LA INDEMNIZACIÓN COMO ELEMENTO DE REPARACIÓN EN LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Previo al desarrollo del presente apartado, es importante señalar que la responsabilidad de la administración no es de carácter punitivo, sino más bien de grado compensatorio; adquiriendo así un papel relevante el elemento probatorio a efectos de poder reclamar el posterior resarcimiento económico.

La única vía que hasta el momento existe en materia de responsabilidad para indemnizar a las personas que hayan sufrido algún tipo de lesión o de perjuicio es generalmente a través de la indemnización en metálico o en dinero.

El fin básico y esencial que se pretende lograr con la indemnización es de tratar o procurar restituir la afectación causada a un estado anterior a la constitución del hecho lesivo o dañoso. En otras palabras, el patrimonio de la persona afectada debe reponerse al punto o momento anterior a la afectación experimentada o sufrida¹⁰⁴. Es importante destacar

¹⁰² Señala la doctrina colombiana, que esta circunstancia en particular se materializa en la práctica para el caso de los colaboradores benévolos de la Administración.

¹⁰³ Ligada con ésta temática consideramos prudente mencionar respecto de la jurisprudencia española en relación a la falta o culpa de la víctima lo siguiente: “*Se procura entonces establecer probatoriamente la intensidad respectiva de la participación de la Administración y la víctima en el proceso causal que concluyó en el daño. A falta de una determinación precisa la jurisprudencia recomienda repartir por mitad la cuantía de los daños entre la Administración y el reclamante. Finalmente, en la lógica de la responsabilidad objetiva, alguna jurisprudencia ha rechazado la referencia a la “compensación de culpas” que hacen algunas sentencias para moderar la cuantía indemnizatoria cuando en la producción del daño ha intervenido la víctima. Se prefiere hablar de “conurrencia de causas”.*”

¹⁰⁴ Sobre este aspecto puntual es necesario destacar que: “*El principio general era (y es), por lo demás, muy claro: la indemnización debe dejar <<indemne>> a la víctima del daño*”

que en materia de indemnización por los daños causados se deben tener presentes los conceptos de **satisfacción** o de **consolación**, de forma que sirvan como instrumento para compensar las angustias, molestias y los sufrimientos en las que haya incurrido la víctima.

La finalidad que se persigue con la indemnización de los daños conlleva a que la reparación sea de carácter integral, de forma tal que se traten de abarcar todos los elementos adyacentes que se relacionen con la compensación.

El fenómeno de la reparación de los daños y perjuicios que haya experimentado la persona que no estaba en la obligación de soportar la afectación sufrida es conocido en la jurisprudencia española como: **el principio de la plena indemnidad del dañado**.

Por ejemplo, para la jurisprudencia española, entre los daños que pueden ser objeto de una indemnización figuran: las afectaciones a la propiedad, a los derechos reales y los causados al cuerpo de la víctima, los daños corporales, al igual que los producidos por el dolor físico.

4.1.- El cálculo de la indemnización

Uno de los problemas que se plantea al momento del Estado proceder a indemnizar por la vía administrativa a la persona o personas que se han visto afectadas a causa de una lesión experimentada por la Administración Pública, ha sido precisamente el cálculo de la indemnización.

En la práctica, los Tribunales de Justicia se han decantado porque el cálculo o el monto de la cuantía de la indemnización producto de los daños experimentados por la o las personas que han sufrido algún tipo de lesión o afectación en donde se demanda la responsabilidad administrativa, se determine en función del material probatorio que se logre aportar al proceso. En este sentido, debemos señalar respecto de los daños personales lo siguiente: “(...) *como regla general, la jurisprudencia calcula el importe de la indemnización teniendo en cuenta una serie de factores: la edad del fallecido, sus ingresos anuales, las cargas familiares (sobre todo, la edad de los hijos), las expectativas profesionales fundadas,*

injusto, debe procurar una reparación integral del detrimento que dicho daño ha supuesto para su patrimonio, debe restituir éste en su pleno valor anterior al suceso dañoso, debe cubrir, por tanto, los <<daños y perjuicios>> sufridos, <<en cualquiera de sus bienes o derechos>>(…).” (GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN. Ob. Cit., páginas 418-419).

así como los otros módulos objetivos semejantes ponderados con arreglo al principio de equidad; (...).¹⁰⁵

La doctrina jurídica ha considerado que dentro del cálculo de la indemnización se deben incluir elementos tales como el **daño emergente y el lucro cesante**. Para reafirmar éste criterio, consideramos pertinente efectuar una transcripción sobre esta idea que plantea el maestro GARCÍA DE ENTERRÍA en los siguientes términos: “*Importa notar que entre la cuantía de los perjuicios indemnizables ha de incluirse no sólo el importe del daño emergente, sino también el del lucro cesante o beneficios dejados de percibir como consecuencia del hecho dañoso.*”¹⁰⁶

En virtud de los planteamientos conceptuales previamente señalados, se puede arribar a la determinación que debe mediar una **reparación íntegra del perjuicio** al momento en que se indemniza el daño o la lesión sufrida, pero sólo hasta el monto de la afectación ya que la doctrina jurídica sostiene que: “*(...) si el daño se indemniza por encima del realmente causado, se produciría un enriquecimiento sin causa a favor de la víctima; si el daño se indemniza por debajo del realmente causado, se genera un empobrecimiento sin causa para la víctima. Es por ello que el daño mismo, constituye la medida del resarcimiento.*”¹⁰⁷

Sólo se pueden considerar indemnizable el perjuicio, en el caso que se llegue a comprobar que el mismo es personal¹⁰⁸, directo y cierto¹⁰⁹.

Para la doctrina, la cuantía de la indemnización se debe calcular en referencia al **día en que se produjo efectivamente la lesión**, independientemente de su actualización a la fecha en que se ponga fin al

¹⁰⁵ GAMERO CASADO, EDUARDO y FERNÁNDEZ RAMOS, SEVERIANO. Ob. Cit., página 606.

¹⁰⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN. Ob. Cit., página 419.

¹⁰⁷ SAAVEDRA BECERRA, RAMIRO. Ob. Cit., página 604.

¹⁰⁸ Inicialmente se consideró que la afectación del daño o la lesión era producida únicamente hacia una sola persona, pero con el transcurrir del tiempo planteó la idea que podía existir otro tipo de víctimas las cuales pueden resultar afectadas ya sea a través de daños indirectos o lo que conoce la literatura española con el nombre de *daño por rebote*. En éste sentido, se establece la posibilidad de existir dos (2) tipos o clases de víctimas, siendo las primeras las inicialmente o **directamente afectadas** en su integridad física; y las **indirectamente perjudicadas** en la esfera pecuniaria o moral. (Cfr. SAAVEDRA BECERRA, RAMIRO. Ob. Cit., página 607).

¹⁰⁹ Es necesario la existencia de un perjuicio cierto, toda vez que una lesión o daño puramente eventual no puede ser objeto de reclamo. En palabras de RAMIRO SAAVEDRA, el perjuicio cierto lo constituye: “*(...) cualquier disminución patrimonial justificada que pueda atribuirse al daño, en este caso producido por una actuación administrativa (...).*” (SAAVEDRA BECERRA, RAMIRO. Ob. Cit., página 612).

procedimiento de responsabilidad. De igual manera, es necesario tener presente que si por alguna razón no existe coincidencia entre el evento dañoso y la producción efectiva del daño, el plazo de reclamación se inicia desde el momento en que empiece a manifestarse su efecto lesivo¹¹⁰.

4.1.1.- Clases de reparación del daño

De acuerdo con la doctrina jurídica, la reparación de los daños puede realizarse a través de dos (2) tipos o clases de compensaciones siendo éstas la indemnización o reparación sustitutiva y la reparación in natura.

La **reparación sustitutiva o cumplimiento por equivalencia** es aquella clase de indemnización en la que la compensación de los daños y perjuicios se realiza en metálico; pero para ello debe previamente haberse determinado el importe de la remuneración. Por lo general, este tipo de reparación es la que tiende a utilizarse con mayor frecuencia. Ahora bien, hay que señalar la posibilidad que el pago de la cantidad de dinero que se haga en concepto de indemnización puede estar con el transcurrir del tiempo sujeta a depreciación monetaria, en función de lo que pueda demorar la tramitación de un proceso de reclamación¹¹¹.

La **reparación in natura**, se trata de la compensación que se otorga en especie, producto de los daños y perjuicios acontecidos a una o varias personas. Este tipo de compensación se suele dar cuando **media acuerdo o aceptación** de su empleo por parte del interesado o afectado y la Administración Pública, para lograr la reparación adecuada y que convenga al interés público. Ahora bien, casi siempre este tipo de reparación es la más infrecuentemente utilizada.

4.1.2.- La reparación del daño moral

En relación con la reparación del daño moral, pareciera que no queda claramente definida a simple vista el pago de la indemnización en función del reclamo por **daños morales**. Ahora bien, esto no quiere decir

¹¹⁰ Confróntese a GAMERO CASADO, EDUARDO y FERNÁNDEZ RAMOS, SEVERIANO. Ob. Cit., página 607.

¹¹¹ En otras palabras, no va a tener el mismo efecto el pago de una determinada suma de dinero semanas o meses posteriores a cuando se haya producido la lesión, que si el pago de la indemnización de la afectación se realiza ya pasados muchos años luego de haberse instaurado el proceso de reclamo, en virtud de la depreciación prolongada del propio costo de vida.

que si los mismos pueden ser probados y cuantificables, no pueda intentarse su reclamación o resarcimiento¹¹².

E inclusive se llegó a manifestar que: “(...) *la reparación del daño moral no fue en el derecho una cuestión pacífica, sino que, por el contrario, necesitó de un accidentado proceso. En otro tiempo eran muchos los juristas que la rechazaban por considerar que los bienes morales no admiten valoración pecuniaria, o que esta habría de ser siempre insuficiente o arbitraria. Según algunos, los bienes de la personalidad son tan dignos que repugna la simple idea de traducirlos a términos materiales.*”¹¹³

Por ejemplo, tenemos que el derecho francés que es uno de los ordenamientos jurídicos que ha evolucionado con mayor progresión en relación con el resarcimiento a causa de la responsabilidad patrimonial de la administración por lesiones que ella ha generado, empero al inicio fue complicado el reconocimiento del pago de los daños morales¹¹⁴. E inclusive, la jurisdicción administrativa francesa consideró que no debía pagarse el dolor moral causado por la pérdida de un ser querido, toda vez que señalaba que las lágrimas no se monetizan (*les larmes ne se monnayent point*). Pero no fue sino hasta el año 1961 cuando se esgrimió otra tesis en la que se procedió a reconocer la indemnización que se generara por el daño moral sufrido por la víctima.

Con relación a la forma como se deberá calcular la indemnización del daño moral, la doctrina colombiana ha sugerido que se otorgue una cantidad similar para todas aquellas personas que se encuentran en una misma correlación con la víctima¹¹⁵. Evidentemente que al igual que en

¹¹² Por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de España, del 12 de marzo de 1991 llegó a señalar que: “*El propio otorgamiento de una pensión extraordinaria no es incompatible tampoco con la percepción de una indemnización, ya que aquélla es una mera evaluación apriorística del quebranto mínimo en que se traduce el menoscabo patrimonial sufrido, en tanto que ésta debe cubrir también otros conceptos, incluidos los daños morales.*”

¹¹³ SAAVEDRA BECERRA, RAMIRO. Ob. Cit., página 638-639.

¹¹⁴ Al respecto consideramos oportuno transcribir el siguiente hecho o suceso: “*Desde hace mucho tiempo la jurisprudencia administrativa admite la reparación de los daños morales, tales como una ofensa contra la reputación (C.E., 3 de abril de 1936, SUDRE) o contra una libertad de orden espiritual (7 de marzo de 1934, abate Belloncle), pero hasta hace poco descartaba, contrariamente a la jurisdicción ordinaria, la reparación del perjuicio del afecto (dolor moral causado por la pérdida de un ser querido). Sin embargo, ha abandonado esta posición y actualmente acepta este tipo de reparación.*” (DE LAUBADÉRE, ANDRÉ. Ob. Cit., página 113).

¹¹⁵ Vale indicar en relación a la valoración del daño moral respecto de la jurisprudencia colombiana lo siguiente: “*Es por ello que, tanto si se trata de un daño moral de la víctima inmediata, como del pretium affectionis de los parientes y allegados, la jurisprudencia ha*

las otras circunstancias, el elemento probatorio será la piedra angular que jugará una vital importancia para determinar la existencia o no del daño moral¹¹⁶.

En el ámbito del daño moral de las personas jurídicas, resulta imposible de poder reclamar dicha afectación, ya que las lesiones sólo se pueden dar en el ámbito personal o de las personas físicas o naturales. Ligada a ésta idea debemos indicar que: *“No es concebible, por otra parte, un dolor moral puro imaginable en los sentimientos de las personas humanas como perjuicio propio de la persona jurídica, por lo que no parece fácil aceptar la idea de daño moral cuando el interés o bien lesionado no incide en la esfera moral o espiritual de los individuos que la conforman.”*¹¹⁷

4.2.- La necesidad de la prueba ante la falta o mal funcionamiento del servicio público

La regla general en materia probatoria es que al actor le incumbe la carga de la prueba (*actori incumbit probatio*), toda vez que al mismo le compete probar la forma como han ocurrido los hechos, y a partir de allí entonces poder efectuar las respectivas reclamaciones de carácter indemnizatorias.

En tanto que a la Administración le compete desvirtuar los hechos alegados por parte del demandante o la parte afectada y que reclama la respectiva responsabilidad¹¹⁸.

fijado las indemnizaciones por este título de acuerdo con ciertos topes.” (SAAVEDRA BECERRA, RAMIRO. Ob. Cit., página 667).

¹¹⁶ En relación a los medios probatorios para valorar el daño moral, es necesario señalar que: *“Los medios de convicción procesal más indicados para demostrar el dolor moral serán el de los testimonios y en menor medida los indicios, ya que si bien puede haber algún caso en que se puedan aportar documentos (cartas, grabaciones, entre otros), o acudir a otro tipo de medios, los mencionados son los más frecuentes e idóneos. A través de esos elementos de prueba se deberán establecer los perjuicios morales cuya reparación se pretende, y la parte actora debe acreditar la convivencia, la mutua ayuda, los lazos afectivos, la comunicación frecuente, y, en general, todas las relaciones habituales y cotidianas que le permitan al juzgador llegar a la convicción de que quien demanda la indemnización fue verdaderamente golpeado en sus afectos y sentimientos por el hecho dañoso.”* (SAAVEDRA BECERRA, Ob. Cit., página 668).

¹¹⁷ SAAVEDRA BECERRA, RAMIRO. Ob. Cit., página 660.

¹¹⁸ Si la parte demandada asume una actitud pasiva, en el sentido que no contradice las afirmaciones del demandante, podría generar ello como resultado que el juez podrá suponer que el demandado las está aceptando. En este sentido, debemos indicar que: *“(…) si el demandado, habitualmente la Administración, intenta refutar las afirmaciones del actor, sus argumentos deben ser adecuados y suficientes para desvirtuarlas. Y naturalmente ellas deben extenderse, no solo a la responsabilidad misma sino a las consecuencias que de ella*

Así las cosas, la responsabilidad por falta se trata de una responsabilidad por **una falta que ha sido probada**. Por tal razón, si el demandante no prueba la falta, aunque la propia administración no haga nada para exonerarse, el fallo resultará absolutorio.

En materia probatoria sobre responsabilidad, pueden existir dos (2) tipos o clases de pruebas que serían: *la prueba del hecho invocado* y *la prueba de su carácter anormal*.

4.3.- Término en el que surge el derecho de reclamar la indemnización por responsabilidad patrimonial de la administración

Para determinar a partir de qué momento se puede exigir la indemnización patrimonial por un daño o una lesión ocasionada por la Administración Pública, pareciera que tal cómputo se empieza a contabilizar o tomar como referencia es **el día en que se produjo efectivamente la afectación**¹¹⁹. Ahora bien, para la jurisprudencia francesa el término para computar el derecho a reclamar la indemnización patrimonial debe contabilizarse a partir del día en que ha finalizado o cesado el perjuicio, para que a partir de ese momento se proceda a determinar el alcance de la afectación y así acceder a su respectiva reparación.

Evidentemente que por lógica, existe un período de tiempo hasta el cual es posible efectuar las respectivas reclamaciones en materia de responsabilidad patrimonial, que en el mundo jurídico se conoce como la prescripción del ejercicio de una determinada acción o de un derecho.

Es importante tener presente que de acuerdo con las legislaciones de los distintos países, el término de prescripción podrá variar. Por ejemplo en el caso de España, este plazo de reclamo puede ser hasta por el lapso de un (1) año; igual como ocurre en la República de Panamá.

No puede alegarse o invocarse por parte de la Administración la existencia de la figura de la prescripción para la reclamación de la

se derivan, como podría ser el monto, extensión y especie de los perjuicios pretendidos.” (SAAVEDRA BECERRA, RAMIRO. Ob. Cit., página 277).

¹¹⁹ Sobre el particular, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España del 31 de mayo de 1999 dispuso lo siguiente: “(...) del cómputo del plazo de prescripción es el de la fecha en que se produjo <<el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo>>. A esta regla general añade luego que <<en caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas>>.”

responsabilidad patrimonial de la administración, en los casos en los que ***no pueda ser posible estimar o considerar la fecha en que se han generado u ocasionado los daños.***

En relación a los reclamos de exigencia de responsabilidad directa en contra de la Administración Pública, es importante tener presente que si nos encontramos ante un daño causado por un acto lícito o por un hecho u omisión de la Administración, el perjudicado debe iniciar un procedimiento administrativo de reclamación y por lo general estas reclamaciones deben presentarse en primera instancia ante la entidad o institución administrativa que ha generado el perjuicio¹²⁰.

5.- EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA -VS- LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DEL ESTADO

Previo al desarrollo del presente apartado, es importante dejar en claro que el concepto de enriquecimiento injusto por ningún motivo puede ser confundido o asociado con la temática de la responsabilidad extracontractual de la administración.

Por tal razón se hace necesario proceder a examinar ésta figura jurídica relativa al enriquecimiento injusto, de forma tal que se tenga clara y detallada su diferenciación.

5.1.- Noción del Enriquecimiento injusto o sin causa

El maestro MANUEL OSSORIO define el concepto de enriquecimiento injusto o sin causa de la siguiente manera: *“Aumento injustificado del capital de una persona, a expensas de la disminución del de otra, a raíz de un error de hecho o de derecho.”*¹²¹

Como se puede apreciar, el referido concepto se relaciona directamente con la obtención de un capital o dinero que en principio no le corresponde al sujeto o la persona sobre la cual se ve aumentado su patrimonio de forma desproporcionada y sin razón alguna.

¹²⁰ Por lo general, los reclamos deben contener una explicación clara y detallada del daño acontecido, así como la fecha en que se generó su producción, además de una demostración del vínculo causal que une al daño con la actividad de la Administración y finalmente la posible estimación cuantificable del daño ocasionado.

¹²¹ OSSORIO, MANUEL. Enriquecimiento sin causa. Ob. Cit., página 286.

5.2.- El enriquecimiento injusto o sin causa en la Administración Pública

La conducta de la Administración Pública en estos casos no consiste en que se genere un menoscabo patrimonial a una tercera persona, sino que producto de las consecuencias imputables a los propios interesados, se genera un lucro o una ganancia ilegítima por parte de la Administración del Estado, cuando en realidad esta última no tenía derecho real o cierto de enriquecerse a causa de otra persona o personas.

En éstas circunstancias no puede considerarse el enriquecimiento sin causa como un elemento que forma parte de la responsabilidad administrativa extracontractual, toda vez que el daño, la lesión o el perjuicio no se ocasionó por parte de la Administración Pública, sino por parte del propio afectado que incurrió en una actuación como tal, que ha provocado el incremento injusto del patrimonio de la Administración a causa de cualquier otro hecho o circunstancia que no es generada por una actitud dañosa.

5.3.- La reclamación del afectado frente al enriquecimiento injusto o sin causa de la Administración Pública

Al existir un vacío jurídico en materia de derecho administrativo respecto de la posibilidad de exigir el afectado una restitución del dinero que por error obtuvo la Administración Pública de forma injustificada, la persona lesionada deberá acudir a la jurisdicción ordinaria o común que en este caso es la Civil, a efectos de realizar las correspondientes reclamaciones¹²².

6.- LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL ADMINISTRATIVA EN PANAMÁ

Luego de haber analizado todo lo relativo a la evolución de la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado a nivel de la doctrina jurídica en los diferentes países del mundo, y habiendo estudiado

¹²² Con relación a esta concepción es importante indicar que: “*En estos casos no rigen los principios de la responsabilidad administrativa extracontractual. Es más, no existen reglas propias aplicables a la Administración en este caso, debiendo aplicarse el régimen común dispuesto por el Derecho civil. Cualesquiera cuestiones litigiosas derivadas del enriquecimiento injusto de la administración habrán de sustanciarse ante la jurisdicción civil.*” (GAMERO CASADO, EDUARDO y FERNÁNDEZ RAMOS, SEVERIANO. Ob. Cit., página 613).

la construcción teórica de la figura sobre la responsabilidad patrimonial, así como los elementos que la conforman y la indemnización como aspecto resarcitorio del daño ocasionado; nos corresponderá analizar la forma como se regula y opera lo relativo a esta temática dentro de la República de Panamá.

6.1.- La legislación panameña en relación con la responsabilidad patrimonial de la administración panameña

Comenzaremos el estudio de la legislación panameña que regula la materia de responsabilidad extracontractual del Estado a partir de la norma suprema del Estado de Derecho (Constitución Política), a efectos de determinar la manera cómo se concibe esta figura jurídica dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

6.1.1.- Disposiciones constitucionales que regulan la responsabilidad patrimonial en Panamá

La primera de las normativas que obligan al reconocimiento de la responsabilidad administrativa o extracontractual del Estado en la República de Panamá es el artículo 17¹²³ de la Constitución Política, toda vez que establece la medida obligatoria de salvaguardia de la vida, la honra y los bienes de los administrados que se encuentren sujetos a su jurisdicción y protección. La extensión de ésta garantía de conservación y defensa no se limita única y exclusivamente en beneficio de los nacionales panameños en donde quiera que se encuentren (ya sea dentro o fuera del territorio panameño); sino que también con la misma se pretende amparar o proteger a las personas extranjeras que se encuentran dentro de la República de Panamá.

De forma tal que cualquier afectación tanto en la vida, la honra y los bienes de los panameños y extranjeros que provenga del Estado a causa de una actuación lesiva o que se generen a causa de daños extracontractuales, deberá la Administración Pública resarcir o reparar las afectaciones que ella haya producido.

¹²³ Artículo 17 de la Constitución Política de la República de Panamá: *“Las autoridades de la República están instituidas para proteger en su vida, honra y bienes a los nacionales dondequiera se encuentren y a los extranjeros que están bajo su jurisdicción; la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales, y cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley.*

Los derechos y garantías que consagra esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona.”

De igual manera las autoridades de la República de Panamá, estarán en la obligación de proteger la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales de los administrados, lo cual se traduce en la necesidad de garantizar y respetar diversos derechos mínimos con los cuales cuentan los administrados, y uno de ellos es precisamente la garantía del **respeto de la propiedad privada** (artículo 47 de la Carta Magna) en concordancia con la obligación de indemnizar por parte del Estado como materia de Responsabilidad Administrativa del Estado, a las personas que se puedan ver afectadas por expropiaciones sobre sus propiedades privadas (artículo 48 de la Constitución Política).

Otra de las disposiciones que también ha sido reconocida por parte de los Tribunales de Justicia, y que garantiza el cumplimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado panameño es el artículo 18¹²⁴ de la Constitución Política, ya que a través de dicha normativa se garantiza que los funcionarios públicos no pueden actuar de forma extralimitada en el ejercicio de sus funciones, ni omitir las mismas ya que pueden generar daños y lesiones a los administrados.

En el ámbito práctico, para reclamar la responsabilidad patrimonial o extracontractual de la Administración del Estado, independientemente que el reclamo se haga ante la respectiva entidad pública que incurrió en el daño o la lesión, la Constitución Política faculta a través del artículo 206.2¹²⁵ de la Carta Magna, a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia la potestad de ejercer la jurisdicción contencioso-administrativa, para conocer de los actos, omisiones producto de una prestación defectuosa o deficiente de los servicios públicos que realiza la

¹²⁴ Artículo 18 de la Constitución Política de Panamá: “*Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infracción de la Constitución o de la Ley. Los servidores públicos lo son por esas mismas causas y también por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de éstas.*”

¹²⁵ Artículo 206.2 de la Constitución Política de Panamá: “*La jurisdicción contencioso-administrativa respecto de los actos, omisiones, prestación defectuosa o deficiente de los servicios públicos, resoluciones, órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten, expidan o en que incurran en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, los funcionarios públicos y autoridades nacionales, provinciales, municipales y de las entidades públicas autónomas o semiautónomas. A tal fin, la Corte Suprema de Justicia con audiencia del Procurador de la Administración, podrá anular los actos acusados de ilegalidad; restablecer el derecho particular violado, estatuir nuevas disposiciones en reemplazo de las impugnadas y pronunciarse prejudicialmente acerca del sentido y alcance de un acto administrativo o de su valor legal.*

Podrán acogerse a la jurisdicción contencioso-administrativa las personas afectadas por el acto, resolución, orden o disposición de que se trate; y, en ejercicio de la acción pública, cualquier persona natural o jurídica domiciliaria en el país.”

Administración Pública¹²⁶. Así las cosas, sería la Sala Tercera que conformaría la Jurisdicción Contencioso-Administrativa la última vía para poder reclamar cualquier afectación que haya sufrido una persona natural o jurídica, producto de una indebida actuación de la Administración Pública.

6.1.2.- Disposiciones legales de derecho público, que garantizan y regulan la responsabilidad patrimonial o extracontractual de la Administración Pública

A nivel legal, la norma legal y procesal que contempla lo relativo a la responsabilidad patrimonial del Estado es el artículo 97 del Código Judicial, en especial los numerales 8, 9 y 10 de tal articulado¹²⁷.

En éste sentido el numeral 8¹²⁸, del artículo 97 del Código Judicial reafirma la potestad que tiene la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia para conocer de aquellos procesos en los que se solicite una determinada cuantía en calidad de indemnización producto de los daños o perjuicios ocasionados por actos generados ya sea en contra de los funcionarios públicos del Estado quienes deberán responder personalmente, o por actuaciones provenientes de las propias entidades públicas. También puede solicitarse la indemnización de sumas de dinero, cuando la Sala Tercera proceda a reformar o anular actos que hayan generado daños o perjuicios en contra de determinados administrados. En este último caso pareciera deducirse por lógica, la necesidad previa de un

¹²⁶ El instrumento procesal que se utiliza en éstos casos para tutelar los daños o las lesiones producto de una prestación defectuosa o deficiente de los servicios públicos es la *demanda contenciosa administrativa de indemnización o reparación*.

¹²⁷ Como hecho histórico debemos señalar que estas disposiciones no existían con anterioridad al año 2001. No fue sino con la Ley 23/2001, del 1 de junio (que modifica y adiciona artículos al Código Judicial y dicta disposiciones urgentes para agilizar y mejorar la eficacia de la justicia), cuando se procede a regular todo lo concerniente al reconocimiento de la responsabilidad extracontractual o patrimonial de la Administración del Estado, dentro de una normativa legal.

¹²⁸ Artículo 97, numeral 8 del Código Judicial de Panamá: “A la Sala Tercera le están atribuidos los procesos que se originen por actos, omisiones, prestaciones defectuosas o deficientes de los servidores públicos, resoluciones, órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten, expidan o en que incurran en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas los funcionarios públicos o autoridades nacionales, provinciales, municipales y de las entidades públicas autónomas o semiautónomas.

En consecuencia, la Sala Tercera conocerá en materia administrativa de lo siguiente:

(...) 8.- De las indemnizaciones de que deban responder personalmente los funcionarios del Estado y de las restantes entidades públicas, por razón de daños o perjuicios causados por actos que esta misma Sala reforme o anule;(...)”

fallo o sentencia proferida por la Sala Tercera, a efectos de poder iniciar las respectivas reclamaciones posteriores.

De igual manera, también otra de las disposiciones en las que directamente se reconoce la garantía de la responsabilidad extracontractual o administrativa del Estado panameño es el numeral 9¹²⁹, del artículo 97 del Código Judicial, en donde se reafirma la competencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia para conocer en materia de **responsabilidad del Estado**, de aquellos procesos indemnizatorios que se interpongan en contra de las entidades públicas a causa de los daños o perjuicios en los que hayan incurrido las Administraciones Estatales en el ejercicio de sus funciones, ya sea que se haya podido identificar al funcionario público, o en su defecto a la entidad que profirió el acto administrativo impugnado.

Finalmente en materia de competencia, también la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en virtud del numeral 10¹³⁰, del artículo 97 del Código Judicial; tiene la facultad de conocer de aquellas reclamaciones por indemnizaciones en donde resulte el Estado y las restantes entidades públicas responsables directas por el **deficiente o mal funcionamiento de los servicios públicos** que ellos tengan bajo sus atribuciones; como cláusula de cierre en materia de responsabilidad patrimonial, administrativa y extracontractual del Estado panameño.

¹²⁹ Artículo 97, numeral 9 del Código Judicial de Panamá: “A la Sala Tercera le están atribuidos los procesos que se originen por actos, omisiones, prestaciones defectuosas o deficientes de los servidores públicos, resoluciones, órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten, expidan o en que incurran en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas los funcionarios públicos o autoridades nacionales, provinciales, municipales y de las entidades públicas autónomas o semiautónomas.

En consecuencia, la Sala Tercera conocerá en materia administrativa de lo siguiente:

(...) 9.- De las indemnizaciones por razón de la responsabilidad del Estado, y de las restantes entidades públicas, en virtud de daños o perjuicios que originen las infracciones en que incurra en el ejercicio de sus funciones o con pretexto de ejercerlas cualquier funcionario o entidad que haya proferido el acto administrativo impugnado; (...).”

¹³⁰ Artículo 97, numeral 10 del Código Judicial de Panamá: “A la Sala Tercera le están atribuidos los procesos que se originen por actos, omisiones, prestaciones defectuosas o deficientes de los servidores públicos, resoluciones, órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten, expidan o en que incurran en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas los funcionarios públicos o autoridades nacionales, provinciales, municipales y de las entidades públicas autónomas o semiautónomas.

En consecuencia, la Sala Tercera conocerá en materia administrativa de lo siguiente:

(...) 10.- De las indemnizaciones de que sean responsables directos el Estado y las restantes entidades públicas, por el mal funcionamiento de los servicios públicos a ellos adscritos; (...).”

6.1.3.- Disposiciones legales a nivel del derecho privado, que garantizan y regulan la responsabilidad patrimonial o extracontractual de la Administración Pública

En virtud de la interpretación extensiva que ha hecho la jurisprudencia panameña en materia de Responsabilidad extracontractual o patrimonial del Estado, producto de los daños o lesiones que haya generado la Administración Pública en contra de administrados, se ha reconocido también la aplicación en materia de indemnización, de las disposiciones legales contenidas dentro del Código Civil cuando se presenta este tipo de proceso, de forma análoga y subsidiaria¹³¹.

Los fallos o sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia han reconocido la posibilidad de invocar los artículos 1644 y 1645 del Código Civil en materia de reclamación por indemnización a causa de daños o lesiones que hayan sufrido las personas, producto de actuaciones indebidas a las que no estaban obligados dichos administrados a soportar, ya sea que las mismas provengan de los propios servidores públicos, o en su defecto de las Entidades Públicas.

En éste orden de ideas, el artículo 1644¹³² del Código Civil establece la *necesidad de reparar los daños que se hayan ocasionado producto de una acción o una omisión en la que medie ya sea culpa o negligencia por parte de quien comete el daño*; e inclusive introduce el concepto de la responsabilidad solidaria en el supuesto que el daño o la lesión sea producida por dos (2) o más personas.

En tanto que también el artículo 1645¹³³ del Código Civil establece que *la obligación de responsabilidad por daños por actos u omisiones*

¹³¹ Es importante destacar que en el supuesto en el cual no existan normas sustantivas y procedimentales específicas de derecho administrativo para tutelar el derecho de reclamo indemnizatorio a causa de daños o lesiones producidas ya sea por servidores públicos o por entidades de derecho público; se deberá acudir a otras fuentes supletorias en donde se encuentre mejor detallada la forma o manera a través de la cual se podrán efectuar las respectivas reclamaciones.

¹³² Artículo 1644 del Código Civil: *“El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.*

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

¹³³ Artículo 1645 del Código Civil: *“La obligación que impone el Artículo 1644 es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder.*

El padre y la madre son responsables solidariamente de los perjuicios causados por los hijos menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía.

recaerá sobre quienes los haya ocasionado y estarán en la obligación de subsanarlos. De igual manera, dicha disposición establece la necesidad obligacional de que el Estado ya sea a través de sus instituciones del gobierno local o municipal, se haga responsable de la reparación de una lesión, en el supuesto que los daños sean causados por uno de sus funcionarios o servidores públicos a quien se le ha destinado la ejecución de una determinada actuación.

Finalmente el artículo 1706¹³⁴ del Código Civil panameño dispone en materia de reparación de daños, la fecha límite con la cual se cuenta por parte de los afectados, para poder ejercer el derecho de reclamo de la indemnización a causa de las obligaciones generadas por culpa o negligencia. En éste sentido, *el ejercicio del reclamo de dicha acción prescribe luego de transcurrido un año después que se haya ocasionado el daño o la lesión ante la institución pública que ha generado la afectación.* El Tribunal de lo Contencioso-Administrativo ha interpretado en éste sentido que cualquier administrado que se haya visto lesionado o afectado por la Administración Pública, tiene un (1) año a partir del momento en que se generaron los hechos, para reclamar la respectiva indemnización.

De igual manera, en ésta misma disposición se establece que si se inicia una reclamación por daños sufridos a través de la jurisdicción administrativa o penal, la prescripción de la acción en la vía civil u ordinaria se contará a partir del momento en que se ejecutoria la sentencia penal o la resolución administrativa, dependiendo del caso.

Los son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieron empleados, o con ocasión de sus funciones.

El Estado, las instituciones descentralizadas del Estado y el Municipio son responsables cuando el daño es causado por conducto del funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada, dentro del ejercicio de sus funciones.

Son, por último, responsables los maestros o directores de artes y oficios respecto a los perjuicios causados por sus alumnos o aprendices, mientras permanezcan bajo custodia.

La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas de derecho privado en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.”

¹³⁴ Artículo 1706 del Código Civil: *“La acción civil para reclamar indemnización por calumnia o injuria o para exigir responsabilidad civil por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que trata el Artículo 1644 del Código Civil, prescribe en el término de un (1) año, contado a partir de que lo supo el agraviado.*

Si se iniciare oportunamente acción penal o administrativa por los hechos previstos en el inciso anterior, la prescripción de la acción civil se contará a partir de la ejecutoria de la sentencia penal o de la resolución administrativa, según fuere el caso.

Para el reconocimiento de la pretensión civil, en ningún caso es indispensable la intervención de la jurisdicción penal.”

6.2.- Análisis de las principales jurisprudencias de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en materia de responsabilidad patrimonial del Estado panameño

Dentro de la presente sección procederemos a clasificar y analizar por tema los distintos casos en los cuales se ha procedido a presentar demandas contenciosas-administrativas por indemnización en contra del Estado, ya sea en su gran mayoría en contra de las instituciones públicas o contra sus servidores públicos.

Previo al estudio de los casos más relevantes en materia de responsabilidad patrimonial desde el año 2000 hasta el 2007; procederemos en primera instancia a analizar aquellos aspectos procesales que deben de cumplirse previamente para la admisión de las demandas de ésta categoría.

6.2.1.- Deficiencias comunes al momento de la formulación y presentación de las demandas Contencioso-Administrativas de Indemnización

Una de las principales deficiencias en las que se incurre al momento de presentar las primeras demandas contenciosas-administrativas por parte de los letrados, ha sido precisamente la *falta de señalamiento puntual del órgano o la entidad pública que era responsable por los daños y perjuicios*; ya que los abogados no identificaban correctamente sobre quien recaía la obligación de reclamo a ser objeto de indemnización.

En éste sentido la sentencia del 4 de marzo de dos mil dos (2002)¹³⁵, proferida por el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo

¹³⁵ Sentencia del 4 de marzo de 2002 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia: “*En el negocio sub-júdice, el activador judicial presentó una demanda de Indemnización Directa contra el Estado (República de Panamá), sin identificar claramente el hecho generador de la responsabilidad indemnizable, ni cuál era el Órgano o entidad pública, responsable por los supuestos daños y perjuicios causados a los señores XXXXXX; esta deficiencia, ocasionó la inadmisión de la demanda, en los términos recogidos en el auto de 3 de abril de 2001.*”

Es importante subrayar, que el petitum tampoco señalaba que la responsabilidad indemnizatoria nacía de la prestación deficiente del servicio público de administración de justicia, elemento que fue introducido de manera expresa por el demandante, en el escrito de apelación.”

(...) “La exigencia de señalar claramente a la parte demandada en estos procesos, ha sido reiteradamente sostenida por el Tribunal, como se desprende de las resoluciones de 28 de junio de 1994; 17 de abril de 1996; 17 de mayo de 1996 y 21 de marzo de 1997. Veamos lo que se dejó establecido en estos pronunciamientos:

estableció que se presentó una demanda directa en contra del Estado (República de Panamá), *sin identificar en la misma cuál era la entidad pública o el Órgano sobre el cual recaía la supuesta responsabilidad de indemnizar por los daños y perjuicios causados*, lo que provocó la inadmisión de la demanda, producto de la falta de determinación concreta del Ente que supuestamente generó la lesión.

Otra de las deficiencias que se puede presentarse al momento de la elaboración de las demandas Contenciosas-Administrativas en materia de indemnización es *la falta previa de reclamos por parte del afectado ante las instancias administrativas correspondientes, antes de proceder a efectuar una reclamación ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo*, lo que equivale a agotar la vía gubernativa previamente (Sentencia del 6 de octubre de 2006¹³⁶).

Tal como habíamos indicado con anterioridad al momento de analizar la normativa panameña en materia del *término para reclamar las compensaciones o resarcimientos por lesiones o daños sufridos, el plazo para exigir la correspondiente indemnización por responsabilidad extracontractual es de un (1) año*, contados a partir del momento en que se produjeron los hechos. En éste sentido, la jurisprudencia de fecha 7 de octubre de 2004¹³⁷ de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado ésta exigencia.

“En primer lugar, quien suscribe observa que en el renglón concerniente a “la designación de las partes y sus representantes”, el apoderado judicial de la parte actora ha indicado erróneamente que la parte demandada es el “Estado como persona jurídica” (foja 57). Esta designación no es correcta ya que de conformidad con las constancias procesales aportadas, los daños y perjuicios alegados, le fueron ocasionados por la Gobernación de Panamá. Por consiguiente, es este último ente quien debió figurar como parte demandada en la presente acción.

...

En reiterada jurisprudencia esta Superioridad ha expresado que la correcta designación de las partes y sus representantes en las demandas contencioso administrativas, no sólo es necesaria para cumplir con el requisito establecido en el ordinal 1 del artículo 28 de la Ley N° 33 de 1946, sino también porque, en el caso de la parte demandada, el informe de conducta al que se refiere el artículo 33 de la misma Ley, sólo puede requerirlo el Magistrado Sustanciador al funcionario o entidad demandada ... no así al Presidente de la República como representante del Estado Panameño.” (Auto de 21 de marzo de 1997).”

¹³⁶ La sentencia del 6 de octubre de 2006 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia señaló al respecto lo siguiente: *“De manera final, y sin perjuicio de lo expresado, el suscrito también advierte que no existe constancia alguna de que la parte actora hubiese reclamado ante las instancias administrativas, el pago de lo supuestamente adeudado por el Estado, antes de proceder a exigir el pago de suma indemnizatoria alguna en la Sala Tercera de la Corte.”*

¹³⁷ El fallo del 7 de octubre de 2004 del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo estableció en materia de prescripción de la acción de reclamo por la vía de indemnización en contra del Estado, a causa de una lesión o daño derivado de la responsabilidad extracontractual del Estado que: *“(…) “Quien suscribe considera que debe declararse inadmisibile la demanda, fundamentándose en el hecho que ha prescrito el término para interponer la presente demanda de indemnización. En*

Como podemos apreciar éstas son unas de las deficiencias más comunes que se presentan y reiteran al momento de la presentación de las demandas Contenciosas-Administrativas en materia de indemnización al exigirse responsabilidad extracontractual al Estado.

6.2.2.- La conceptualización de la responsabilidad directa y objetiva en la jurisprudencia panameña

La sentencia del **17 de enero de 2007** de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ha llegado a señalar respecto de la *responsabilidad directa*, que en la misma no se requiere determinar si la lesión o el perjuicio lo produjo ya sea la Administración del Estado o el funcionario público; lo único que interesa es el resultado final¹³⁸.

reiteradas ocasiones la Sala ha señalado que en las acciones de indemnización relacionadas con la responsabilidad extracontractual del Estado, la prescripción de la acción es de un año (v.g. Autos de 27 de febrero de 2004 y 21 de noviembre de 1997). Consideramos adecuado transcribir lo que establece el Código Civil al respecto:

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

1645.-La obligación que impone el artículo 1644 es exigible no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder...

El Estado, las instituciones descentralizadas del Estado y el Municipio son responsables cuando el daño es causado por conducto del funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada, dentro del ejercicio de sus funciones.

1706.-La acción civil para reclamar indemnización por calumnia o injuria o para exigir responsabilidad civil por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que trata el Artículo 1644 del Código Civil, prescribe en el término de un (1) año, contado a partir de que lo supo el agraviado.

Si se iniciare oportunamente acción penal o administrativa por los hechos previstos en el inciso anterior, la prescripción de la acción se contará a partir de la ejecutoria de la sentencia penal o de la resolución administrativa, según fuere el caso.

Para el reconocimiento de la pretensión civil, en ningún caso es indispensable la intervención de la jurisdicción penal.

En el presente caso, podemos advertir que al momento de presentación de la demanda, es decir, el día 13 de agosto de 2004, había prescrito notoriamente el término de un año establecido por Ley, dado que fue mediante Sentencia de 9 de diciembre de 1999 que el Segundo Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial confirmó la Sentencia Condenatoria No. 38 de 25 de junio de 1999, proferida por el Juzgado Octavo de lo Penal del Primer Circuito Judicial de Panamá. Cabe resaltar que la Sentencia de 9 de diciembre de 1999 fue notificada a las partes interesadas mediante Edicto No. 905 que fue desfijado el día 27 de diciembre de 1999 (ver f. 26)."

¹³⁸ La aludida sentencia ha indicado sobre la responsabilidad directa lo siguiente: "(...) La jurisprudencia nacional le ha dado acogida a la concepción de responsabilidad directa y objetiva del Estado, así como también ha mantenido lo concerniente a la subsidiaridad de responsabilidad. La responsabilidad directa se refleja sin la necesidad de determinar si el daño fue culpa del agente o de la administración sólo basta con que haya un resultado lesivo para que sea indemnizable, es decir que no importa que el sujeto sea o no culpable o responsable."

También dentro del fallo del **17 de enero de 2007** se aborda el concepto relativo a la *responsabilidad objetiva*, y siguiendo el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo la línea del maestro ROBERTO DROMI se indica que en éste tipo de responsabilidad no es necesario que se produzca un comportamiento ilícito, culposo o doloso, para poder reclamar la restitución producto de la afectación generada por daños o lesiones¹³⁹.

6.2.3.- Sentencias relativas al mal funcionamiento o prestación deficiente de los servicios públicos

La primera de las sentencias que analizaremos dentro de este apartado, es una jurisprudencia que incluye una cita doctrinaria en la que se establecen los elementos que deberían de cumplirse para demandar la responsabilidad por el funcionamiento de los servicios públicos. En este sentido, el fallo del **21 de septiembre de 2006** cita un comentario de MARGARITA BELADIEZ ROJO sobre el particular que establece que: *“Respecto al tema de la responsabilidad por el funcionamiento de los servicios públicos, señala Beladiez Rojo, “el hecho de que la responsabilidad tenga carácter objetivo no significa que tengan que ser indemnizados todos los daños que cause un servicio público. ..., para que surja este tipo de responsabilidad no basta con que exista una relación de causalidad, sino que, además, es preciso un requisito adicional; que el daño sea la materialización de un riesgo jurídicamente relevante creado por el servicio público, o, lo que es lo mismo, que ese daño pueda ser objetivamente imputable al sujeto que lo ha causado. (BELADIEZ ROJO, Margarita, Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos, Editorial Tecnos, 1997, Pág. 50).”*

De la transcripción del fallo previamente expuesto, podemos deducir que además de la existencia definida de una relación de causalidad (entre el daño producido por la Administración del Estado y la afectación a la persona), se hace necesario también que el daño sea imputable directamente a quien lo ha ocasionado a efectos de poder exigir la responsabilidad por el mal funcionamiento de los servicios públicos.

La sentencia del **30 de abril de 2003**, se constituye en un fallo a partir del cual el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo reconoce o establece también otras de las razones por las cuales en función del

¹³⁹ Sobre el fallo del 17 de enero de 2007 la Sala Tercera de la C.S.J. ha dispuesto en relación a la responsabilidad objetiva que: *“La responsabilidad es objetiva, dice Dromi ya que se “prescinde de que los daños deriven de un comportamiento ilícito, culposo o doloso, al admitir esa responsabilidad en el supuesto de los daños derivados de una tanto de una conducta ilícita como lícita”. (Dromi, Roberto. Derecho Administrativo, 11ª ed., Ciudad Argentina Editora de Ciencia y Cultura. Argentina, pág. 1099).”*

artículo 97, numeral 10 del Código Judicial, se puede producir el mal funcionamiento de los servicios públicos figurando así como tales las siguientes fuentes: *por los hechos administrativos, por las vías de hecho, las operaciones administrativas y los actos administrativos lesivos a los derechos o intereses legítimos de los particulares*¹⁴⁰.

En otro orden de ideas, en la sentencia del **7 de julio de 2006**, el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Panamá, siguiendo la jurisprudencia colombiana en materia de responsabilidad extracontractual ha puntualizado que es necesario la concurrencia de tres (3) elementos para poder demandar la indemnización patrimonial en contra del Estado, siendo estos los siguientes:

- 1.- La falta del servicio público por irregularidad, ineficiencia o ausencia del mismo.
- 2.- El daño o perjuicio.
- 3.- La relación de causalidad directa entre la falla del servicio público y el daño producido¹⁴¹.

¹⁴⁰ La sentencia del 30 de abril de 2003 ha indicado a propósito del mal funcionamiento de los servicios públicos que: *“(…) Dentro del asunto en cuestión gravita un elemento de trascendencia que en la doctrina administrativista se conoce como fallas en el servicio público, que como hemos visto está contemplada en el numeral 2, Art. 203 de la Carta Magna, que atribuye competencia a la Sala para conocer de estos asuntos, y a nivel legal ha merecido el correspondiente desarrollo a través del artículo 97, numeral 10, del Código Judicial, al abordar la figura como “mal funcionamiento de los servicios públicos” adscritos a la dependencia oficial respectiva. Esta norma toma como premisa que las actividades o manifestaciones de la Administración pueden producirse a través de hechos administrativos, vías de hecho, operaciones administrativas y actos administrativos lesivos a los derechos o intereses legítimos de los particulares. Asimismo es posible que la Administración ejerciendo sus funciones o pretextando ejercerlas cometa vías de hecho, las que, en sentido estricto, según algunos administrativistas, “...no son una modalidad de actividad administrativa, comparables con los actos, hechos y operaciones administrativas, sino más bien un vicio de esa actividad como la desviación de poder o el abuso de poder” (Cfr. RODRÍGUEZ, Gustavo Humberto. Derecho Administrativo General, 2da. Edic., Ediciones Ciencias y Derecho, Santafé de Bogotá, 1995, p. 371. Citado por Sentencia de 6 de febrero de 2003. Caso: Recurso de casación civil interpuesto por la Fiscal Superior de Distrito, Maritza Royo, contra la sentencia de 13 de julio de 2001, dictada por el Primer Tribunal Superior de Justicia dentro de la controversia civil promovida por XXXXX y Otros contra el Estado. Magdo Ponente: Alberto Cigarruista). Lo que significa que las actuaciones materiales configuradas en vías de hecho carecen de legitimidad, porque en ellas existe voluntariedad y arbitrariedad, ya sea por ausencia de móviles de servicio público o por inobservancia de los procedimientos legales.”*

¹⁴¹ En relación a éste último requerimiento, consideramos propicio hacer un llamado de atención respecto del juicio contemplado en la sentencia del 7 de julio de 2006, en el que el Ministerio de Trabajo y Desarrollo laboral procedió al secuestro de una nave marítima porque había un grupo de trabajadores de una empresa que se encontraba en huelga, con la finalidad de reclamar los supuestos derechos laborales que se les adeudaban. La problemática se originó luego que de las investigaciones se determinara que la nave secuestrada supuestamente para garantizar el pago de los trabajadores en huelga, no pertenecía a la empresa sobre la cual los huelguistas estaban exigiendo sus reclamaciones; por lo cual se cumplía el elemento de relación de **causalidad directa** al producirse una mala prestación de los servicios públicos por parte del Ministerio de Trabajo. Máxime que

De igual manera, en la sentencia del **11 de julio de 2007** proferida por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia se puede observar otro proceso o juicio, en el que existe un nexo causal entre el daño producido por una entidad pública (Registro Público) y la afectación que sufrió una administrada por no haber obrado correctamente la Administración Pública. A raíz de esta circunstancia, se solicita que el Estado responda extracontractualmente por la lesión generada; ya que en el presente caso *no debía inscribirse una escritura pública en la que la persona que supuestamente ejercía la Representación Legal de la Sociedad en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria y anticrética, no era en realidad el representante legal de la sociedad al momento de la suscripción del acuerdo comercial*¹⁴². Se considera como un daño

también la retención de la nave produjo la pérdida de un contrato que debía cumplir la nave secuestrada o paralizada.

En este sentido, el fallo previamente indicado dispuso que: *“En este caso es evidente la relación de causalidad directa entre la falla del servicio administrativo y el daño, que se configura con la expedición de una orden para la retención y custodia de la nave XXXX, que no es propiedad de la empleadora de los huelguistas, a raíz de la cual, ciertamente por las razones antes indicadas, XXXX INC., perdió el contrato como consecuencia de la paralización de la nave y del tiempo que permaneció inactiva mientras recibía las reparaciones.*

Debe, pues, el Estado reparar el daño causado a XXXXX INC., en atención a lo que figura previsto en el artículo 1644 y 1645 del Código Civil, que le imputa responsabilidad al Estado cuando el daño es causado por conducto del funcionario a quien propiamente corresponde la gestión practicada dentro del ejercicio de sus funciones.

(...) La orden impartida por el Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral, el 6 de abril de 2000, en efecto motivó que XXXXX Inc., se viera imposibilitada de cumplir el compromiso de transportar el material a que se había comprometido, con la consiguiente pérdida de B/3,000.00 diarios, que se prolongó hasta el 18 de julio de ese año, cuando la Directora Regional de Trabajo de Colón levantó la retención (f.120).”

(...) “Lo anterior generó, que XXXXX (anteriormente XXXX), mediante Nota N°010-FAMM de 7 de febrero de 2001 que reposa a foja 52 debidamente traducida y autenticada, decretara la ruptura del contrato con fundamento en los numerales 2 y 5 de la Cláusula Sexta del contrato. Dicha medida evidentemente significó una pérdida de B/3,528,000.00 que es el resultado de la operación matemática de multiplicar B/3,000.00 por los días transcurridos entre la fecha de la nota del Ministerio de Trabajo de 19 de abril de 2000, y el 30 de abril de 2004, cuando hubiese terminado el contrato.”

¹⁴² De las partes más relevantes de la sentencia del 11 de julio de 2007, podemos destacar las siguientes: *“La situación que sirve de fundamento de la demanda y que es considerada por la parte actora, como generador de los daños y perjuicios causados consiste en que el Registro Público procedió a dar ingreso en el asiento 2351 del tomo 247 del Diario, el 6 de junio de 1996, y a inscribir, el 13 de junio de 1996, la Escritura Pública N°5042 de 4 de junio de 1996 de la Notaría Undécima del Circuito de Panamá, por la cual la Sociedad denominada XXXXX, S.A. celebra Contrato de Préstamo con Garantía Hipotecaria y Anticrética a favor de la señora XXXXX, cuando había impedimento para ello, situación que no fue advertida.*

La razón del impedimento era que quien ejercía la Representación Legal de la sociedad XXXX, S.A., en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria y anticrética, no era el representante legal de la sociedad al momento de la suscripción de dicho acuerdo comercial, en virtud de una revocatoria de poder.”

generado por parte de la Administración Pública, el hecho que el *Registrador del Registro Público no debió proceder a inscribir una hipoteca por quien ya no representaba a la sociedad propietaria del inmueble*. En éste mismo orden de ideas, la afectación se produce a partir del instante en que la institución del Registro deja de proyectar una confianza y certeza necesaria, para que se celebren con regularidad los actos que debe llevar a cabo dicha entidad.

Otro de los casos en los que se puede observar la deficiente prestación o el mal funcionamiento de los servicios públicos, es en la sentencia del **2 de agosto de 2007**, emitida por el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, donde se procede a condenar a la Policía Nacional como Ente público del engranaje de la Administración del Estado a causa de *una responsabilidad directa y objetiva del estado al ocasionar un daño y perjuicio a un menor de edad por parte de un agente de la policía al sacar este último su arma de fuego e impactar en el talón del pie derecho de un adolescente que supuestamente se intentó dar a la fuga aparentemente por no portar la cédula de identidad personal*¹⁴³.

(...) “Artículo 1795. El registrador general tiene la facultad de calificar la legalidad de los títulos que se le presenten para su inscripción, y, en consecuencia, puede negar ésta si las faltas de que adolezcan los títulos los invalidan absolutamente, o simplemente suspenderla si estos fueren subsanables”

La parte demandada alega que el Registro Público al permitir el ingreso al Diario y posterior inscripción de la Escritura N° 9042 contentiva del préstamo que nos ocupa, no ejerció correctamente la facultad descrita en este precepto pues, por error practicó la inscripción de las hipotecas que luego fueron anuladas por orden judicial.”

(...) “Ese proceder negligente del Registro Público guarda un nexo causal con el daño que se produjo, porque si no se hubiese inscrito la Escritura correspondiente al préstamo, seguramente no se habría consumado la operación de préstamo garantizada con la hipoteca de varias fincas de propiedad de la empresa XXXXXX, S.A.”

(...) “Por una parte, el Registro Público inscribió por error dichas hipotecas sobre las fincas de XXXXXX, S.A., y fue negligente porque no podía hacerlo ya que en sus libros constaba que a esa fecha (13 de julio de 1996) el señor XXXXX no tenía la autorización para actuar a nombre de esa sociedad, pues ya le había sido revocada para efectos registrales, desde el día 9 de marzo de 1996 fecha en que ingresó al Diario la citada revocatoria.”

(...) “(...) “Ahora bien, esta circunstancia, no excluye la clara negligencia en que incurrió el Registro Público al inscribir una Hipoteca constituida por quien ya no representaba a la sociedad propietaria del inmueble.

Los deberes y responsabilidades que la Ley atribuye al Registrador, en esta materia, tienen una dimensión especialísima, pues, de la calidad de este servicio público, depende que la institución del Registro proyecte la confianza y la certeza necesaria, para que se celebren con regularidad los actos que deben constar en dicha institución.”

¹⁴³ Los elementos relevantes de la sentencia del 2 de agosto de 2007 son los siguientes: “(...) “Reiteramos por lo anterior, que contrario a lo señalado por la Procuraduría de la Administración, y por el ente demandado, en el caso que nos ocupa no era necesario acreditar que existía una declaratoria de responsabilidad penal contra algún servidor público, para que fuese viable la demanda de reparación directa por mal funcionamiento del servicio público de seguridad pública.

De igual forma, otro de los aspectos interesantes que se puede inferir de la referida sentencia, es que no se hace necesario acreditar la existencia de una declaratoria de responsabilidad penal contra un servidor público (en este caso el miembro de la Policía Nacional), para que fuese viable la demanda de reparación directa por mal funcionamiento del servicio público de seguridad pública.

La sentencia que lleva por fecha **23 de Enero de 2003** es un fallo histórico en el que se exige una indemnización por responsabilidad extracontractual en el que se procede a *condenar por liquidación de condena en abstracto al Estado panameño por un monto o una cuantía sumamente elevada producto de daños y perjuicios materiales o patrimoniales que generó el Gobernador de la Provincia de Panamá al emitir una orden que impedía la circulación de un Diario o periódico de la localidad y ordenaba a las fenecidas Fuerzas de Defensa que procedieran a cerrar el local donde se imprimía el respectivo rotativo.*

Aún así, en el expediente consta que dicha declaratoria penal se ha realizado, evidenciando que en la esfera penal también se ha determinado que las lesiones causadas al menor de edad XXXXXX, definitivamente fueron propinadas por un miembro de la Policía Nacional, y de acuerdo a lo previsto en el Artículo 119 del Código Penal, todo delito, ya sea culposo o doloso, genera responsabilidad civil.

En ese orden de ideas, la Sala estima que la responsabilidad de la Policía Nacional en este caso es palmaria, y se encuentra debidamente acreditada en autos, toda vez que consta que el menor XXXXX recibió una herida de proyectil en el talón de su pie derecho, que le ocasionó una incapacidad de seis meses definitivos, y que tal lesión le fue ocasionada por la acción de la Policía Nacional, en un despliegue de fuerza innecesario, dadas las circunstancias en que ocurrieron los hechos.”

(...) “Siendo que el principio fundamental del derecho a la indemnización es el resarcimiento económico, pago o compensación por un daño o perjuicio causado, esta Corporación Judicial, una vez ponderado el material probatorio a la luz de la sana crítica, arriba a la conclusión de que en este caso las pruebas aportadas para acreditar el daño alegado, no son concluyentes para arribar a la cuantía reclamada por el postulante en concepto de daño moral; secuelas y sufrimiento directo del ofendido y su incapacidad laboral; y por la lesión y el impedimento físico para realizar actividades laborales y deportivas.”

(...) “Sin embargo, para adentrarnos en la tarea de cuantificar esos daños, conviene expresar de antemano, que no hay parámetros o puntos de referencia que se pueden estimar para cuantificar el dolor causado por la situación que ha padecido el menor. Sin embargo, el Artículo 1644-A del Código Civil, expone valores que deben tomarse en cuenta al momento de establecer una cantidad y en ese sentido señala que se deben apreciar “los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso”.

Dentro de tales lineamientos, y habida cuenta que no existen elementos que nos permitan comprobar que el menor tendrá una afectación permanente laboral o deportiva; que por espacio superior a un año mantuvo alojado en su pie el proyectil, con el respectivo padecimiento; que la estimación del médico tratante es que “considera que va a quedar con un dolor crónico”; y que la incapacidad física fue extendida por un período de seis meses definitivos, parece razonable que el daño total físico y moral causado, se cuantifique en la suma total de Veinticinco Mil Balboas (B/.25,000.00).”

Otro de los casos en los cuales se procedió a condenar al Estado panameño producto de los daños y perjuicios causados por la prestación deficiente de los servicios públicos ha sido el contemplado en la sentencia del **18 de diciembre de 2002**, de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en donde se procede a condenar a la Autoridad Marítima de Panamá y al Estado Panameño debido a que *era responsabilidad de la Autoridad Marítima de Panamá la administración y mantenimiento del Puerto de Vacamonte y ante la falta de suministro de agua en el mismo, así como de otros equipos de seguridad portuarios, y debido a un trabajo menor de soldadura que generó un incendio sobre una nave, el cual no se pudo controlar, trajo como consecuencia que ardiera la embarcación en su totalidad por más de 30 horas, ocasionando que el material se cristalizara y las planchas del casco se fatigaran por exceso de calor¹⁴⁴*, lo que ocasionó que se demandara por responsabilidad al Estado.

¹⁴⁴ Entre los aspectos más interesantes del fallo del 18 de diciembre de 2002, en relación a la responsabilidad extracontractual de la Administración figuran los que a continuación transcribiremos:

(...) *“En este sentido, la Sala advierte que de los elementos probatorios analizados puede extraerse claramente que la falta de suministro de agua en el Puerto de Vacamonte, y de otros equipos de seguridad portuarios, ocasionó que la Motonave XXXXX se consumiera en llamas y que la labor que hiciera el Cuerpo de Bomberos Portuarios con el propósito de apagar el incendio originado por un trabajo menor de soldadura, fuera en vano.*

Así las cosas, este Tribunal estima importante destacar: ¿quién tenía la obligación de mantener el equipo de seguridad adecuado en el Puerto de Vacamonte para poder sofocar un incendio? La Sala responde a esta interrogante, afirmando que legalmente es obligación de la Autoridad Marítima de Panamá la administración y mantenimiento de este puerto y sus accesos, así como también la prestación de una serie de servicios generales tendentes a brindarle seguridad a las naves.

Tal como observamos en las disposiciones legales citadas, el servicio de seguridad comprende que los puertos cuenten con una Unidad de Seguridad e Higiene Portuaria que debe estar capacitada y equipada con equipos contra incendios en buen estado y dotado de las herramientas necesarias para apagar una nave en llamas y sin lugar a dudas también con un adecuado suministro de agua para sofocar cualquier fuego que tenga lugar en un Puerto (Ver artículo 6 del Acuerdo C.E. N° 3-88 de 9 de agosto de 1988). No obstante, en el caso in examine hemos visto que el Puerto de Vacamonte, el cual tiene en su infraestructura un estación de bomberos portuaria no cuenta con bomba para sacar agua de mar, motosierra, un carro de bomberos en óptimas condiciones mecánicas ni con un equipo contra incendio en buen estado aún cuando es del conocimiento de las autoridades que administran dicho puerto, que el suministro de agua en el área de Arraiján es deficiente hasta para abastecer los hidrantes y depósitos de agua de ese recinto portuario.”

(...) *“Ante lo expuesto, el Tribunal Contencioso concluye que las pruebas aportadas al expediente demuestran que el incendio que se originó en la Motonave XXXXXXX y que ocasionó su ruina el día 25 de junio de 1999, no se pudo sofocar debido a la falta de agua y de otros equipos de seguridad portuarios en el Puerto de Vacamonte, constituyendo esto una falla en los servicios públicos que presta la instalación portuaria, administrada por la Autoridad Marítima de Panamá. Sobre el particular, cabe destacar que la “falla en el servicio público se presenta no sólo cuando el servicio no se presta, sino cuando se presta deficientemente e inclusive cuando se presta eficientemente pero en un momento inoportuno en el tiempo o en el espacio a cuando se necesitó. El servicio público origina responsabilidad del Estado, cuando no funciona, cuando funciona mal o cuando funciona inoportuna, insuficiente o inadecuadamente” (MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. La Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia. 8ª Edición. Biblioteca Jurídica Dike. 1995. Pág. 454).*

En el proceso judicial que lleva por fecha **31 de mayo de 2004** (de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia), se procede a analizar también otro caso en el que se demanda al Estado producto de la *responsabilidad extracontractual objetiva en la que incurrió una Administración Pública al no haber actuado correctamente y haber prestado un servicio deficiente en su desempeño.*

Dentro del presente caso, el motivo por el cual se demanda al Estado es porque el propietario de una Motonave había efectuado un contrato de préstamo mercantil con otra persona, con el objeto de que se le prestara dinero para satisfacer necesidades y aprovisionamiento de bienes para la nave. Pero al no cancelarse la deuda, se procedió a solicitarse el secuestro de la Motonave (ante el Tribunal Marítimo) a efectos de garantizar los fines del proceso que se había instaurado en contra del deudor. *El problema de responsabilidad patrimonial surge cuando la embarcación secuestrada se deja a órdenes del Administrador del Puerto de Bocas del Toro en calidad de depositario administrador de la Motonave; y ésta sin explicación alguna desaparece del Puerto de Bocas del Toro, generándose así un daño en perjuicio del propietario de la nave.*

Así las cosas, se procede a demandar al Estado Panameño por los daños y perjuicios ocasionados por el Administrador del Puerto de Bocas del Toro por no haber ejercido la conservación de la nave como buen padre de familia, durante el término en que estaba ejerciendo como depositario administrado. Es pertinente indicar que el recinto portuario forma parte del patrimonio de la Autoridad Portuaria Nacional, hoy Autoridad Marítima de Panamá.

Finalmente, en el referido caso, se terminó condenando al Estado Panameño por la deficiente prestación de los servicios públicos al suscitarse la pérdida de la Motonave, además de comprobarse que el depositario administrador nunca llegó a indicar que el recinto portuario no

Ahora bien, al haberse consumido en llamas la Motonave XXXXX como consecuencia de la falta de agua en los hidrantes y en los depósitos de agua, así como también de otros equipos de seguridad portuarios (bomba succionadora para sacar agua de mar, motosierra para hacer ventilación en la cubierta) mientras se realizaban trabajos de soldadura menor en dicho bien mueble, la Sala advierte que se ha demostrado debidamente en autos el nexo de causalidad que existe entre el acto o hecho de la Autoridad Marítima de Panamá (deficiencia en lo que equipos de seguridad portuaria se refiere) y el daño sufrido por la Motonave XXXXXX (pérdida total de la nave)."

(...) "De esta deficiente prestación del servicio público, surge una responsabilidad objetiva por parte de los demandados que conlleva al pago de una indemnización por los daños que sufrió la demandante, la cual se procederá a reconocer previa las siguientes consideraciones.

En relación a los daños de que fue objeto la Motonave XXXXXX, la apoderada judicial de la demandante, aportó la declaración notarial del señor XXXXXXXXXX, quien sostuvo que el barco se destruyó en un noventa por ciento, toda vez que estuvo ardiendo por más de 30 horas, ocasionando que el material se cristalizara y las planchas del casco se fatigaran por el exceso de calor."

gozaba del personal suficiente, ni de los medios logísticos para custodiar el bien objeto de secuestro¹⁴⁵.

¹⁴⁵ Con la finalidad de exponer a grandes rasgos el fallo del 31 de mayo de 2004 en materia de Responsabilidad extracontractual objetiva del Estado, consideramos pertinente reproducir los extractos más significativos del mismo: “(...) Por tanto, al constar en autos que el señor XXXXX le prestó dinero a XXXXX con un fin determinado, -satisfacer necesidades y aprovisionamiento de la nave objeto de demanda-, y que el propietario de la Motonave Diana IV aceptó la deuda y, a su vez, la inversión del capital recibido en proyectos de pesca de la nave, el Juez Marítimo consideró que entre las partes en conflicto existía un contrato de préstamo mercantil (artículo 795 del Código de Comercio).”

(...) “Cumplidos los trámites procesales del proceso marítimo y dictada la sentencia condenatoria de fecha 7 de mayo de 1986 contra la MOTONAVE DIANA IV -secuestrada para garantizar los fines del proceso-, el señor XXXXX denunció al día siguiente ante el Tribunal Marítimo de Panamá, la desaparición física de su motonave (fs. 202-203).”

(...) “En este sentido, advertimos que no fue hasta el 14 de mayo de 1986, que el señor XXXXXX, pone en conocimiento del Director General de Operaciones de la Autoridad Portuaria Nacional que “aproximadamente hace diez (10) días desapareció de la Isla de Bocas del Toro la M/N DIANA IV si (sic) previa consulta con la Administración de este Puerto y sin consultar con las otras autoridades competentes. Hasta la fecha no se sabe cuál es el rumbo que cogió ni las razones que los obligó a abandonar este lugar...” (f. 206).

(...) “Una vez, precisado el término depositario judicial, es oportuno señalar que las funciones que llevan a cabo, en su calidad de auxiliar del Órgano Judicial, son de naturaleza pública (Ver artículo 218 del Código Judicial). No obstante, en el caso en estudio, el depositario de la Motonave Diana IV, no sólo ejercía funciones de naturaleza pública sino que era un servidor público que ocupaba el cargo de Administrador del Puerto de Bocas del Toro, recinto portuario que forma parte del patrimonio de la Autoridad Portuaria Nacional –hoy Autoridad Marítima de Panamá.”

(...) “Estas declaraciones del Administrador del Puerto de Bocas del Toro, son ratificadas por el Director General de la Autoridad Portuaria Nacional, quien mediante Resolución N° D.G. N° 174-94, aceptó que la Motonave Diana IV fue puesta a órdenes de la Autoridad Portuaria Nacional, en virtud de un secuestro decretado por el Tribunal Marítimo y que estando bajo la custodia del señor XXXXX, “la misma desapareció”.

(...) “Respondemos a esta interrogante, afirmando que en nuestros días el servidor público que en ejercicio de sus funciones ocasione un daño, compromete a la entidad pública en la cual trabaja. La responsabilidad del Estado puede concretarse en la medida que en el desarrollo de una función pública se produzca un hecho dañoso en perjuicio de un particular. Esta responsabilidad, surge con independencia de la comisión o comprobación de actos ilícitos que acarrearán por parte de los Tribunales de Justicia una sentencia condenatoria, toda vez que descansa en la importancia que tiene para el Estado reparar una lesión patrimonial ocasionada a una persona, como consecuencia de las actuaciones de los funcionarios que conforman el ente superior denominado Administración Pública.

A juicio de la Sala, nos encontramos frente a una responsabilidad extracontractual objetiva por parte del Estado que tiene como finalidad “restablecer el equilibrio económico roto cuando se lesiona un patrimonio particular por parte de la administración pública. Se ha pasado de la llamada antijuricidad subjetiva, que consiste en la necesidad de establecer la culpa o falta del funcionario de la administración para generar responsabilidad civil contra el Estado a la llamada antijuricidad objetiva, que tiene como fundamento el daño ocasionado a la víctima, que se convierte así en el elemento más importante de la responsabilidad administrativa”. (MARTÍNEZ RAVE, Gilberto. La Responsabilidad Civil Extracontractual. 10MA. Edición. Editorial Temis, S.A. Colombia 1998. Pág. 363).”

(...) “Ahora bien, a lo largo de los casi siete (7) meses que estuvo la Motonave Diana IV bajo la custodia del Administrador del Puerto de Bocas del Toro –30 de octubre de 1985 hasta los primeros días del mes de mayo de 1986-, el Administrador del Puerto de Bocas del Toro no manifestó en ningún momento al Tribunal Marítimo que dicho recinto portuario no gozaba del personal suficiente ni los medios logísticos para custodiar el bien objeto de secuestro, por lo que se hacía

6.2.4.- La falta de declaratoria de responsabilidad penal contra un funcionario, para que prospere la demanda de reparación directa en contra del Estado, por mal funcionamiento de los servicios públicos:

Del contenido de la sentencia del **6 de febrero de 2007**, proferida por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia se desprende una concepción interesante en materia de Responsabilidad extracontractual, la cual va estrechamente ligada en función del artículo 1706 del Código Civil, y en donde se dispone que *no es necesario para la admisión de una demanda de reparación directa contra el Estado por el mal funcionamiento del servicio público, que haya existido previamente una condena o declaratoria de responsabilidad penal contra algún funcionario en la jurisdicción penal*¹⁴⁶.

6.2.5.- La responsabilidad subsidiaria en la jurisprudencia panameña (artículo 97, numeral 9 del Código Judicial)

La jurisprudencia panameña específicamente en la sentencia del **17 de enero de 2007** ha interpretado que la *responsabilidad subsidiaria* es aquella en la que *el Estado debe de responder de manera secundaria, accesoria o subsidiaria frente a la ilegitimidad o legitimidad de una acción dañosa generada por sus funcionarios en el ejercicio de sus funciones públicas o sus entidades*.

Ahora bien, es necesario que *previamente a la interposición de la demanda por responsabilidad subsidiaria* contenida en el artículo 97, numeral 9 del Código Judicial; que necesariamente se *haya reconocido*

indispensable pagar por un servicio de vigilancia especial que el propio alguacil del Tribunal Marítimo le había sugerido, al decirle mediante Nota fechada 30 de octubre de 1985, lo siguiente: “Usted podrá asignar provisionalmente, una persona capacitada para que vele por la seguridad de la nave, los costos los pagará el Tribunal. Favor llamar tels: 52-6092; 52-6093; 52-2778 coordinar” (Cfr. F. 32).”

¹⁴⁶ De la sentencia del 6 de febrero de 2007, dictada por el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, podemos extractar como idea fundamental respecto de la falta de necesidad de la intervención de la jurisdicción penal para poder admitir una demanda de reparación directa contra el Estado lo siguiente: *“En esa línea y contrario a lo señalado por el A-quo, el resto de la Sala conceptúa que en el presente caso no es necesario acreditar la existencia de una declaratoria de responsabilidad penal contra algún funcionario para que sea admisible la demanda de reparación directa contra el Estado por el mal funcionamiento del servicio público de salud. Tal condicionamiento implica sujetar la acción indemnizatoria no sólo a la intervención previa de la jurisdicción penal, sino también a la existencia de una condena, pese a que en esta materia nuestro ordenamiento jurídico ha evolucionado, al punto de establecerse en el artículo 1706 del Código Civil que “Para el reconocimiento de la pretensión civil, en ningún caso es indispensable la intervención de la jurisdicción penal.”*

por parte de los tribunales de justicia la responsabilidad del agente o funcionario público¹⁴⁷.

De igual manera, en la sentencia del **10 de agosto de 2007** de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia respecto de la responsabilidad subsidiaria se procedió a reconfirmar el mismo criterio vertido en la jurisprudencia anteriormente analizada, en donde se exige para admitir una demanda en contra del Estado, que el servidor público haya sido condenado en las instancias administrativas y judiciales competentes a efectos de acreditar la responsabilidad por culpa del empleado público¹⁴⁸.

Ligada con esta temática de la responsabilidad subsidiaria del Estado, producto de la comisión de un delito cometido por un funcionario

¹⁴⁷ En relación a la responsabilidad subsidiaria, dentro de la jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo que lleva por fecha 17 de enero de 2007 se indicó que: “(...) *“Veamos si procede la acción de acuerdo al numeral 9 del artículo 97 del Código Judicial. Pues bien, como hemos dicho este numeral consagra la responsabilidad subsidiaria. Para que proceda tal acción es pertinente que previamente se haya reconocido la responsabilidad del agente para que así, se demande al Estado subsidiariamente por el daño producido por un servidor público suyo o una entidad. En ese sentido, dentro de los elementos aportados por la parte actora, no se encuentra evidencia de que haya una sentencia judicial que efectivamente declare responsable a la autoridad del Ministerio Público que se le atañe la falla, de haber actuado de forma ilícita, y que por tanto ello haya dado lugar al supuesto daño que alega la demanda. De manera pues, que bajo el supuesto de subsidiariedad no habría cabida a la demanda de reparación instaurada. Y, en caso de haber tal sentencia, entonces debe entenderse con base al artículo 1077 del Código Civil que es a partir de la fecha de ejecutoria de ella, que empezaría el término de extinción.”*

¹⁴⁸ Dentro de las secciones más destacables en materia de responsabilidad subsidiaria del Estado, contenidas dentro del fallo del 10 de agosto de 2007 podemos destacar las siguientes: “(...) *“Bajo este marco de referencia, los numerales 8, 9 y 10 son supuestos que en la actuación pública pueden devenir en responsabilidad administrativa, que en caso de sea de carácter delictivo habría que remitirse al supuesto previsto en el Código Penal, en este caso, el artículo 126 del Código Penal, que a la letra establece:*

“Artículo 126. El Estado, las instituciones públicas autónomas, semi-autónomas o descentralizadas así como los municipios, responderán subsidiariamente en el monto de los daños y perjuicios derivados de los hechos punibles cometidos por sus servidores con motivo del desempeño de sus cargos.”

De ahí que, si el acto o hecho de la Administración que causó el perjuicio es de carácter delictivo también se requiere para admitir la demanda que el servidor público haya sido condenado por las instancias administrativas y judiciales competentes.

En este punto, sin entrar en consideraciones de fondo, es necesario recordar con fines docentes que la responsabilidad extracontractual del Estado surge cuando concurren tres elementos, a saber: 1. La falla del servicio público por irregularidad, ineficacia o ausencia del mismo; 2. El daño o perjuicio; 3. La relación de causalidad directa entre la falla del servicio público y el daño. Así, si el hecho alegado es de carácter delictivo, en primer lugar se debe recurrir contra el sujeto activo, que en el caso de las demandas de indemnización contra el Estado, recae sobre el funcionario público, de ahí que exista una relación directa con éste.

Frente a todo lo expuesto, no puede soslayar este Tribunal de segunda instancia que las demandas de indemnización ante esta Sala responden a una prueba constituida si es una cuestión de carácter delictivo, pues no puede existir la responsabilidad sin culpa; por lo que, en efecto, el hecho que causa el perjuicio está sujeto a prueba.”

público con motivo del desempeño de su cargo, encontramos la sentencia del **27 de diciembre de 2005**, proferida por el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo en donde se solicita la declaratoria de responsabilidad de la Administración por la vía de la responsabilidad subsidiaria o solidaria, ya que *un servidor público que conducía un camión del DIMA (institución del Estado), interceptó el paso del vehículo en que viajaba una persona, la cual resultó lesionada producto del accidente automovilístico*. En éste caso en particular, se logró establecer la infracción cometida por el servidor público, ya que al mismo se le declaró responsable por el Delito contra la Vida e Integridad personal en la modalidad de lesiones personales en perjuicio de la persona afectada¹⁴⁹.

6.2.6.- Salvamento de voto en el que se fundamenta la posibilidad de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, de conocer de una demanda de indemnización en virtud de un proceso de expropiación extraordinario

¹⁴⁹ A efectos de ilustrar el tema de la responsabilidad subsidiaria o solidaria del Estado consideramos oportuno transcribir los siguientes extractos de la sentencia del 27 de diciembre de 2005:

(...) *“La controversia que se plantea en esta demanda de indemnización gira en torno al tema de la responsabilidad que genera para el Estado los daños y perjuicios que se ocasionan por la comisión de delito cometido por un funcionario con motivo del desempeño de su cargo.”*

(...) *“En el último supuesto, estamos frente a la responsabilidad civil derivada del delito establecida en el artículo 119 del Código Penal. En este caso la comisión de un delito por un servidor público en el desempeño del cargo, también genera responsabilidad para el Estado, debido a que el daño se produce como consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que le estuvieren encomendados al servidor y no a la actuación particular o privada ajena al cumplimiento de sus funciones.*

Es esta extensión del ámbito de la específica actividad de la entidad estatal lo que le genera responsabilidad, solo que es subsidiaria, requiriendo para su reconocimiento el establecimiento de la responsabilidad penal del funcionario, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 126 del Código Penal.

La solicitud de indemnización que plantea la demandante se origina en el daño que se causó a la demandante, como consecuencia del accidente de tránsito ocurrido el día 25 de agosto de 1998, en el que el señor XXXXXX, quien conducía el camión del DIMA, interceptó el paso del vehículo en el que viajaba como pasajera XXXXX, quien resultó lesionada.

El Juzgado Tercero Municipal del Distrito de Panamá, Ramo Penal, por medio de la Sentencia N° 5 del 16 de enero del 2002, ya en firme, consideró que el hecho causante de las lesiones de XXXXXXX fue responsabilidad de XXXXXXX.

La resolución en referencia indica que el señor XXXXXX conducía un vehículo de la entonces Dirección Metropolitana de Aseo (DIMA) y que la colisión se debió a que desatendió una señal de alto. En consecuencia, se le declara responsable por Delito contra la Vida e Integridad Personal en la modalidad de lesiones personales en perjuicio de XXXXXXX, con lo que se establece la infracción cometida por el servidor público.

(...) *“Con relación a la vinculación del hecho con el Municipio de Panamá y la Dirección Municipal de Aseo Urbano y Domiciliario, debe señalarse que, según el Reglamento de Tránsito contenido en el Decreto 160 de 1993, en su artículo 104 establece que están obligados a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados por un accidente de tránsito “...El o los propietarios del vehículo o los vehículos cuyo conductor o conductores sean declarados responsables del accidente”, lo que abona a la posición de la responsabilidad solidaria del Municipio de Panamá.”*

Dentro del presente apartado, consideramos pertinente analizar el Salvamento de Voto de la sentencia del **15 de junio de 2007**, en donde se abordan una serie de elementos interesantes, en los que *se admite dentro de un voto particular (salvamento de voto) la posibilidad de facultar a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia para que conozca de las demandas de indemnización a causa de un proceso de expropiación extraordinaria*; buscando de esta manera romper con los paradigmas o esquemas clásicos y tradicionales en el sentido que siempre se ha manejado el criterio que el proceso de expropiación sólo es competencia de la jurisdicción civil y no de la administrativa. Esta motivación se justifica en virtud de los artículos 3, de la Ley 57/1946 y el 1928 del Código Judicial¹⁵⁰.

¹⁵⁰ Como partes medulares del Salvamento de Voto del fallo del 15 de junio de 2007 podemos destacar las siguientes: (...) “*La posible competencia de esta Sala en materia de indemnización por expropiación fue reconocida por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia cuando mediante Sentencia de 22 de junio de 2000, dispuso lo siguiente:*

“...Por esa razón se debe concluir que, en el caso bajo nuestra atención, la expropiación se cumplió de manera absoluta como resultado del acto del Órgano Ejecutivo y que, como cuestión distinta, lo que podría merecer discusión es el pago de la indemnización.

Ese aspecto, que es el que en el fondo se demanda en este proceso, carece de rango constitucional por tratarse de un conflicto que gira en torno al precio fijado por el Estado a un bien expropiado, en virtud, según argumenta la propia censura, de que el artículo 3 de la Ley 57 de 1946 no fue tomado en cuenta al expedirse el decreto de expropiación.

El mencionado artículo 3 de la Ley 57 de 1946 refleja un amplio campo que, de ser necesario, tendría que interpretarse y ser aplicado por la jurisdicción civil ordinaria o por la jurisdicción contencioso administrativa no por la constitucional.

...Si el afectado estaba inconforme con el monto de la indemnización decretada debió promover la correspondiente acción en defensa de sus intereses patrimoniales ante la jurisdicción civil o ante la contencioso administrativa, pues es evidente que esta materia no es cuestión de inconstitucionalidad. ...” (el resaltado es del Tribunal)

En torno a la obligación del Estado de iniciar un juicio de expropiación, cabe señalar que en este sentido han sido interpretados por la Corte Suprema de Justicia, los artículos 3 de la Ley N° 57 de 30 de septiembre de 1946, en concordancia con los artículos 1927 y 1928 del Código Judicial, cuyos textos dicen así:

Ley 57 de 1946

“Artículo 3. Cuando el Estado necesite en todo o en parte una finca de propiedad particular para una obra de utilidad pública o de beneficio social, llamará al propietario y le notificará el propósito del gobierno, a fin de señalar, de mutuo acuerdo, el precio razonable de la misma. Si el propietario y el representante del gobierno no llegasen a convenir en el valor de la propiedad, la Nación promoverá el juicio de expropiación correspondiente. En caso de necesidad urgente al tenor del artículo 49 de la Constitución del gobierno procederá a tomar posesión del bien inmediatamente.

Ocupado ya el bien y convenido el precio con el propietario, la nación o el municipio, según el caso, efectuarán los pagos en los términos del convenio o sentencia según proceda.

En caso de acción judicial, el Ministro de Gobierno y Justicia impartirá instrucciones a los representantes de la Nación a fin de que gestione, ante el Tribunal donde sea instaurada la demanda, que en la sentencia respectiva se declare, también, el aumento del valor adquirido por la propiedad beneficiada por razón de la vía pública o de la obra ejecutada o en proyecto (plusvalía).

Parágrafo: En todos los casos la indemnización por expropiación se establecerán las compensaciones a que haya lugar al tenor del artículo”.

Código Judicial

6.2.7.- El daño moral en materia de Responsabilidad Administrativa o Extracontractual del Estado

Antes de iniciar el desarrollo del presente apartado, es importante señalar que en materia de derecho administrativo no existe ninguna fuente, norma o disposición que reconozca de forma directa la indemnización por daño moral; por lo que se hace necesario remitirnos a la normativa de derecho privado que es la que concibe la figura del daño moral en el artículo 1644-A del Código Civil, para poder exigir la reparación el mismo por la rama de derecho administrativo.

En la sentencia del 11 de julio de 2007, se presentó una demanda por indemnización en concepto de **daño moral**, y en la misma se termina procediendo a condenar al Estado panameño (Registro Público) por la suma de B/.10.000.00, a causa que la referida entidad estatal, autorizó el registro de una escritura en la que firmaba una persona que no era en realidad la persona que debía suscribir el contrato de hipoteca en nombre de la compañía por no ser su real Representante Legal, y producto del actuar negligente de la Administración Pública <Registro Público>, en donde la afectada invirtió todos sus ahorros en una operación comercial que resultó infructuosa, le generó un daño moral ya que tuvo que hacerle

Artículo 1927. En los casos de guerra, de grave perturbación del orden público o de interés social urgente que exigen medidas rápidas de conformidad con el artículo 47 de la Constitución Política, se seguirán las reglas que detallan los siguientes artículos.

Artículo 1928. Inmediatamente que el representante de la respectiva entidad estatal reciba la orden de promover el proceso junto con los documentos correspondientes, procederá a proponer la acción. (El resaltado es nuestro).

...

(...) “Es por lo anterior que considero que en el caso de las expropiaciones extraordinarias, la facultad de promover un juicio le cabe a la parte expropiada, en tanto que de sentirse disconforme con la suma propuesta por el Ejecutivo, y percibirse afectada en sus intereses por la acción tomada por el Estado fundándose en motivos de interés social urgente, pudo promover un proceso para que se deslindara dicha controversia...” (XXXXX y otros vs. artículo 4 del Decreto Ejecutivo N° 267 de 29 de diciembre de 1971 y el artículo 1 del Decreto Ejecutivo N° 30 de 6 de octubre de 1978).

No obstante lo anterior, reitero mi opinión de que sí hay norma que obligue al Estado a iniciar un juicio de expropiación con miras a obtener un pronunciamiento sólo sobre el monto a indemnizar en caso de expropiación extraordinaria (artículos 3 de la Ley 57 de 1946 y 1928 del Código Judicial). Por tanto, al no haberlo hecho, pese a habersele petitionado, el Estado incurrió en una omisión que ha ocasionado perjuicios a los demandantes.

Consecuentemente, la Sala Tercera con fundamento en el artículo 97 (numeral 9) del Código Judicial pudiese conocer de una demanda de indemnización que se fundamenta en un proceso de expropiación, tomando en cuenta no sólo el valor del bien sino los daños y perjuicios que se aducen producto de la omisión alegada.

Por estas razones, de la manera más respetuosa, SALVO MI VOTO.”

frente a una demanda civil además de *tener una evidente agonía de no saber si recuperaría el dinero que le serviría para procurarse una vejez decorosa y digna*¹⁵¹.

Otra de las sentencias en las que se procede a condenar al estado en virtud de la responsabilidad extracontractual de la Administración del Estado por la vía del daño moral es con la sentencia del 4 de febrero de 2004, en donde un servidor público que laboraba para la Corporación Azucarera (entidad estatal), conducía un vehículo del Estado, y el mismo colisiona el vehículo de otra persona durante el momento en que se encontraba dicho empleado público en el ejercicio de sus funciones. Si bien es cierto, dentro de dicha demanda se trata el tema de la responsabilidad por los daños patrimoniales o materiales, para efectos del presente apartado procederemos a analizar la sección que tiene que ver con la indemnización por el daño moral.

Expuesto lo anterior, la parte demandante logró probar dentro del proceso, a través de *una evaluación detallada efectuada por una Psiquiatra, que el accidente sufrido por su cliente que dio como consecuencia final la pérdida de sus piernas, le ha generado alteraciones agudas, pesadillas y malos recuerdos además de otra serie de hechos lo que le ha producido o generado un grave daño moral*. Por tal razón, y producto del respectivo material probatorio aportado dentro del proceso, se procedió a condenar al Estado en concepto de daño moral, por la suma de B/.75.000.00¹⁵² producto de la lesión o del daño material que

¹⁵¹ Sobre la temática del daño moral, extractaremos como parte fundamental del fallo del 11 de julio de 2007, las siguientes ideas: *“En cuanto al daño moral, el artículo 1644-A del Código Civil, claramente los define como “la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físico, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás”.*

En este sentido, para la determinación del daño moral, esta Sala debe reflexionar a efectos de establecer la cuantía, en el que la señora XXXXXX invirtió sus ahorros en una operación comercial que fue infructuosa, en la mayor parte por el actuar negligente del Registro Público. Aunado a esto, producto de la situación inició un proceso ejecutivo hipotecario infructuoso, tuvo que enfrentar una demanda civil y han transcurrido diez (10) años tratando de recuperar los fondos invertidos, teniendo además de un agravio económico, una evidente agonía de no saber si recuperaría el dinero que le serviría como sustento económico para procurarse una vejez con decoro y dignidad.

Estas circunstancias, atenuadas al tomar en cuenta la recuperación que va tener la señora XXXXX, lleva a la Sala a cuantificar la indemnización en el monto de DIEZ MIL BALBOAS (B/10,000.00).”

¹⁵² El fallo del 4 de febrero de 2004 en su parte referente al daño moral ha indicado que: *“Observa la Sala que todos los dictámenes son coincidentes, luego de analizados los antecedentes personales y familiares, los aspectos psicopatológicos de la entrevista que revelan las condiciones mentales pasadas y presentes del señor XXXXXXXX como consecuencia del accidente automovilístico ocurrido el 16 de marzo de 1993, que presenta secuelas de un trauma psicológico no superado, por lo que presenta episodios depresivos. La Psiquiatra XXXXXX, en su evaluación detalla las alteraciones del paciente como. Alteraciones Agudas, que se evidencian en la preocupación marcada por perder (SIC) la pierna, pesadillas y recuerdos del evento traumático,*

experimentó en primer grado la víctima; y que trajo como consecuencia secundaria la lesión o afectación moral.

7.- CONCLUSIONES

- El camino histórico que ha tenido que recorrer la institución de la responsabilidad patrimonial o extracontractual del Estado no fue precisamente el más satisfactorio y adecuado tanto en Europa, como en América Latina, debido a su inicial y complejo reconocimiento.
- La responsabilidad patrimonial o extracontractual del Estado puede generarse a causa de una actuación ilícita o indebida por parte del Estado, al igual que por una mera omisión que lesione a una o varias personas.
- El concepto de responsabilidad extracontractual del Estado se encuentra directamente relacionado con el interés que la persona que ha sufrido el daño, no se encuentre en la obligación legal de soportar un hecho o lesión a la cual jurídicamente no tenía que hacerle frente.
- El papel de la jurisprudencia en materia de responsabilidad extracontractual del Estado adquiere un valor preponderante e importante, ya que ha sido el instrumento que originariamente ha dado

recuerdos dolorosos de lo ocurrido; Alteraciones Crónicas, que se manifiestan en el distanciamiento de familiares y amigos, disminución en la capacidad de gozar, amar y vivir plenamente, pobres expectativas de empleo, mal humor; Complicaciones, abandono de su responsabilidad laboral como Gerente General de la Radioemisora XXXXXX, Depresión, Abuso de juegos de azar y posterior a Internet, disfunción sexual (f.252 a 254).

El daño moral que alega el recurrente, a juicio de la Sala está debidamente acreditado, no obstante, esa documentación también refleja que el paciente pese a lo ocurrido, está “orientado en persona, tiempo, lugar. Se mantiene atento. Sin alteraciones en la memoria retrógrada y reciente...mantiene adecuada comunicación y sintonía con el entrevistador...” (f.244). Todas coinciden que su padecimiento puede ser tratado de forma individual y familiar, lo que indica a esta Sala que los trastornos psicológicos del paciente producto del accidente, pueden mejorar considerablemente y con ello su calidad de vida.

Por las consideraciones señaladas, la Sala estima que el daño moral causado al señor XXXXXX asciende a la suma de setenta y cinco mil balboas (B/75,000.00).

DECISION

Siendo entonces que el principio fundamental del derecho a la indemnización es el resarcimiento económico, pago o compensación por un daño perjuicio causado, una vez examinado el material probatorio de conformidad a la sana crítica, concluye de que en el presente caso las pruebas aportadas para acreditar el daño resarcible, específicamente el daño material o patrimonial, no son concluyentes para establecer la cuantía que reclama el demandante, máxime que mediante las mismas no es posible detallar el daño emergente y el lucro cesante, incluidos, como antes se indicó, en lo que tradicionalmente se conoce como daño material o patrimonial. En cuanto al daño moral, la Sala los calcula en atención a las pruebas del expediente en B/75,000.00.”

cabida al reconocimiento de éste instituto, en la mayoría de los países del mundo.

- Se puede reclamar la responsabilidad patrimonial administrativa o extracontractual a partir del momento que la lesión se produce debido al anormal funcionamiento de los servicios públicos, como consecuencia de la deficiente prestación del servicio que brinda el Estado por motivos de una actuación indebida del propio engranaje gubernamental (falla o falta del servicio público).
- La responsabilidad extracontractual del Estado puede ser demandada a partir del momento en que medie una conducta o actitud dolosa por parte de un funcionario o servidor público, quien valiéndose de su condición, actúa al margen de las funciones o atribuciones que la ley le otorga al cargo que ostenta.
- Es un elemento indispensable al momento de demandar la responsabilidad patrimonial del Estado, que exista previamente una relación entre el hecho o suceso que ocasionó el Estado y el daño que sufrió la persona o personas que se han visto afectadas (nexo causal), lo cual se corroborará con la comprobación de los respectivos elementos probatorios. Además de requerirse también la configuración de la lesión patrimonial en contra del afectado.
- Existen circunstancias tales como la fuerza mayor, el caso fortuito, la culpa de la víctima y el hecho de un tercero, que imposibilitan la aceptación de una demanda por responsabilidad extracontractual del Estado, por tratarse de circunstancias extrañas que han generado el daño, la lesión y el perjuicio en contra del o los afectados.
- También se puede tornar compleja cualquier reclamación por la vía de la responsabilidad extracontractual o patrimonial de la Administración, en los supuestos que la lesión provenga de una ley aprobada por el Poder Legislativo, al igual que los daños sean causados por error judicial (salvo prueba en contrario), así como la falta o culpa de la víctima.
- El cálculo por indemnización a causa de la lesión o afectación sufrida por una persona debido a un daño causado por la Administración del Estado se determina por parte de los tribunales de justicia, de acuerdo al material probatorio aportado dentro del proceso.
- Por ningún motivo puede confundirse o asociarse la figura del enriquecimiento injusto o sin causa, con la figura de la responsabilidad extracontractual del Estado.

- En la República de Panamá, el tema de la responsabilidad extracontractual fue por primera vez analizado por la vía de la jurisprudencia; y paulatinamente se fue reconociendo tanto a nivel constitucional como legal determinadas disposiciones que regulaban la figura de la responsabilidad administrativa del Estado.
- La jurisprudencia administrativa panameña ha procedido limitadamente al reconocimiento de las reclamaciones por motivo del mal funcionamiento o de la deficiente prestación de los servicios públicos.
- En materia de responsabilidad subsidiaria del Estado, se establece que el Estado panameño responderá de forma accesorio o secundaria en el supuesto que el daño o la lesión se produzca por actuación de los funcionarios estatales en el ejercicio de sus funciones públicas; pero previamente debe mediar reconocimiento por parte de los tribunales de justicia, de la responsabilidad del agente o funcionario público.
- El reconocimiento del daño moral en materia de responsabilidad extracontractual del Estado dependerá de los elementos probatorios que se logren aportar dentro del proceso.

8.- BIBLIOGRAFÍA:

- **Libros:**

- BÉNOIT, FRANCIS-PAUL (1957). *Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé (Problèmes de causalité et d'imputabilité)*. JCP, I, p. 1351. Citado por
- HENAO, JUAN CARLOS (1998). *El Daño*, Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. Universidad del Externado de Colombia.
- BIELSA, RAFAEL (1980). *Derecho Administrativo*. 6ª. Ed., Tomo V. Buenos Aires (Argentina): Editorial La Ley.
- DE LAUBADERE, ANDRÉ (1984). *Manual de Derecho Administrativo*. Bogotá (Colombia): Editorial Temis.
- DUEZ PAUL. Citado por SAAVEDRA BECERRA, RAMIRO (2004). *La responsabilidad extracontractual de la administración pública*. 1ª. Ed., segunda reimpresión. Bogotá (Colombia): Ediciones Jurídicas GUSTAVO IBAÑEZ.

- GAMERO CASADO, EDUARDO y FERNÁNDEZ RAMOS, SEVERIANO (2009). *Manual Básico de Derecho Administrativo*. 6ª. Ed. Madrid (España): Editorial Tecnos.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN (2003). *Curso de Derecho Administrativo II*. Octava Edición, segunda reimpresión. Madrid (España): Editorial Civitas.
- GARRIDO FALLA. Dentro de SAAVEDRA BECERRA, RAMIRO (2004). *La responsabilidad extracontractual de la administración pública*. 1ª. Ed., segunda reimpresión. Bogotá (Colombia): Ediciones Jurídicas GUSTAVO IBAÑEZ.
- GÓMEZ PUENTE. Citado por SAAVEDRA BECERRA, RAMIRO (2004). *La responsabilidad extracontractual de la administración pública*. 1ª. Ed., segunda reimpresión. Bogotá (Colombia): Ediciones Jurídicas GUSTAVO IBAÑEZ.
- GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, SANTIAGO, GASNELL ACUÑA, CARLOS y otros (2005). *El Derecho Administrativo Iberoamericano*. N°.9. Granada (España): Instituto de Investigación Urbana y Territorial (Ministerio de Administraciones Públicas de España).
- LAUMONNIER-CARRIOL. Citado por DE LAUBADERE, ANDRÉ (1984). *Manual de Derecho Administrativo*. Bogotá (Colombia): Editorial Temis.
- MIR PUIGPELAT, ORIOL (2002). *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración, Hacia un nuevo sistema*. Madrid (España): Editorial Civitas.
- PARADA, RAMÓN (2008). *Derecho Administrativo I* (Parte General). 17ª. Ed. Madrid (España): Marcial Pons.
- RIVERO, JEAN (1980). *Droit administratif*. Paris: Dalloz. Citado por YOUNES MORENO, DIEGO (2004). *Curso de derecho administrativo*. 7ª. Ed. Bogotá (Colombia): Editorial Temis, S.A.
- RODRÍGUEZ, LIBARDO (2005). *Derecho Administrativo*. 14ª. Ed. Bogotá (Colombia): Editorial Temis, S.A.
- SAAVEDRA BECERRA, RAMIRO (2004). *La responsabilidad extracontractual de la administración pública*. 1ª. Ed., segunda reimpresión. Bogotá (Colombia): Ediciones Jurídicas GUSTAVO IBAÑEZ.
- V. HAURIUO (*Le fondement du Droit. Les principes du Droit naturel, en "Aux sources du Droit"*). Citado por BIELSA, RAFAEL (1980). *Derecho Administrativo*. 6ª. Ed., Tomo V. Buenos Aires (Argentina): Editorial La Ley.
- V. VACHELLI. *La responsabilità civile della pubblica amministrazione*. Citado por BIELSA, RAFAEL (1980). *Derecho Administrativo*. 6ª. Ed., Tomo V. Buenos Aires (Argentina): Editorial La Ley.
- YOUNES MORENO, DIEGO (2004). *Curso de derecho administrativo*. 7ª. Ed. Bogotá (Colombia): Editorial Temis, S.A.

- **Diccionarios:**

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

- **Revistas:**

GÓMEZ PUENTE, MARCOS. *Responsabilidad por inactividad de la Administración*. Dentro de la revista *Documentación Administrativa*, N°. 237-238, (enero-junio de 1994).

SUMARIO: 1.- Introducción. 2.- La evolución de la responsabilidad patrimonial administrativa a nivel de la doctrina jurídica en general.

2.1.- La evolución de la responsabilidad patrimonial administrativa en el derecho Alemán. 2.2.- La evolución de la responsabilidad patrimonial administrativa en el derecho Francés. 2.3.- La evolución de la responsabilidad patrimonial administrativa en el derecho Español. 2.4.- La evolución de la responsabilidad patrimonial administrativa en el derecho Colombiano. 2.5.- La evolución de la responsabilidad patrimonial administrativa en el derecho Panameño. **3.- Generalidades de la responsabilidad patrimonial de la administración, desde la perspectiva del derecho administrativo.** 3.1.- El concepto de la Responsabilidad patrimonial de la administración. 3.1.1.- Del funcionamiento anormal del servicio público. 3.1.1.1.- El funcionamiento anormal del servicio público desde la perspectiva de la omisión. 3.1.2.- La existencia de la relación de causalidad que genera el daño o la lesión. 3.1.2.1.- La naturaleza del daño causado. 3.1.2.2.- Otros aspectos a ser tomados en consideración al momento de determinar las circunstancias del daño. 3.1.3.- La inexistencia o ruptura del nexo causal. 3.2.- Circunstancias en las que se hace exigible el resarcimiento de una lesión o un daño por parte de la Administración Pública. 3.2.1.- La responsabilidad personal del funcionario. 3.2.2.- La responsabilidad de la administración. 3.2.2.1.- Concepciones frente a la falta de servicios. 3.2.3.- ¿Cómo intentar determinar o separar la responsabilidad patrimonial de la Administración respecto de la responsabilidad personal del funcionario público? 3.3.- La determinación de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. 3.3.1.- Clases de responsabilidades administrativas. 3.4.- Situaciones en las que se torna compleja la exigencia o demanda de la responsabilidad patrimonial. 3.4.1.- La responsabilidad patrimonial administrativa del Poder Legislativo. 3.4.2.- La responsabilidad patrimonial administrativa del Poder Judicial. 3.4.3.- Los casos fortuitos y de fuerza mayor. 3.4.4.- La falta o culpa de la víctima. **4.- La indemnización como elemento de reparación de la responsabilidad administrativa.** 4.1.- El cálculo de la indemnización. 4.1.1.- Clases de reparación del daño. 4.1.2.- La reparación del daño moral. 4.2.- La necesidad de la prueba ante la falta o mal funcionamiento del servicio público. 4.3.- Término en el que surge el derecho de reclamar la indemnización por responsabilidad patrimonial de la administración. **5.- El enriquecimiento injusto de la Administración Pública –vs- la responsabilidad administrativa del Estado.** 5.1.- La noción del enriquecimiento injusto o sin causa. 5.2.- El enriquecimiento injusto o sin causa en la Administración Pública. 5.3.- La reclamación del afectado frente al enriquecimiento injusto o sin causa de la Administración Pública. **6.- La responsabilidad patrimonial administrativa en Panamá.** 6.1.- La legislación panameña en relación con la responsabilidad patrimonial de la administración panameña. 6.1.1.- Disposiciones constitucionales que

regulan la responsabilidad patrimonial en Panamá. 6.1.2.- Disposiciones legales de derecho público, que garantizan y regulan la responsabilidad patrimonial o extracontractual de la Administración Pública. 6.1.3.- Disposiciones legales a nivel de derecho privado, que garantizan y regulan la responsabilidad patrimonial o extracontractual de la Administración Pública. 6.2.- Análisis de las principales jurisprudencias de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en materia de responsabilidad patrimonial del Estado Panameño. 6.2.1.- Deficiencias comunes al momento de la formulación y presentación de las demandas Contencioso-Administrativas de Indemnización. 6.2.2.- La conceptualización de la responsabilidad directa y objetiva en la jurisprudencia panameña. 6.2.3.- Sentencias relativas al mal funcionamiento o prestación deficiente de los servicios públicos. 6.2.4.- La falta de declaratoria de responsabilidad penal contra un funcionario, para que prospere la demanda de reparación directa en contra del Estado, por mal funcionamiento de los servicios públicos. 6.2.5.- La responsabilidad subsidiaria en la jurisprudencia panameña. 6.2.6.- Salvamento de voto en el que se fundamenta la posibilidad de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, de conocer de una demanda de indemnización en virtud de un proceso de expropiación extraordinario. 6.2.7.- El daño moral en materia de responsabilidad administrativa o extracontractual del Estado. **7.- Conclusiones. 8.- Bibliografía.**

**CÓMO PODEMOS MEJORAR EL ESTADO
DEL MUNDO AL REFORMAR LA
EDUCACIÓN LEGAL**

GABRIEL SILVA

El Licenciado Gabriel Silva es egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Santa María la Antigua (*Summa Cum Laude, tercer puesto de honor*). Posteriormente cursó estudios en la Maestría en Docencia Superior en la Universidad Católica Santa María la Antigua (*Summa Cum Laude, segundo puesto de honor*). El Licenciado Silva actualmente es profesor de Derecho Constitucional en la USMA y también ha dictado la cátedra de Introducción al Derecho y Sistemas Jurídicos. A su vez, el Licenciado Silva ocupa el cargo de Gerente de Departamento Legal en la empresa multinacional Procter & Gamble, en donde es experto en temas tales como: derecho corporativo, propiedad intelectual, derecho de protección del consumidor, contratos, derecho laboral, regímenes especiales, entre otros. El Profesor Silva ha realizado numerosas publicaciones en temas análisis de económico, jurídico, educativo y político tales como: “Derecho y Desarrollo: Un Estudio del Balance y Atracción de las Empresas Multinacionales”; “La Educación Jurídica en Panamá: La Necesidad de Repensar sus Metodologías de Enseñanza”; “El Mercado de 3 billones de personas: Cómo las Empresas Multinacionales pueden ayudar a Reducir la Pobreza por medio de Estrategias Corporativas y Mercadeo”. Actualmente el Profesor Silva también forma parte de diversas asociaciones y tanques de pensamiento tales como Global Shapers y Abogado Joven.

I. Introducción

La carrera de derecho es aquella que se dedica a formar a las personas que tienen la intención de convertirse en profesionales del derecho. Los profesionales del derecho, son aquellos individuos que generalmente se dedican a la aplicación e interpretación de las leyes, de los derechos y de la justicia.

Las leyes, son un sistema de reglas y guías que son impuestas y se hacen valer por el gobierno, específicamente por el poder legislativo¹. Los derechos, son principios éticos, legales y sociales basados en la libertad y en el poder². Por otra parte, la justicia, es el concepto moral de lo que es correcto basándose en la ética, la racionalidad, las leyes y la equidad³.

Las leyes, los derechos y la justicia, en su conjunto, son elementos que ayudan a construir una sociedad en armonía, que a su vez, se basa en el principio de darle a cada quien lo que le corresponde. Es por lo anterior, los profesionales del derecho, formados por la educación legal, y quienes trabajan de la mano con estos tres conceptos, son individuos con el potencial de contribuir positivamente en la construcción de un mejor mundo. No obstante lo anterior, para poder desarrollar ese potencial y preparar y entrenar eficientemente a los profesionales del derecho para que sean competentes, es imperante reevaluar y repensar cómo está funcionando la educación legal actualmente, y en específico, sus métodos de enseñanza.

El presente artículo pretende reafirmar la premisa de que para que haya abogados más competentes, es necesario influir en su educación, y para ello, es indispensable mejorar las metodologías de enseñanza utilizadas. Al implementar las metodologías de enseñanza más adecuadas que desarrollen las competencias requeridas en un abogado, lograremos formar abogados más competentes, y con abogados más competentes, se puede proteger y desarrollar a mayor nivel los derechos del ser humano, y consecuentemente, tener un mejor mundo.

Al mejorar la educación de la carrera de derecho, podremos mejorar la calidad de abogados que hay, y sólo con mejores abogados, podremos asegurar que en su debido momento la libertad, la justicia y la

¹ HLA, Hart, "Concept of Law".

² Enciclopedia de Filosofía de la Universidad de Stanford. Julio 9 del 2007.

³ Konow, James. 2003. "Which Is the Fairest One of All? A Positive Analysis of Justice Theories." página 1188.

igualdad sea respetada y asegurada. Como bien dijo Nelson Mandela, “la educación, es el arma más poderosa para cambiar el mundo”⁴.

II. Función de los abogados en el diseño de un mejor mundo

Vivimos en un mundo de diferencias. Las personas son diferentes tanto en sus comportamientos como en su forma de pensar. Lo que una persona considera correcto puede ser considerado por otra persona como incorrecto. Bajo esta situación de relatividad, es evidente que surgen confusiones y conflictos. Las leyes y las regulaciones deben ser hechas para guiar en contra de esos conflictos, en miras de buscar el bien común de los seres humanos y de sus interacciones.

A grandes rasgos, el abogado puede ayudar a que se logre el “bien común” de los seres humanos y que exista un mejor mundo por medio de las siguientes tres vertientes:

Creación de Leyes: Nuestro mundo actual se organiza y construye principalmente por medio de las leyes y regulaciones. Generalmente, toda actividad económica, política, social o cultural, tiene en cierta manera alguna relación con alguna ley existente. Por lo anterior las leyes han demostrado que son un elemento esencial en diferentes ámbitos de la sociedad tales como: corrupción, crecimiento económico, educación, libertad, transporte, seguridad, salud, entre otros.

A través de la historia del ser humano hemos podido evidenciar en varias ocasiones cómo las leyes pueden tener efectos tanto negativos como positivos para una sociedad.

Un ejemplo de cómo la creación de una ley puede ayudar a un desarrollo positivo es la Ley 41 de 2007 de la República de Panamá. A causa de esta ley, se han instalado en la República de Panamá más de cien empresas multinacionales que a su vez han traído billones de dólares en inversión extranjera y han creado miles de plazas de empleo para panameños.

Un ejemplo de una ley que hoy considerada negativa para la sociedad pueden ser ciertos artículos de la Constitución de la República de Panamá del año 1940 en donde se prohibía la inmigración de ciertas razas étnicas a Panamá.

⁴http://db.nelsonmandela.org/speeches/pub_view.asp?pg=item&ItemID=NMS909&txtstr=education%20is%20the%20most%20powerful

Como se puede evidenciar de los ejemplos anteriores, las leyes tienen el poder de influir positiva o negativamente en el bienestar y desarrollo de la sociedad.

Acceso a la Justicia: Cuando una la ley no se cumple, alguien se está viendo perjudicado. Este “alguien”, que puede ser desde una persona hasta el estado, debe tener el derecho a que se le reponga por el perjuicio causado. Este perjuicio, puede ser desde elementos fundamentales tales como la privación de una vida hasta la violación de una política pública.

Para que la parte interesada pueda ser resarcida por el perjuicio que le fue causado, generalmente, esta debe ser asesorada por un abogado. De no ser requerido, de igual manera puede ser recomendable asesorarse con un abogado, ya que éste debe conocer la interpretación y la aplicación de las leyes infringidas.

Un ejemplo de cómo un abogado puede ayudar a alguien a obtener justicia puede ser en el caso de que una persona busque ser indemnizada por un accidente que sufrió por culpa de un tercero. Esto puede ser desde un accidente automovilístico, hasta haber sufrido un accidente en una oficina por negligencia del empleador.

Asistencia Jurídica “Proactiva”: Los abogados no sólo deben servir como agentes reactivos que presenten servicios jurídicos cuando ya hayan leyes infringidas. Los abogados, pueden ser también agentes “proactivos” que ofrezcan asistencia jurídica para comunicarle a sus clientes cómo estos pueden utilizar las diversas legislaciones a su favor.

Un ejemplo de cómo un abogado puede ayudar al ser “proactivo” es al asesorar a una empresa en formación en qué tipo de constitución jurídica le conviene para así facilitar su crecimiento como empresa. O aquel abogado que ayuda a grupos indígenas a reclamar derechos que éstos no sabían que tenían.

Como podemos ver en las vertientes anteriores, el abogado juega un papel determinante en la sociedad, ya que tiene, en teoría, la experticia para redactar y proponer leyes, asesorar en cuanto a la violación de las mismas y ayudar a utilizar las leyes en beneficio de sus clientes.

No obstante lo anterior, para que un abogado pueda correctamente asesorar en las tres vertientes anteriores, y asegurar que las leyes que tenemos y queremos sean positivas, es indispensable que el mismo cuente con las habilidades, conocimientos y competencias necesarias. Para ello, es importante influir en la educación del mismo, y desarrollar dichas competencias, conocimientos y habilidades a lo largo de su educación jurídica.

De no contar con abogados competentes no sólo estamos perdiendo la oportunidad de que existan propuestas que ayudan a mejorar el estado del mundo, sino que se corre el riesgo de que abogados incompetentes incorrectamente asesoren a clientes, y que por ello, el cliente pierda su derecho o inclusive su libertad.

III. La enseñanza en competencias y las competencias del abogado

Competencia, es la habilidad que tiene un individuo de cumplir con una asignación correctamente (5). Una competencia, es una convergencia de los comportamientos sociales y afectivos y las habilidades cognoscitivas, psicológicas, sensoriales y motoras que le permiten a un individuo llevar a cabo adecuadamente un papel, desempeñar exitosamente en una actividad o cumplir con una tarea (6). El lingüista Noam Chomsky, a partir de las teorías del lenguaje, instaaura el concepto y define competencias como la capacidad y disposición para el desempeño y para la interpretación (7).

Existen diferentes tipos de competencias, es decir, diversos tipos de habilidades que pueden ayudar a que una persona pueda resolver un debido problema o cumplir con una tarea específica, y así, ser considerado como competente (5). Las competencias se relacionan con lo que debe saber hacer el profesional. En el caso del abogado, este se puede considerar competente cuando reúne y aplica las competencias necesarias, habilidades relevantes, los atributos y conocimientos requeridos, y los valores esenciales para representar satisfactoriamente a un cliente.

En línea con lo anterior, existen nueve competencias que consideramos las más esenciales en el profesional del derecho y que el mercado espera que sean desarrolladas en los estudiantes por sus docentes a lo largo de la carrera de derecho en la universidad⁶. Las competencias mencionadas a continuación fueron obtenidas por aportes de instituciones privadas y públicas, nacionales e internacionales:

- Conocer: comprensión y manejo de los principios, doctrinas, conceptos, instituciones, instancias jurídicas, leyes y reglas en el derecho (7).

⁵ <http://es.wikipedia.org/wiki/Competencia>

⁶ La siguiente lista de competencias fue desarrollando utilizando las competencias más comunes de las siguientes 5 listas: 1) Estudio de la Escuela de Derecho de la Universidad Metropolitana, Caracas, Venezuela; 2) Estudio de Alfa Tuning América Latina: Innovación Educativa y Social; 3) Listado del American Bar Association; 4) Listado de www.lawschools.com; 5) Investigación de la firma internacional de reclutamiento Russell Reynolds Associates.

⁷ Estudio de la Escuela de Derecho de la Universidad Metropolitana.

- Negociar: habilidad para prepararse, conducir y resolver un conflicto jurídico (8).

- Comunicación (oral y escrita)(9):

-Escrita: habilidad para expresar claramente por escrito ideas relacionadas al derecho y relaciones jurídicas¹⁰. Saber comunicar por escrito información compleja a una audiencia que no está familiarizada con los conceptos involucrados.

-Oral: Habilidad para expresarse oralmente en público, bajo presión, con elocuencia y argumentos coherentes¹¹. Saber comunicar oralmente información compleja a una audiencia que no está familiarizada con los conceptos involucrados.

- Investigar: Preparar una estrategia legal requiere mucha investigación. Cualquier persona involucrada en la profesión de la abogacía debe tener excelentes habilidades de investigación¹². Es importante que el abogado tenga el conocimiento y la habilidad para utilizar las herramientas fundamentales para realizar investigaciones. Adicionalmente, debe comprender el proceso y sistema para realizar investigaciones coherentes y efectivas (13). A su vez, el abogado debe contar con la habilidad para buscar y clasificar la información relacionada con un problema determinado, y construir con esa información argumentos coherentes pertinentes para la comprensión y resolución de un problema(14).

- Persuadir: en línea con las habilidades de expresión y argumentación, el abogado debe saber cómo convencer a su cliente, a los jueces, al jurado, a la contraparte, y a cualquier persona que se requiera, para poder satisfacer las necesidades de su cliente.

- Capacidad jurídica crítica: habilidad para poder identificar riesgos, identificar falacias en argumentos, cuestionar hechos y cuestionar argumentos (15).

- Capacidad para resolver problemas jurídicos utilizando habilidades analíticas y lógicas: los abogados deben contar con la competencia para poder visualizar, articular y resolver problemas complejos y no tan complejos y tomar decisiones relacionadas con la información disponible.

⁸ Estudio de la Escuela de Derecho de la Universidad Metropolitana.

⁹ <http://law.marquette.edu/facultyblog/2012/02/08/the-top-five-skills-necessary-to-be-a-lawyer/>

¹⁰ Estudio de la Escuela de Derecho de la Universidad Metropolitana.

¹¹ Estudio de la Escuela de Derecho de la Universidad Metropolitana.

¹² LawSchools.com

¹³ Catolico, Ruthe "Creating the Ideal Lawyer".

¹⁴ Estudio de la Escuela de Derecho de la Universidad Metropolitana.

¹⁵ <http://www.criticalthinking.org/>

Los abogados deben ser capaces de utilizar su lógica y creatividad para acumular, analizar, seleccionar y estructurar información y desarrollar diversos planes y soluciones para los problemas jurídicos (16).

- Emprendimiento y perseverancia: generalmente, los casos que atienden los abogados requieren de muchas horas de trabajo, de investigación y de escribir. Un buen abogado debe estar dispuesto a utilizar su energía y sus esfuerzos para poder prestar servicios de calidad¹⁷.
- Organización y manejo de tiempo: en línea con el punto anterior, es de suma importancia que debido a la gran cantidad de carga de trabajo que generalmente manejan los abogados y lo largo que pueden ser los procesos, es esencial que el abogado sepa formular metas, principios y procesos para manejar sus tiempos y sus casos efectivamente y con la mejor calidad ¹⁸.

La formación de las diversas competencias en el estudiante van correlativamente relacionadas a la calidad de educación que el estudiante recibe en la universidad, y en especial, al material del curso y la presentación del mismo mediante las diversas metodologías de enseñanza de los docentes. Si queremos que los profesionales del derecho sean competentes, es indispensable que las metodologías de enseñanza utilizadas en su educación los ayuden a desarrollar dichas competencias.

IV. La importancia de las metodologías de enseñanza en la educación

Como sabemos, la educación, en su sentido más general, es una forma de crear aprendizaje en donde el conocimiento, las habilidades y los hábitos de un grupo de personas (los estudiantes) son transformados por medio de la enseñanza, los entrenamientos, las investigaciones o la autodidáctica (19).

Los profesores en la Universidad, son quienes se dedican a la enseñanza, la transmisión de valores, técnicas y conocimientos de una materia y a facilitar el aprendizaje para los alumnos²⁰. Lo anterior, lo hacen por medio de las metodologías de enseñanza, las cuales consisten en los

¹⁶ <http://legalcareers.about.com/od/legalcareerbasics/tp/Legal-Skills.htm>

¹⁷ <http://lawschools.com/resources/top-10-qualities-of-a-great-lawyer>

¹⁸ https://www.americanbar.org/newsletter/publications/new_lawyer_home/ideal.html

¹⁹ Dewey, John "Democracy and Education". Páginas 1-4.

²⁰ <http://es.wikipedia.org/wiki/Profesor>

principios y métodos utilizados para fomentar el aprendizaje, la enseñanza y la educación²¹.

Si bien una Universidad puede contar con los mejores materiales y currículos, si no tiene las mejores formas para hacerle llegar el material y las enseñanzas a los estudiantes, la Universidad no está educando correctamente a los futuros profesionales.

La forma de transmitir todos los conocimientos necesarios y desarrollar las habilidades y competencias requeridas es por medio de las metodologías de enseñanza.

Existe mucha información acerca de las diversas formas por medio de la cual un docente puede presentar el material de la clase al estudiante y cómo el docente debe desarrollar habilidades y competencias en los estudiantes. De igual manera, existe mucha información sobre lo que el docente no debe hacer en el aula de clases.

La correcta elección y desarrollo de la metodología de enseñanza no es tarea fácil, pero es fundamental para el correcto aprendizaje del estudiante²². Es de suma importancia que el docente sepa elegir e implementar las metodologías de enseñanza adecuadas para el desarrollo del material y de las competencias correspondientes en el estudiante. A su vez, es importante considerar que no sirve de nada que el docente conozca diversas metodologías de enseñanza si no se sabe qué metodología de enseñanza debe aplicar para cada caso en particular.

V. La corriente instructivista y la corriente constructivista

A lo largo de la historia de la educación, varios filósofos, educadores e investigadores han propuesto una diversa gama de teorías y corrientes relacionadas a la naturaleza del proceso de aprendizaje y de enseñanza. Luego de varios siglos, muchas de estas teorías y corrientes sobre la naturaleza del conocimiento, su adquisición, su organización, y sobre cómo se les debe enseñar a los estudiantes, aún siguen en discusión por los estudiosos de la educación.

En esta ocasión, consideramos pertinente analizar dos corrientes clásicas de enseñanza: la corriente instructivista y la corriente constructivista, ya que la primera es la que actualmente predomina en la enseñanza jurídica, mientras que como veremos posteriormente, la segunda también es común en las mejores instituciones de educación legal en el mundo.

²¹ http://en.wikipedia.org/wiki/Teaching_method

²² <http://www.etln.org.uk/resources/page13.html>

La corriente instructivista es el modelo convencional de enseñanza utilizada hoy día en la mayoría de las universidades a nivel global²³. La corriente instructivista se enfoca en dar instrucciones directas y explícitas a los estudiantes sobre lo que deben hacer, a *contrario sensu*, de hacer que el estudiante explore el conocimiento.

La corriente instructivista se basa fundamentalmente en la filosofía e ideas de John Locke relacionada a la *tabula rasa*, misma que desarrolla que la mente del ser humano es creada en blanco, y que es desarrollada por medio de las directrices que adquiere. Por lo anterior, bajo esa percepción de John Locke, y bajo la corriente Instructivista, la mayor responsabilidad del educador es entonces llenar las mentes de los estudiantes con información y con instrucciones.

A su vez, los autores más renombrados y que mayormente apoyan la teoría instructivista, Skinner, Merrill y Carrol²⁴, establecen que el docente debe ser el elemento principal en la enseñanza del estudiante. Dichos autores concuerdan también que el docente debe usar métodos de enseñanza estándares para todos los estudiantes.

Skinner, Merrill y Carrol concuerdan en que en su esencia la corriente instructivista se basa en los siguientes principios²⁵:

- Enseñanza precisa
- Enseñanza estandarizada
- Enfoque conceptual
- Instrucción

Por otra parte, la corriente constructivista, como bien se puede asumir de su nombre, apoya la postura de que la mente del ser humano no empieza en blanco, sino que el conocimiento y el aprendizaje se construyen en base a la información y creencias previas.

En base a lo anterior, los mayores defensores del constructivismo, Dewey, Rousseau, Piaget y Vygotski²⁶, apoyan la postura que el docente debe hacer más que proveer instrucciones e información al estudiante; el docente debe prestar atención para resolver, aclarar y estimular el análisis del estudiante.

A su vez, Dewey, Rousseau, Piaget y Vygotski concuerdan que los principios esenciales del constructivismo son en su esencia²⁷:

²³ <http://repository.cmu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1126&context=hshonors>

²⁴ http://inclusionclub.s3.amazonaws.com/learning_theory.pdf

²⁵ <http://susanlucas.com/it/ai1601/instructivism.html>

²⁶ http://inclusionclub.s3.amazonaws.com/learning_theory.pdf

²⁷ <http://www.bu.edu/wcp/Papers/Amer/AmerVand.htm>

- El aprendizaje activo
- Aprendizaje contextual
- Aprendizaje colaborativo
- Currículo espiral
- Desarrollo cognitivo
- Desarrollo analítico y crítico

Hoy día, la corriente Instructivista es la que predomina en la educación jurídica. Como hemos visto, esta metodología incita fundamentalmente la retención y memorización de conocimiento. Por otra parte, la corriente Constructivista, que como veremos más adelante puede también ser implementada en la educación legal, ayuda al estudiante a desarrollar su habilidades cognitivas, es decir, “a pensar”.

VI. Las metodologías de enseñanza más comunes en la educación jurídica.

Si bien a nivel global existen diversas metodologías de enseñanza aplicables a la enseñanza del derecho, generalmente se destacan cuatro (4) metodologías de enseñanza entre las más mejores²⁸.

Estas cuatro metodologías de enseñanza usualmente son utilizadas en la gran mayoría de las mejores facultades de derecho del mundo, y entre las más reconocidas: Universidad de Harvard, Universidad de Michigan, Universidad de Nueva York, Universidad de Oxford, Universidad de Cambridge y Universidad de Londres²⁹.

- Clase magistral: metodología de enseñanza que generalmente consiste en una presentación oral dictada por un docente que tiene como intención presentar información o enseñarle al estudiante sobre algún tipo de tema en particular (30).
Corriente: Instructivista.

Competencias que desarrolla: conocer.

- Tutoría: metodología de enseñanza que generalmente consiste en una sesión privada con una cantidad mínima de participantes en donde el

²⁸ Entrevistas (Ver capítulo 3-4). Ver también “Techniques for teaching law”, Gerald F. Hess y Steven Friedland. Ver también “How We Teach: A Survey of Teaching Techniques in American Law Schools”, pag 27. Ver también:

<http://digitalcommons.law.seattleu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1489&context=sulr>

²⁹ Ver resultados de encuestas.

³⁰ <http://en.wikipedia.org/wiki/Lecture>

tutor (docente) procura desarrollar niveles aprendizaje en el estudiante de manera directa y personalizada (31).

corriente: Constructivista.

Competencias que desarrolla: Conocer, comunicar, investigar, persuadir, capacidad jurídica crítica, capacidad analítica, organización y manejo del tiempo

- Juego de funciones: Metodología de enseñanza en donde el estudiante aprende al docente ponerlo en una situación en donde se espera que el estudiante actúe como si fuese una persona en particular³².

corriente: constructivista.

Competencias que desarrolla: conocer, negociar, comunicar, investigar, persuadir, emprendimiento y perseverancia, organización y manejo del tiempo

- Método socrático: metodología de enseñanza que se fundamenta en el debate entre el docente y el estudiante en donde el docente le realiza preguntas al estudiante para estimular las habilidades de pensamiento crítico del estudiante³³.

corriente: constructivista.

Competencias que desarrolla: conocer, comunicar, investigar, capacidad jurídica crítica, capacidad analítica, organización y manejo del tiempo.

VII. Conclusiones y recomendaciones

La educación, es la llave para lograr un mejor mundo. Lo anterior se ha comprobado por medio de diversos estudios y análisis³⁴. Consecuentemente, la educación legal juega un papel muy importante en el desarrollo del mundo y de los individuos que en el habitan, ya que por medio de la misma, se forma a los profesionales que estarán involucrados en el mundo del derecho, mundo que está relacionado con todo.

Para poder contar con los mejores profesionales del derecho, que a su vez ayuden a mejorar el estado del mundo, estos deben ser competentes en la rama jurídica. Para lograr esto, se debe influir en la educación jurídica, para que por medio de la misma, se desarrollen correctamente las competencias y habilidades que requiere un abogado.

³¹ <http://en.wikipedia.org/wiki/Tutor>

³² <http://www.cehs.ohio.edu/resources/documents/graves.pdf>

³³ http://en.wikipedia.org/wiki/Socratic_method

³⁴

<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTABOUTUS/0,,contentMDK:23262014~pagePK:51123644~piPK:329829~theSitePK:29708,00.html>

En línea con lo anterior, somos de la opinión que es indispensable migrar a la implementación de más metodologías de enseñanza de la corriente constructivista para lograr que el estudiante aprenda a pensar, analizar y criticar y no sólo a memorizar y retener conocimiento. Si logramos asegurar que la mayor cantidad de facultades de derecho implementen las cuatro metodologías estudiadas en el presente artículo: el método socrático, las tutorías, el juego de funciones y la clase magistral bien ejecutada, podemos estar un paso más cerca asegurar que se gradúen profesionales jurídicos con las nuevas competencias analizadas. Si logramos hacer lo anterior, habrá muchos más profesionales del derecho que harán que en su momento los derechos se valgan y que desarrollarán a su vez políticas en beneficio de la sociedad.

**LA POTESTAD SANCIONADORA DEL
ESTADO: PRINCIPIOS, GARANTÍAS Y LA
INFLUENCIA DEL DERECHO
ADMINISTRATIVO INTERAMERICANO***

EDUARDO JOSÉ MITRE GUERRA

I. Introducción:

A partir de la conformación liberal del Estado y la concepción del pacto social se legitima al Estado como garante de la convivencia social. De esta manera se instituye al Estado con poderes suficientes como para garantizar los derechos y libertades de las personas como también con poderes para restringir aquellos con el objeto de preservar a la sociedad y sus bienes jurídicos. Tal ejercicio se fundamenta en la aplicación de potestades punitivas, es decir, originalmente, mediante el ejercicio material del Derecho penal y, seguidamente, además, por medio del Derecho administrativo. Es así como se conforma el *ius puniendi*, es decir mediante la legitimación formal y material del ejercicio de la potestad del Estado para imponer penas, sanciones o medidas de seguridad ante la comisión de delitos o faltas administrativas¹. En otras palabras, la aplicación de la ley penal, por un lado, y la potestad sancionadora por el otro.

* Este artículo tiene su origen en la ponencia presentada en el “Seminario sobre Potestad Sancionadora de la Administración del Estado” organizado por el Ministerio de Justicia de España y la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo, celebrado del 16 al 19 de abril de 2007 en Cartagena, Colombia. Para su publicación, ahora, ha sido corregido, actualizado y ampliado con base a las observaciones recibidas durante mi estancia en la Universidad de Zaragoza, por los profesores del doctorado de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y del Departamento de Derecho Público de esa universidad española. A ellos un agradecimiento especial así como también al Dr. JAIME JOVANÉ, Director del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Santa María la Antigua, de Panamá, quien gentilmente propuso su publicación.

** Doctor en Derecho (programa de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales) y Máster en Derecho de Aguas, de los Recursos Naturales y Medio Ambiente por la Universidad de Zaragoza, España. Magíster en Derecho Procesal y Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Latina de Panamá. Ha realizado además cursos de especialización sobre Potestad Sancionadora del Estado en Colombia y sobre Responsabilidad Patrimonial del Estado en Guatemala, a través de los programas de formación del Ministerio de Justicia de España y la AECID. Es autor del libro titulado: “El Derecho al Agua. Naturaleza Jurídica y Protección Legal en los Ámbitos Nacionales e Internacional” (Iustel, Cathalac, Madrid, 2012,). Obra galardonada con el X Premio Académico Excmo. Sr. “Luis Portero García” de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Granada.

A nivel laboral, ha ocupado distintos cargos en el Ministerio Público y en el Órgano Judicial. En la actualidad se desempeña como Asistente de Magistrado en la Corte Suprema de Justicia; colabora como Investigador Asociado en el Centro del Agua del Trópico Húmedo para América Latina y el Caribe

Ahora, si bien el Derecho administrativo sancionador emerge del Derecho penal y, por tanto, con fundamento en los principios rectores de éste, en sus orígenes adolecía de garantías procedimentales, esto es, ya que, como se sabe, la razón primaria del Derecho administrativo ha sido eminentemente sustancial. No obstante, esta concepción pasa a ser cuestionada en medio de un proceso histórico que se verifica en el paso del absolutismo a la conformación del Estado de Derecho y en éste con la instauración de la justicia contencioso-administrativa.

Lo anterior, sin embargo, hay que decirlo, no termina de perfeccionar el ejercicio justo de la potestad sancionadora del Estado. De ahí que ésta potestad, como el resto de potestades administrativas², se vea comprometido en medio un vigoroso proceso de judicialización de la vía gubernativa que tuvo lugar con especial énfasis a mediados del s XX, y que en nuestro país obtiene máxima expresión mediante la adopción de la Ley 38 de 2000 sobre "Procedimiento Administrativo General". A partir de la intervención del Derecho procesal en los quehaceres de la Administración se instituye, entonces, un mecanismo procedimental basado en etapas y en la intervención de las partes involucradas con el objeto de garantizar un juicio justo y razonable sobre el merito de la aplicación de la sanción punitiva. Es decir que, se confina de una vez por todas aquel "Derecho Represivo Prebeccariano" al que alude Eduardo García Enterría³, y se pasa a la conformación de un poder administrativo apegado al cumplimiento del principio de legalidad y la garantía de los derechos procesales del enjuiciado administrativamente.

(CATHALAC), y ejerce la docencia en la Licenciatura de Derecho y Ciencias Políticas y en la Maestría de Derecho Procesal de la Universidad Latina de Panamá, sede central y de Santiago, respectivamente.

¹ Vid. RANDO CASERMEIRO, P., *La Distinción entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador: un análisis de política jurídica*, Tirant lo blanch, Valencia, 2010.

² Se habla de potestades administrativas y de las características que ellas ofrecen, "como son la reglamentaria, la impositiva, la expropiatoria, la policial, la sancionatoria, la disciplinaria, la organizatoria, la certificante. Algunas de ellas son innovadoras, pues tienen la posibilidad de crear, modificar o extinguir situaciones o relaciones jurídicas concretas, derechos, deberes, obligaciones, normas; otras, como la certificante, conservan o tutelan lo existente (también la policial en ciertos casos)". Vid. VIDAL PERDOMO, J., *Derecho Administrativo*, 13ª ed., Bogotá, Legis, 2008, pp. 285-286.

³ Es decir, anterior a "todos los refinamientos técnicos que el acogimiento que los principios de Beccaria ha supuesto para el Derecho Penal actual". Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y RAMÓN FERNÁNDEZ, T., *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, Civitas, Madrid, 2002, p. 167.

Así se confirma en la dogmática jurídica la demarcación de la potestad sancionadora del Estado de la potestad penal, aunque sigan siendo de ejercicio exclusivo de la Administración y con fundamento en principios (sustantivos y procedimentales) compartidos. Ahora bien, como se observará seguidamente, éste poder del Estado se tiende a delinear y limitar por los cánones *constitucionales que afectan a la Administración. En otras palabras, está sujeto “a las necesarias cautelas, que preserven y garanticen los derechos de los ciudadanos”*⁴; así como también, en nuestra región, con mucha fuerza en los últimos años, a la influencia de la doctrina interamericana de derechos humanos.

Así pues, en este trabajo se aborda en primer lugar los aspectos sustanciales que rigen la potestad sancionadora del Estado de acuerdo a la dogmática jurídica y la jurisprudencia nacional y, en segundo lugar, se examinan las implicaciones que surgen de la influencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el Derecho administrativo, en especial con relación a la actividad sancionadora del Estado y las garantías del procedimiento sancionatorio que en esta sede se han desarrollado.

II. Fundamentos de la Potestad Sancionadora del Estado:

Entre los rasgos característicos de la Administración Pública se encuentra la potestad para imponer sanciones, es decir, la autoridad para sancionar a las personas vinculadas o no a la Administración, que con su actuar incurren en una conducta tipificada y/o sancionable por el ordenamiento administrativo. Genera, por tanto, una relación jurídica, sujeta al Derecho Pública, en la que la Administración ocupa la posición de sujeto activo.

La potestad sancionadora no es más que el ejercicio del Derecho sancionador, el cual, tiene como finalidad mantener el orden del sistema y reprimir por medios coactivos, aquellas conductas contrarias a las políticas del Estado. Esto es, básicamente, porque como ha dicho la Sentencia de 27 de noviembre de 2008, la facultad *“derivada del “ius punendi” se ha extendido al ámbito administrativo a efecto de fiscalizar los comportamientos de los administrados y de los funcionarios de la administración adscritos a este ente, así como para la imposición de medidas restrictivas de derechos ante la inobservancia de las reglas que este régimen prescribe”*⁵. Por tanto, como lo reconoce la Sala Tercera en

⁴ STC 77/1983, de 3 de octubre (RTC 1983,77).

⁵ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala 3ª, Proceso Contencioso Administrativo de Plena Jurisdicción, *María de Carmen Lezcano vs. PTJ*, Sentencia de 27 de noviembre de 2008, M.P. Adán Arnulfo Arjona.

el citado fallo, el *“ius puniendi o Derecho represor del Estado está integrado por dos ordenamientos: el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador, respondiendo ambos a unos principios básicos comunes elaborados tradicionalmente desde la dogmática jurídico-penal [...]”*.

Ahora bien, aun cuando esta potestad comparta características con el Derecho Penal, como señala Jaime Jované, está fundamentada “en virtud del principio de intervención mínima del derecho penal”⁶. No obstante, como heredera de los fundamentos de aquella, está integrada por distintas facultades que el Consejo de Estado español en su Dictamen 3547/1997, de 24 de julio, distinguió con claridad al determinar, por un lado, que supone una facultad de *establecimiento*: que es por esencia, normativa, y se refiere a la determinación de las infracciones y sanciones; y por el otro, una facultad de *imposición y de ejecución*: que presupone la constatación previa de una infracción, se refiere a la aplicación de las sanciones administrativas. Exige, por tanto, la determinación previa de los infractores por medio de un procedimiento dirigido por la autoridad. Y, por lo demás, comporta una facultad de ejecución, es decir, de ejecutar la sanción impuesta.

1. Naturaleza de la sanción administrativa:

De acuerdo con la doctrina, el concepto de sanción administrativa es calificado como: *“una resolución administrativa de gravamen que disminuye o debilita –incluso elimina– algún espacio de la esfera jurídica de los particulares, bien porque se le priva de un derecho, bien porque se le impone un deber u obligación, siempre como consecuencia de la generación de una responsabilidad derivada de la actitud de los mismos”*; así lo señala José Bermejo Vera, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza⁷. En palabras de Eduardo García Enterría, se trata de *“un mal infligido por la Administración al administrado como consecuencia de una conducta ilegal”*⁸.

Existen distintos tipos de sanción administrativa de acuerdo a la gravedad de la conducta, pero sobre todo debe resaltarse que en la Administración Pública existen tantas sanciones administrativas tipificadas por cuanta cantidad de competencias de la Administración. En nuestro medio jurídico las sanciones administrativas se clasificarían entre

⁶ JOVANÉ BURGOS, J., *Derecho Administrativo. Principios Generales de Derecho Administrativo*, t.I, Cultural Portobelo, Panamá, 2011, p. 290.

⁷ BERMEJO VERA, J., *Derecho Administrativo. Parte Especial*, Civitas, Madrid, 1999, p. 81.

⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y RAMÓN FERNÁNDEZ, T., op. cit., p.163.

disciplinarias⁹ y contravenciones administrativas; división que ha adoptado la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso Administrativa siguiendo a la doctrina iusadministrativa¹⁰.

En cuanto a las primeras, en nuestro ordenamiento jurídico se identifican las sanciones administrativas entre aquellas establecidas con el “*fin asegurar la observancia de las normas de subordinación jerárquica y, en general, el exacto cumplimiento de todos los deberes de la función*”¹¹. Por ejemplo, las infracciones a los deberes y obligaciones de los funcionarios públicos, previstas en la Ley 18 de 3 de junio de 1997 y sus reglamentos, que instituye el régimen disciplinario dentro de la Policía Nacional o las señaladas en el estatuto disciplinario del Ministerio Público¹², etc. En ese sentido, en materia ambiental se encuentran estipuladas las infracciones administrativas que resultan de los artículos 114 y 115 de la Ley 41 de 1 de julio de 1998, y las que se generan por los daños ambientales señalados en general en el ordenamiento jurídico ambiental panameño. Así también, se encuentran en este contexto las sanciones tributarias y de aduanas (Código Fiscal), las sanciones en materia de telecomunicaciones (Ley 26 de 1996 y Ley 31 de 8 de febrero de 1996 y modificaciones), sobre la prestación del servicio de energía

⁹ Derivadas de la ejercicio de la potestad disciplinaria, lo que es definido por Santiago Muñoz Machado común sistema jurídico conducente a sancionar o castigar determinadas conductas del personal funcionario de las administraciones públicas que constituyen incumplimiento de los deberes y obligaciones que a éstos les corresponden en razón de la relación de servicios con la finalidad de preservar y obtener el correcto funcionamiento de la organización administrativa”. Vid. MUÑOZ MACHADO, S., *Diccionario de Derecho Administrativo*, Iustel, Madrid, 2005, p.1271.

¹⁰ Así se desprende del Fallo de 22 de junio de 2007, en el que se indica que: “en cuanto al tema de las sanciones administrativas, el connotado tratadista argentino Roberto Dromi las clasifica en disciplinarias y contravencionales. De acuerdo a Dromi, las sanciones administrativas disciplinarias “son el resultado del poder de supremacía de la Administración, que tiene por fin asegurar la observancia de las normas de subordinación jerárquica y, en general, el exacto cumplimiento de todos los deberes de la función”. (DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*, Séptima Edición, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, página 301)”. Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala 3ª, Proceso Contencioso Administrativo de Plena Jurisdicción, *Benjamín Rodríguez Ávila vs. Contraloría General de la República*, Sentencia de 22 de junio de 2007, M.P. Adán Arnulfo Arjona.

¹¹ *Ibíd.*

¹² Sobre lo cual resulta obligado consultar la obra del Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Víctor Leonel Benavides Pinilla, especialmente, el Capítulo XVIII referente al Régimen Disciplinario del Ministerio Público y Debido Proceso en Panamá. Vid. BENAVIDES PINILLA, V., *Compendio de Derecho Público Panameño*, pról. Jaime Rodríguez-Arana, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá, 2012, pp. 417-518.

eléctrica (Ley 26 de 1996, y Ley 6 de 3 de febrero de 1997 y Decreto Ejecutivo 22 de 2002), entre otros.

A su vez, resulta interesante señalar que en nuestro Derecho administrativo existen ciertas excepciones a la aplicación de la sanción administrativa. Dentro de las más resaltables están, por un lado, como excepción a la sanción y por lo tanto al proceso sancionador el ejercicio del poder discrecional por parte del Órgano Ejecutivo (art. 629 numeral 18 del Código Administrativo) y/o la autoridad nominadora sobre el nombramiento y remoción de servidores públicos no amparados bajo el régimen de carrera administrativa (Ley 9 de 20 de junio de 1994). En este caso, se entiende que para la disposición de los cargos ocupados por servidores públicos en funciones sujetas al libre nombramiento y remoción, no es necesario que la autoridad motive o fundamente en una causal disciplinaria la remoción del funcionario, previo la aplicación de los trámites del debido proceso sancionador, ya que éstos no se encuentran asegurados con el derecho de estabilidad que la prodiga la Carrera Administrativa o una ley especial. Esta concepción, sin embargo, ha sido condicionada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia con el objeto de controlar su uso indiscriminado dado los antecedentes poco ordenados de la Administración. Es así que la doctrina jurisprudencial más reciente ha señalado que aun cuando se trate de un funcionario de libre nombramiento y remoción, si los motivos de la remoción son de índole sancionatorios y/o se inicia un proceso en ese sentido, la autoridad está en la obligación de cumplir con todos los rigores procedimentales previo a la determinación y aplicación de la sanción disciplinaria.

El otro supuesto de excepcionalidad es de naturaleza contractual. En ese sentido, como excepción al ejercicio de la potestad sancionadora atribuida a la Autoridad de los Servicios Públicos, se advierte la existencia de determinadas cláusulas pactadas en el Acuerdo Contractual de Interconexión en materia de telecomunicaciones. En esa dirección, la Sala de lo Contencioso Administrativo ha puesto de manifiesto que:

Desde esta perspectiva no puede perderse vista que si bien nos encontramos ante una relación jurídica entre dos personas de derecho privado, la aplicación del principio de autonomía de la voluntad que informa el contenido mismo de las cláusulas pactadas, enfrenta ciertas atemperaciones puesto que en ningún momento puede perderse de vista que el régimen de la interconexión tiene una finalidad de carácter general en beneficio de los usuarios y libre competencia en el sector. Esto hace que los operadores tengan un relativo margen de libertad contractual para fijar los términos de su relación, pero ello de ningún modo

puede implicar de forma absoluta una interpretación tan rígida que excluya por completo que la entidad reguladora del sector, en este caso, la ASEP, no pueda ejercer las atribuciones y competencias que le ha delegado la Ley para la protección del bien común¹³.

No obstante lo anterior, tal excepción desde el punto de vista jurídico, no admite *“que los concesionarios puedan acordar entendimientos ínter partes que vayan a sustraer o mediatizar el ejercicio de las competencias que la Ley le asigna a la ASEP en el ámbito de las telecomunicaciones”*. De ahí que la Sala Tercera puntualice que aun cuando la autoridad reguladora debe respetar la autonomía de la voluntad de los contratantes, no se puede desconocer que la reguladora está instituida para ejercitar sus atribuciones competenciales, como máxima reguladora del sector de las telecomunicaciones, cuando el conflicto entre los operadores trascienda a la esfera general ya sea interrumpiendo la interconexión o poniendo en peligro ésta de forma que se afecte la prestación del servicio en condiciones de calidad y regularidad. Así, ésta puede sancionar a través de la imposición de multas al operador que incumpla la adopción de medidas para hacer efectiva la orden administrativa de interconexión, tal como prevén los artículos 297 y 298 del Decreto Ejecutivo No.73 de 1997.

Por otro lado y ya para finalizar este apartado, solo queda por hacer referencia a la característica diferenciadora de los tipos de sanciones administrativas de acuerdo a su naturaleza.

De acuerdo a la naturaleza de la sanción administrativa, la finalidad de la sanción es eminentemente punitiva, aunque de manera cuasi-sancionatoria se pueda hablar de otras medidas coercitivas derivadas del ejercicio del Derecho sancionador y que como tales representan una carga al individuo; éstas son las medidas resarcitorias, de reparación o indemnización (muy típicas en materia ambiental).

Como señala Alejandro Nieto García en el ordenamiento jurídico pueden confluír perfectamente diversas consecuencias jurídicas diferentes a la sanción administrativa, como lo son las multas coercitivas, responsabilidad civil, medidas provisionales y/o medidas que afectan títulos otorgados, sin que éstas constituyan sanción administrativa propiamente dichas¹⁴. Éstas representan otras formas de expresión de la

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala 3ª, Proceso Contencioso Administrativo de Plena Jurisdicción, *C&W Panamá vs. ASEP*, Sentencia de 13 de marzo de 2009. M.P. Hipólito Gil Suazo.

¹⁴ NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 2005, p. 197.

Administración así como consecuencias derivadas de una acción u omisión del administrado que generan responsabilidad, más no sanción administrativa. Sin embargo, si habría que diferenciar de lo anterior, que la sanción sí que puede comportar de forma *principal*, una penalidad cuyo objetivo es la prevención mediante la coacción, pero también de forma *accesoria*, la reparación por medio de la restauración del daño y su indemnización pecuniaria (p.ej. en materia ambiental: es típica la expresión del principio quién contamina paga).

Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español se refiere al diferenciar que *“la función represiva, retributiva o de castigo es lo que, según hicimos hincapié en la STC 276/2000, de 16 de noviembre (RTC 2000\276), F. 3, distingue a la sanción administrativa de otras resoluciones administrativas que restringen derechos individuales con otros fines (coerción y estímulo para el cumplimiento de las leyes; disuasión ante posibles incumplimientos; o resarcimiento por incumplimientos efectivamente realizados)”*¹⁵. Esto es, por cuanto, mediante la sanción administrativa sería el “resultado de la trasgresión del ordenamiento jurídico por una conducta ilícita y punible”, otras medidas asociadas a la sanción como la reparación e indemnización serían frutos de la primera.

Otro aspecto a diferenciar, es que si bien el ejercicio del poder sancionatorio está sujeto al principio sustantivo de tipicidad, es decir que, la sanción administrativa debe estar dispuesta de forma precisa en el ordenamiento jurídico previo a su aplicación (*nullum crimen nullu poena sine lege*)¹⁶, en el Derecho Administrativo como en el Derecho Penal se consiente la remisión a normas sancionadoras en blanco (lo que es lo mismo en materia penal, a los tipos penales en blanco). Esta modalidad implica que si bien la ley se encarga de la regulación en lo esencial de las infracciones administrativas, las normas reglamentarias se encargarían de complementar la descripción de la conducta y el contenido del tipo sancionatorio. De acuerdo con la doctrina la estructura básica de las normas sancionadoras en blanco *“se basan en el uso de dos preceptos distintos para integrar un solo tipo infractor. En primer lugar se encuentra la norma en blanco, que es la que tipifica realmente al señalar que la adopción de un determinado comportamiento, activo u omisivo, cuyos detalles se dejan a la norma de remisión, será constitutiva de infracción. En segundo lugar se encuentra la norma de remisión o integradora, que no se dirige, propiamente, a tipificar infracción alguna, sino a la simple regulación de un determinado ámbito o sector o, incluso más*

¹⁵ STC 132/2001 de 8 de junio (RTC 2001,132).

¹⁶ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Pleno, Advertencia de Inconstitucionalidad, *Compañía Inmobiliaria San Felipe, S.A., c. artículo 38 del Decreto Ley 9 de 27 de agosto de 1997*, Sentencia de 12 de junio de 2012. M.P. Oyden Ortega Durán.

*modestamente, a la simple imposición de deberes, por lo que ni siquiera tendrá siempre carácter normativo*¹⁷.

Esta modalidad ha sido receptada en nuestra jurisprudencia, quizás no de forma conclusiva. Sin embargo, se puede percibir su valoración a través de consideraciones de la Sala Tercera en las que, por ejemplo, ha señalado que *“En materia administrativa, la sanción administrativa es la consecuencia que impone la Administración Pública a todo aquel que transgreda el ordenamiento jurídico administrativo”*¹⁸. Ahora bien, una consideración como ésta, si se lee de forma literal, podría generar excesos dada la amplitud en la referencia al “ordenamiento jurídico”. Parece, por tanto, más lógico y consecuente con el principio de legalidad que la conducta sancionable se deduzca de la infracción de la *ley aplicable* como de las normas reglamentarias que complementan a ésta. Así, se desprende de lo dicho por la Sala Tercera al estimar lo siguiente:

En relación con el artículo 200 del Decreto Ley 1 de 1999, la Sala también disiente de la opinión del demandante, toda vez que, tal como indicó la Comisión en su informe de conducta, en el presente caso la sanción administrativa impuesta al demandante no deviene directamente de la aplicación del artículo 200 del Decreto Ley 1 de 1999, sino del incumplimiento de lo normado en los Acuerdos N° 7-2000 de 19 de mayo de 2000 y del Acuerdo N° 9-01 de 6 de agosto de 2001¹⁹.

2. Principios del Derecho Sancionador:

La aplicación de sanción administrativa se encuentra aparejada a los principios del Derecho sancionador. Es así que la sanción administrativa no podría ser impuesta sin la atención a los principios que configuran su determinación.

Este sentido, los principios del Derecho sancionador, como se advirtió antes, emergen del Derecho penal. Se trata de principios que en *stricto sensu* informan y configuran el alcance y efecto de la actividad

¹⁷ ALARCÓN SOTOMAYOR, L., et al, *Derecho Administrativo Sancionador*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 130.

¹⁸ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Pleno, Advertencia de Inconstitucionalidad, *Benjamín Rodríguez Ávila vs. Contraloría General de la República*, Sentencia de 22 de junio de 2007. M.P. Adán Arnulfo Arjona.

¹⁹ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala 3ª, Proceso Contencioso Administrativo de Plena Jurisdicción, *José Manuel Araúz vs. Comisión Nacional de Valores*, Sentencia de 22 de septiembre de 2006, M.P. Adán Arnulfo Arjona.

sancionadora. De ahí que la doctrina como la jurisprudencia comparada coincidan al señalar que los principios del derecho sancionador sean únicamente exigibles en los casos de aplicación del *ius puniendi* del Estado, estos son en lo sustancial principios derivados del principio de legalidad, en concreto, como lo sostiene la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, “*los principios que fundamentan esta facultad son los de legalidad, tipicidad, irretroactividad, proporcionalidad, regla del "non bis in ídem", culpabilidad y de prescripción*”²⁰.

En nuestro medio, en la mayoría de los casos estos principios se deducen implícitamente de la regulación administrativa aplicable, pero por encima de todo dimanar del artículo 31 y 32 de la Constitución Política; normas que consagra el principio de legalidad y debido proceso en Panamá. A partir de estos preceptos constitucionales, como señala Jované Burgos, se tiene que “*para que se pueda llevar a cabo un procedimiento administrativo sancionador, se requiere que la infracción o la falta administrativa haya sido previamente descrita o contemplada en una Ley o norma. De ésta manera, también se garantiza el cumplimiento de otra serie de preceptos tales como la irretroactividad, tipicidad, etc.*”²¹.

Sin embargo, más allá de la constatación normativa en el Derecho panameño los principios rectores de la potestad sancionadora del Estado han sido resultado de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Así pues, pasamos a describir, aunque no exhaustivamente, la definición que le ha dado la doctrina jurisprudencial nacional a estos principios:

- *El principio de legalidad:*

“De conformidad con el principio de legalidad desarrollado el ámbito del derecho administrativo, que establece que la ley formal debe establecer los principios básicos del procedimiento administrativo sancionador y definir los cuadros de infracciones y sanciones y plazos de prescripción, y competencias específicas, se observa que la Comisión Nacional de Valores está debidamente facultada por ley para ejercer la potestad sancionadora. De igual forma, la ley de valores regula los recursos que se pueden interponer contra las decisiones adoptadas por la Comisión, (artículo 15), las actividades que están prohibidas en el ámbito de aplicación de la ley (título XII de la ley), las responsabilidades y sanciones derivadas de quedar

²⁰ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala 3ª, Proceso Contencioso Administrativo de Plena Jurisdicción, *Aquilino de la Guardia Romero vs. Comisión Nacional de Valores*, Sentencia de 30 de enero de 2009.

²¹ JOVANÉ BURGOS, J., op. cit., p. 292.

inmersos en estas conductas (título XIII) y los procedimientos a seguir en las investigaciones que se realicen (título XVI)”²².

- *El principio non bis in ídem:*

“En la doctrina y la jurisprudencia si bien se ha sostenido que no existe violación al *principio del non bis in ídem* cuando los Tribunales como la Administración sancionan a una misma persona por los mismos hechos, justificando tal posición en el ejercicio del *ius puniendi*, de los Tribunales y al mismo tiempo por la potestad sancionadora de la Administración, dado que suponen la aplicación de distintos tipos de correctivos penales y administrativos, que protegen intereses distintos en uno y otro ordenamiento, esta no es la situación que se plantea en el caso in examine.

(...)

En este supuesto, hubo violación al principio del non bis in ídem, o Prohibición de doble juzgamiento pues la Administración incurrió en un exceso en la punición al sancionarse dos veces el mismo hecho. La administración no podía ordenar el descuento por tardanzas y al mismo tiempo ordenar la suspensión sin derecho a sueldo por este mismo hecho”²³.

- *El principio de tipicidad:*

“Así las cosas se debe reconocer que el régimen laboral especial del Canal de Panamá, las sanciones disciplinarias obedecen a una expresa tipicidad legal, la cual deriva de la ley, los reglamentos y las convenciones colectivas. Por lo tanto, no le está atribuido a ninguna de las partes de la relación laboral del Canal de Panamá unilateralmente, crear o establecer situaciones constitutivas de faltas administrativas.

La anterior condición de tipicidad de las sanciones, no sólo es propia del derecho laboral especial del Canal, sino que además, es piedra de toque del derecho sancionador del Estado panameño, el cual encuentra su más importante referente normativa en los (...) indicados artículos 17, 32, 302 y 322, de la Carta Fundamental.

²² Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala 3ª, Sentencia de 30 de enero de 2009, Aquilino de la Guardia..., *Ibidem*.

²³ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala 3ª, Proceso Contencioso Administrativo de Plena Jurisdicción, *Ruth Diana Rodríguez vs. Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral*, Sentencia de 11 de diciembre de 2009, M.P. Adán Arnulfo Arjona.

En este orden de ideas, el acto administrativo de sanción disciplinaria, debe ser producto de la ocurrencia de un "ilícito administrativo", denominado entre nosotros falta, la que ha de consistir para ser sancionable, en un comportamiento del sujeto que suponga una parcial contradicción con una norma cierta y previa que regule el régimen interior de la entidad pública específica. La tipicidad significa concreción en los ilícitos o faltas administrativas, que lleven aparejada alguna sanción, con la norma que establece dicha situación como reprochable²⁴.

- *Principio de culpabilidad:*

"El Derecho Administrativo sancionador, que es el que nos ocupa en el presente caso, es una manifestación del ordenamiento punitivo del Estado, por lo que los principios del orden penal son de aplicación en esta materia, con ciertos matices que varían por la naturaleza administrativa del proceso. En este sentido, la Administración, en el desarrollo de su potestad sancionadora deberá respetar las garantías y derechos reconocidos a los ciudadanos.

La concepción de la culpabilidad en el derecho administrativo sancionador es distinta a la concepción de culpabilidad del derecho penal, debido a la finalidad que persigue cada materia. En atención a este principio, quien ejerce la potestad sancionadora debe comprobar, a parte de la existencia de objetiva del incumplimiento de una norma legal, que el incumplimiento obedeció a una actuación intencional o negligente del sujeto que se pretende sancionar. En definitiva, en el derecho administrativo sancionador se requiere la concurrencia del elemento subjetivo de la culpa o dolo, vistos bajo la óptica particular del Derecho Administrativo"²⁵.

- *Principio de irretroactividad:*

²⁴ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala 3ª, Advertencia de Ilegalidad, *Autoridad del Canal de Panamá c. Laudo Arbitral de 13 de julio de 2005*, Sentencia de 5 de diciembre de 2007, M.P. Víctor Leonel Benavides Pinilla.

²⁵ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala 3ª, Proceso Contencioso Administrativo de Plena Jurisdicción, *HY SLP, S.A., vs. Ente Regulador de los Servicios Públicos*, Sentencia de 25 de agosto de 2005, M.P. Adán Arnulfo Arjona.

“Sobre el particular, la norma legal que modifica el artículo 1 de esta Ley no expresa que tiene efectos retroactivos, ya sea por ser de orden público o interés social, tal cual lo ordena la Constitución de la República en su artículo 43, que no huelga decir, establece el principio de irretroactividad de las Leyes, importantísimo en cuanto pilar del Estado de Derecho, que se traduce en esa confianza para la sociedad que genera la seguridad y certeza jurídica en la vida de relación y situaciones públicas y privadas reguladas por el Derecho”²⁶.

- *Principio de proporcionalidad:*

“El poder sancionador está sujeto al principio de legalidad, lo que determina la necesaria cobertura de ésta en una norma con rango legal, así como al principio de proporcionalidad, lo que abarca que la medida decretada debe adecuarse al hecho generador de la misma”²⁷.

- *El principio de prescripción:*

“Con relación a la prescripción de las faltas administrativas el artículo 145 de la Ley N° 9 de 1994, Ley de Carrera Administrativa, establece el término de 30 días de prescripción para la persecución de las faltas administrativas que no tienen prevista la sanción de destitución y 60 días en caso de faltas con sanción de destitución directa, contados desde que el superior jerárquico inmediato tuvo conocimiento de los actos señalados.

Es decir, que en el caso que se analiza, como la sanción que se impuso a la funcionaria RUTH DIANA RODRÍGUEZ GUERRERO, no es la destitución, sino la suspensión por dos días, sin derecho a salario, la persecución de la falta administrativa que se le endilgó, prescribía en el término de 30 días”²⁸.

²⁶ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala 3ª, Proceso Contencioso Administrativo de Plena Jurisdicción, *Marco Aurelio Aguilera vs. Universidad de Panamá*, Sentencia de 24 de octubre de 2007, M.P. Hipólito Gil Suazo.

²⁷ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala 3ª, Proceso Contencioso Administrativo de Plena Jurisdicción, *PRECONSA vs. Alcaldía de Chagres*, Sentencia de 27 de abril de 2009, M.P. Adán Arnulfo Arjona.

²⁸ Cfr. Corte Suprema de Justicia, *Ruth Diana Rodríguez vs. Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral...*, Ibídem.

3. El Procedimiento Sancionatorio y sus Garantías:

Como se ha podido ver la potestad sancionadora del Estado en lo absoluto presupone un poder vasto, por el contrario, *prima facie* encuentra sus límites en el principio de legalidad establecido en el artículo 31 de la Constitución Política. No obstante, los límites al poder sancionatorio no sólo emergen a nivel sustancial del principio de legalidad, sino también en el plano adjetivo de la garantía del proceso en el ejercicio de la actividad sancionatoria. En otras palabras, la potestad sancionadora del Estado se ve sometida a los principios y garantías formales y materiales derivados del artículo 31 y 32 del Texto Fundamental.

Sin duda alguna, de no ser por un proceso justo el ejercicio del poder sancionatorio resultaría arbitrario. De ahí que en el marco de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho sea ineludible cumplir con el ritual inter procedimental con vistas a determinar la procedencia o no de la sanción administrativa y los motivos de ésta.

En nuestro país, la jurisprudencia evolutiva de la Corte Suprema de Justicia ha dado lugar a la consideración de que los principios y garantías que son aplicables al proceso sancionatorio emergen de lo dispuesto en el artículo 32 de la Constitución Política y del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada mediante Ley 15 de 28 de octubre de 1977. De acuerdo con éstas disposiciones, ha indicado la Sala Tercera, los denominados procesos “sancionadores [...] deben estar precedidos del debido trámite, y por ende de ciertas garantías procesales, en procura del derecho de defensa”²⁹.

La *opinio juris* a la que nos referimos, si bien es ampliamente aceptada en la actualidad, no ha sido el resultado de un debate pacífico³⁰. A la luz de la Constitución de 1978, antes de las reformas que está ha sufrido, se consideraba de forma restringida que el debido proceso legal no era una garantía que afectaba a los trámites administrativos realizados a lo interno de la Administración Pública.

²⁹ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala 3ª, Proceso Contencioso Administrativo de Plena Jurisdicción, *Eusebia Calderón vs. Ministerio de Salud*, Sentencia de 14 de agosto de 2003. M.P. Adán Arnulfo Arjona.

³⁰ Vid. FÁBREGA ZARAK, R., *El Debido Proceso en la Administración Pública*, Ponencia publicada en julio de 1995, disponible en: <http://bd.organojudicial.gob.pa/registro.html>.

No obstante, esta orientación tiende a cambiar en la medida que se introdujeron reformas al texto constitucional, pero sobre todo, mediante la conformación doctrinal y jurisprudencial del bloque de la constitucional, a partir del cual se integró al conjunto normativo que compone el texto constitucional el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos³¹. Así, siguiendo la doctrina del bloque, la Corte Suprema de Justicia considera en materia sancionatoria lo siguiente:

En relación a este punto debemos manifestar que el fundamento Constitucional de la Potestad Sancionadora del Estado o de la Administración lo encontramos en el Título III denominado de los Derechos y Deberes Individuales y Sociales, Capítulo I de Las Garantías Fundamentales, artículo 32 de nuestra Carta Magna integrada con el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, aprobada mediante Ley No. 15 de 28 de octubre de 1977, que a la letra establecen lo siguiente:

(...)

De acuerdo con la norma citada en el ejercicio de esta potestad sancionadora que tiene el Estado, en la esfera judicial como en el ámbito administrativo, se tiene garantizar el cumplimiento del derecho al debido proceso que consagra la Constitución³².

Desde esa perspectiva, se entiende por tanto que la garantía del debido proceso en el procedimiento sancionador alude *“a los derechos a ser juzgado por tribunal competente, independiente e imparcial, preestablecido en la ley; permitir la bilateralidad y contradicción, aportar pruebas en su descargo, obtener sentencia de fondo que satisfaga las pretensiones u oposiciones, la utilización de los medios de impugnación legalmente establecidos, y que se ejecute la decisión jurisdiccional proferida cuando ésta se encuentre ejecutoriada”*³³. Y, que en consecuencia, *“en cada una de las etapas básicas del proceso administrativo sancionador, a saber: la fase de acusación o formulación de los cargos, el momento de los descargos o defensa frente a la acusación, en el periodo de pruebas y en la etapa de la decisión de fondo de la causa,*

³¹ Vid. HOYOS, A., *Justicia, Democracia y Estado de Derecho*, Serie Ensayos y Monografías Judiciales, Panamá, 1996, pp. 98-105; y MOLINO MOLA, E., *La Jurisdicción Constitucional en Panamá. En un Estudio de Derecho Comparado*, Biblioteca Jurídica Dike, Bogotá, 1998, pp. 432-439.

³² Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala 3ª, Proceso Contencioso Administrativo de Plena Jurisdicción, *María del Carmen Lezcano Contreras vs. PTJ...*, *Ibidem*.

³³ *Ibid.*

*la Administración tiene que garantizar el respeto del debido proceso legal*³⁴.

En la actualidad, sin embargo, la garantía del proceso sancionatorio no se agota con la sola remisión a la complementariedad del artículo 32 de la Constitución y el artículo 8 supranacional. Para tal efecto, la ley ha procurado establecer vías idóneas para la sumisión del procedimiento sancionador al debido proceso legal³⁵. Así, en el ámbito legal, el derecho a un debido proceso se encuentra establecido de forma general en el artículo 34 de la Ley 38 de 2000, el cual, siguiendo lo establecido en el texto constitucional y la norma convencional de derechos humanos, determina que las actuaciones administrativas de todas las entidades públicas se efectuarán sin menoscabo del debido proceso legal, con objetividad y con apego al principio de estricta legalidad. Y, en concreto, lo establece y desarrolla el artículo 200 numeral 31 de la Ley 38 de 2000, al supeditar al cumplimiento de ciertos requisitos de procedimiento, como lo son “*el derecho a ser juzgado conforme a los trámites legales (dar el derecho a audiencia o ser oído a las partes interesadas, el derecho a proponer y practicar pruebas, el derecho a alegar y el de recurrir) y el derecho a no ser juzgado más de una vez por la misma causa penal, policiva, disciplinaria o administrativa*”.

Más allá de lo anterior, de forma mucho más reciente, la garantía del procedimiento sancionatorio tiende a asociarse con “*una nueva vertiente del Derecho administrativo, concebido desde la perspectiva de los derechos humanos que supone un revulsivo en el enfoque dogmático tradicional de nuestra disciplina jurídica*”³⁶. Esta perspectiva, guarda relación con la doctrina del control de convencionalidad³⁷ iniciada a partir

³⁴ *Ibíd.*

³⁵ Sobre el debido proceso existe en Panamá una nutrida y sistemática jurisprudencia de la Corte Suprema de justicia, así como una doctrina jurídica de amplia tradición. Entre las principales obras que abordan el debido proceso en nuestro país, vid. HOYOS, A., *El Debido Proceso*, Temis, Bogotá, 1996; FÁBREGA ZARAK, R., op. cit.; BENAVIDES PINILLA, V., op. cit.; FÁBREGA PONCE, J

³⁶ JINESTA LOBO, E., «La Construcción de un Derecho Administrativo Común Interamericano: Reformulación de las fuentes del Derecho Administrativo con la Constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos», *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, año 11, No. 11-2011, p. 2.

³⁷ Sobre el control de la convencional, entre otros vid. FERRER MAC-GREGOR, E., «Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad el nuevo paradigma para el juez mexicano», en CARBONELL, M., y SALAZAR, P. (coords.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: un nuevo paradigma*, UNAM, México, 2011, pp. 339-429; HITTERS, J., «Control de

del caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*³⁸, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Como indica Ernesto Jinesta, el control de convencionalidad “constituye un novedoso tópico que revoluciona las fuentes del Derecho Administrativo interno y, desde luego, el ejercicio del control de legalidad por parte de la jurisdicción contencioso administrativa”³⁹. Ahora bien, es importante señalar que si bien la figura del control de convencionalidad tiene origen en el caso citado, del año 2006, la raíz de la doctrina iusadministrativista fundada por la Corte Interamericana proviene del caso *Ricardo Baena y otros vs. Panamá*⁴⁰, sentencia que dio inicio a lo que ya califica cierta doctrina como un *ius commune administrativo interamericano*⁴¹.

III. El Derecho Administrativo Interamericano y el Procedimiento Sancionador:

1. La renovación de los principios y garantías del procedimiento sancionador a partir de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

Se viene a denominar Derecho administrativo interamericano a la “obligada relectura del Derecho Administrativo, en clave de Derechos Humanos”⁴², en particular con respecto a las orientaciones sobre la tutela de los derechos de los particulares frente a la Administración delineados

Constitucionalidad y Control de Convencionalidad Comparación», en VV. AA., *IX Congreso Panameño de Derecho Procesal*, Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal, Panamá, 2012, pp. 1-25. En Panamá, vid. BARRIOS GONZÁLEZ, B., *Introducción al Constitucionalismo Contemporáneo. Introducción al Neoconstitucionalismo*, Universal Books, Panamá, 2012.

³⁸ Corte IDH, *caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

³⁹ *Ibidem*, p. 10.

⁴⁰ Corte IDH, *caso Ricardo Baena y otros (270 trabajadores) vs. Panamá*, Sentencia de 2 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas).

⁴¹ Así también se refiere la doctrina en torno a la dogmática administrativista emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. José M. Bandrés Sánchez, señala que de las decisiones de dicho tribunal han contribuido a renovar ciertos dogmas clásicos del Derecho administrativo; cuyo resultado ha sido “la formulación de un *ius commune* de los derechos humanos propiciada por la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como explicitación de las tradiciones comunes de los Estados miembros en asegurar el mayor valor o respeto de las libertades públicas que traspasa las fronteras de los principios generales deducidos en el interior de los ordenamientos jurídicos nacionales, dando origen a una estructura uniforme de la doctrina de los derechos fundamentales de los ciudadanos frente las injerencias de los poderes públicos”. Vid. BANDRES SÁNCHEZ-CRUZAT, J., *Derecho Administrativo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: (comentarios a la última jurisprudencia administrativa del Tribunal de Estrasburgo)*, Civitas, Madrid, 1996, p. 32.

⁴² JINESTA LOBO, E., *op. cit.*, p. 2.

en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se trata como señala el Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Escuela Libre de Derecho de Costa Rica, de un replanteamiento dogmático acerca de las fuentes tradicionales del Derecho administrativo, empezando por el rancio principio de legalidad.

Desde esta perspectiva, el Derecho administrativo interno se nutre o complementa por medio de los principios y derechos establecidos en los instrumentos interamericanos de derechos humanos y la jurisprudencia interamericana; creándose así “vías de entrelazamiento” del “ordenamiento jurídico-público internacional y los ordenamientos jurídicos nacionales”⁴³. Más en concreto, incide en el plano judicial, ya que de acuerdo con la doctrina del control de convencionalidad “*el Poder judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana de Derechos Humanos*”. De ahí que sostenga Jinesta Lobo que “*Para los jueces y tribunales del orden contencioso-administrativo, el “Control de convencionalidad constituye todo un reto y revulsivo en el ejercicio de su función de fiscalizar la conformidad sustancial con el ordenamiento jurídico de la función administrativa”*”. Esto es, ya que el “Control de Convencionalidad” engrosa y amplía, considerablemente, el parámetro de legalidad, en sentido amplio, con el cual el juez contencioso-administrativo debe contrastar las conductas de los poderes públicos cuando son impugnadas por los administrados”⁴⁴.

En Panamá, el ejercicio del control de convencionalidad atraviesa en estos momentos un proceso de desarrollo importante a nivel de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, sobre todo en cuanto al derecho al debido proceso legal. Así, el Pleno de nuestra máxima Corporación de Justicia ha señalado, con fundamento en la Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003 (Serie A, No. 18, párr. 123), que el debido proceso como derecho fundamental “*constituye un límite a la actividad estatal, se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier (...) acto de autoridad que pueda afectarlos*”⁴⁵. Así también, la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo ha asumido la “obligación tutelar de control de convencionalidad, conforme a los extremos indicados

⁴³ SCHMIDT-ARSMANN, E., «La Ciencia del Derecho Administrativo ante el reto de la Internalización de las Relaciones Administrativas», *Revista de Administración Pública*, No. 171, septiembre-diciembre 2006, pp. 7-34 (p. 26).

⁴⁴ JINESTA LOBO, E., op. cit., p. 12.

⁴⁵ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Amparo de Garantías Constitucionales, *Leslie Patiño Samudio vs. INAC*, Sentencia de 29 de marzo de 2011, M.P. Harley Mitchell.

por la Corte Interamericana”, para dar cumplimiento a las obligaciones de intercambiabilidad para la adquisición de medicamentos genéricos (Ley 1 de 10 de enero de 2001), dentro del caso de la Licitación Pública No. 01-2005 convocada por la Caja de Seguro Social para “adquisición de Interferón Beta 1B, 250 MCG, inyectable⁴⁶.

Ahora bien, al margen de lo anterior, lo que nos interesa destacar es que a partir de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha forjado una nutrida doctrina de Derecho administrativo que tiende a renovar los principios y conceptos tradicionales de ésta rama del derecho. En especial la conformación de las orientaciones de la Corte en materia de Derecho administrativo se inscribe en el ámbito del procedimiento sancionatorio, en particular con relación al artículo 8 y 25 convencional en cuanto al debido proceso; normativa a partir de la cual se ha precisado y reforzado la garantía de los derechos y principios del procedimiento sancionador a la vista del ordenamiento jurídico interamericano. Como se señaló antes, la construcción doctrinal de la Corte Interamericana en este sentido, tiene como punto de inflexión la sentencia emitida en el caso *Ricardo Baena y otros*, ya que en éste se distinguió por primera vez en sede interamericana que en el proceso administrativo y en todas aquellas actuaciones que guardan relación con la afectación o modificación de un derecho fundamental, prevalece el cumplimiento de las garantías procesales.

Así pues, nos referiremos centralmente al caso Ricardo Baena y otros, ayudados también de otras decisiones que se han encargado de delimitar los contornos del procedimiento sancionador.

2. Concepto y alcance del Procedimiento Sancionatorio:

Como se ha señalado, la jurisprudencia de la Corte IDH ha sostenido una hermenéutica integradora de los artículos 8 y 25 del Pacto de San José. Así, en casos emblemáticos como la sentencia emitida dentro del caso *Niños de la Calle*, ha sostenido que para “*efectuar un examen del conjunto de las actuaciones judiciales internas*” y “*obtener una percepción integral de tales actuaciones*”, “*establecer si resulta o no evidente que dichas actuaciones contravienen los estándares sobre deber de investigar y derecho a ser oído y a un recurso efectivo*” se debe tomar en cuenta el contenido de los artículos

⁴⁶ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala 3ª, Proceso Contencioso Administrativo de Derechos Humanos, *Denis Esther Díaz*, Sentencia de 1 de diciembre de 2009, M.P. Hipólito Gil Suazo.

1(1), 8 y 25 de la Convención⁴⁷. En este asunto, el cual sirve de antecedente al caso Ricardo Baena y otros, la Corte advirtió que existe responsabilidad derivada de cualquier actuación ilegalmente ejecutada indistintamente del órgano de poder que lo desarrolle, sea judicial, ejecutivo o legislativo. Bajo este supuesto, la Corte rechaza entonces la desprotección de los derechos y garantías en las actuaciones del Estado y se manifiesta a favor de un proceso garantista que preserve las libertades individuales positivizadas en las declaraciones y convenciones de derechos humanos como la propia Convención Americana de Derechos Humanos.

En el caso *Ricardo Baena y otros*, más en concreto, la Corte señaló que el cumplimiento correcto del debido proceso, constituye una de las herramientas positivas de mayor importancia para el Estado Democrático y por consiguiente para el respeto y buena administración de este, sobre los derechos humanos. En especial, distinguió que los principios y garantías del proceso penal, como lo son el de debido proceso, también son aplicables al proceso sancionador. Así se deduce al afirmar que “cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal”, pues “es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas”⁴⁸.

Así pues, el fallo del caso *Ricardo Baena y otros* como también se hizo en el caso *Ivcher Bronstein*, quien fuera privado de su nacionalidad a través de una resolución dictada por la Dirección General de Migraciones y Naturalización, entidad de carácter administrativo, que declaró sin efecto el título de nacionalidad⁴⁹, la Corte descarta cualquier forma que consienta el cumplimiento del debido proceso únicamente en causas de tipo penal, y no en otros; aún cuando se preteje la carencia de una ley de procedimiento administrativa o bajo el supuesto del poder discrecional. Esto es, ya que si bien puede darse el caso que un país parte no contemple un procedimiento administrativo, lo cierto es que de acuerdo con la norma constitucional que resguarda el debido proceso (consagración típica en las cartas constitucionales democráticas) y ésta con relación a la Convención Americana de Derechos Humanos, se entiende el amparo constitucional y convencional del derecho a un debido proceso y la obligación consecuente

⁴⁷ Corte IDH, caso “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y otros vs. Guatemala*), Sentencia de 19 de noviembre de 1999, (Fondo) Serie C. No. 63.

⁴⁸ Caso *Ricardo Baena y otros vs. Panamá*, párr. 124 y 127.

⁴⁹ Corte IDH, caso *Ivcher Bronstein*, Sentencia de 6 de febrero de 2001 (Reparaciones y Costas), párr. 105.

de cumplir con un proceso basado en etapas procesales y el derecho a defensa de las partes. Es así que, la sentencia deja explicitado que la potestad sancionadora del Estado se encuentra íntimamente vinculada a las garantías mínimas que las constituciones democráticas y la convención contemplan, pues, señala que el artículo 8.1 del Pacto de San José “*es igualmente aplicable a las situaciones en que alguna autoridad pública, no judicial, dicte resoluciones que afecten la determinación de tales derechos*”⁵⁰.

2.1 Principios del Procedimiento Sancionatorio adoptados a nivel Interamericano:

a) El Principio de Legalidad y Retroactividad:

Esta categoría de principios involucra al Estado para su autolimitación y por ende, para que adquiera cláusulas de razonabilidad y proporcionalidad libertaria, pues la legalidad es “*un sinónimo de derecho, de ordenamiento jurídico*”⁵¹. El principio de legalidad implica que para poder imponer una limitación conforme a los Convenios internacionales, debe existir previamente una norma de derecho interno, es decir, un elemento que impregne los mismos y corresponde con el principio de preeminencia del derecho”⁵².

En este sentido, la Corte ha sostenido en el caso *Ricardo Baena y otros* que en aras de la seguridad es imprescindible que la norma penal o administrativa, preexista y sea de conocimiento antes de la ocurrencia de la acción o contravención que ella deba sancionar. Esto es, ya que sin la tipicidad de una conducta previa a su ejecución, sería improbable materialmente que exista reproche de parte del poder punitivo del Estado. De ahí que la Corte convenga que “*la calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos*” deban “*ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor*”, pues de lo contrario “*los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste*”⁵³. Ahora bien, este principio supone además que en la aplicación de la sanción administrativa, antes “*debe analizarse la*

⁵⁰ Caso *Ivcher Bronstein*, párr. 101.

⁵¹ ALARCÓN REQUEJO, G., *Estado de Derecho, Derechos Humanos y Democracia, pautas para la racionalidad jurídico-política desde Elías Díaz*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Madrid, 2007, p. 493.

⁵² ÚBEDA DE TORRES, A., *Democracia y Derechos Humanos en Europa y en América, Colección Jurídica General*, Madrid, Reus, 2007, p. 546.

⁵³ Caso *Ricardo Baena y otros*, párr. 106.

*gravedad de la conducta y la proporcionalidad de la sanción*⁵⁴, “*tomando en cuenta las circunstancias atenuantes y agravantes que pudieran concurrir en el caso*”⁵⁵.

Por otro lado, la Corte ha considerado que “*en un Estado, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso del ejercicio del poder punitivo en que se manifiesta, con máxima fuerza, una de las más graves e intensas funciones del Estado frente a los seres humanos: la represión*”⁵⁶. Es más, este principio no se agota con la remisión estricta a la normativa existente sino que guarda relación con el principio de seguridad jurídica, el cual como anota Santofimio Gambo presupone “que la administración en el Estado de Derecho no puede arbitrariamente resolver los conflictos que surjan con los particulares, por el contrario debe someterse a la normatividad establecida”⁵⁷.

Así se refiere la Corte en el caso *López Mendoza vs. Venezuela*, al señalar que “*en el marco de las debidas garantías establecidas en el artículo 8.1 de la Convención Americana se debe salvaguardar la seguridad jurídica sobre el momento en el que se puede imponer una sanción. Al respecto, la Corte Europea ha establecido que la norma respectiva debe ser: i) adecuadamente accesible, ii) suficientemente precisa, y iii) previsible. Respecto a este último aspecto, la Corte Europea utiliza el denominado “test de previsibilidad”, el cual tiene en cuenta tres criterios para determinar si una norma es lo suficientemente previsible, a saber: i) el contexto de la norma bajo análisis; ii) el ámbito de aplicación para el que fue creada la norma, y iii) el estatus de las personas a quien está dirigida la norma*”⁵⁸.

b) El Debido Proceso en el Procedimiento Administrativo Sancionador:

En cuanto al artículo 8 y 25 de la Convención, en el caso *Ricardo Baena* la Corte fue determinante al señalar que las garantías dimanadas

⁵⁴ Corte IDH, caso *Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*, Sentencia de 5 de agosto de 2008 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr.

⁵⁵ Corte IDH, caso *Raxcacó Reyes vs. Guatemala*, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C No. 133.

⁵⁶ Caso *Ricardo Baena y otros*, párr. 107.

⁵⁷ SANTOFIMIO GAMBOA, J., *Tratado de Derecho Administrativo. Contencioso Administrativo*, t. III, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p. 64.

⁵⁸ Caso *López Mendoza vs. Venezuela*, párr. 199.

de estas normas no son excluyentes de otros procesos distintos a las causas penales. Al contrario, son ineluctablemente aplicables a cualquier procedimiento, entre ellos, el administrativo sancionador. Desde esta perspectiva, la Corte llega a la conclusión de que no existe excusa para sustraerse de esta obligación, como tampoco cabe el argumento de que la Administración pública no está vinculada a garantizar dichos preceptos. A partir de esta consideración, la Corte indica que a diferencia de un juicio sin tutela judicial efectiva, el carácter instrumental del debido proceso tiene plena vigencia *“ante cualquier tipo de acto del Estado”*⁵⁹, *aún cuando sea el evento que la administración carezca de la debida regulación*⁶⁰, *lo que quiere decir que, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal*⁶¹.

El respeto al derecho al debido proceso, ha considerado la Corte se hace extensivo además a otros aspectos. Por ejemplo, supone también una garantía de proporcionalidad en el plazo de desarrollo del procedimiento administrativo. Así lo hace saber la Corte en el caso *Xakmok Kasek*, toda vez que observa que *“El artículo 8.1 de la Convención establece como uno de los elementos del debido proceso que aquellos procedimientos que se desarrollen para la determinación de los derechos de las personas en el orden civil, laboral, fiscal o de cualquier carácter, deben hacerlo dentro de un plazo razonable. La Corte ha considerado cuatro elementos para determinar la razonabilidad del plazo: i) complejidad del asunto, ii) conducta de las autoridades, iii) actividad procesal del interesado¹⁵⁵ y iv) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso”*⁶².

En adición, el concepto de debido proceso en materia administrativa se ha ampliado hasta alcanzar también el *iter* de fundamentación del acto, resolución o sentencia que decide la causa administrativa. Pues, la Corte en su jurisprudencia más reciente ha señalado que la decisión debe ser motivada, ya que el deber de motivación es una de las “debidas garantías” incluidas en el artículo 8.1 para

⁵⁹ *Ibíd.*, párr. 124.

⁶⁰ Señala la Corte que *“Pese a que el Estado alegó que en Panamá no existía carrera administrativa al momento de los hechos del caso (diciembre de 1990) y que, en consecuencia, regía la discrecionalidad administrativa con base en el cual se permitía el libre nombramiento y remoción de los funcionarios públicos, este Tribunal considera que en cualquier circunstancia en que se imponga una sanción administrativa a un trabajador debe resguardarse el debido proceso legal”*. Vid. Caso *Ricardo Baena y otros*, párr. 131.

⁶¹ *Ibíd.*, párr. 124.

⁶² Corte IDH, Caso *Xakmok Kasek vs. Paraguay*, Sentencia de 24 de agosto de 2010 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 133.

salvaguardar el derecho a un debido proceso y el derecho a defensa⁶³. Así, en el caso *López Mendoza vs. Venezuela* puso de manifiesto que:

[...] la motivación “es la justificación razonada que permite llegar a una conclusión”. Resalta la Corte que “El deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática. Por ello, las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. En este sentido, la argumentación de un fallo y de ciertos actos administrativos deben permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión, a fin de descartar cualquier indicio de arbitrariedad”⁶⁴.

De forma contraria, como sostuvo la Corte en el caso *Apitz Barbera y otros* “Al no haber ocurrido lo anterior, la situación real fue que el proceso disciplinario terminó siendo de mero trámite. Por consiguiente, la Corte considera que el Estado incumplió con su deber de motivar la sanción de destitución, violando con ello las “debidas garantías” ordenadas en el artículo 8.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los señores Apitz, Rocha y Ruggeri”⁶⁵.

Ahora bien, al margen de lo anterior la Corte ha delineado explicado que existen un corpus de garantías mínimas del derecho al debido proceso, no excluyentes y que son perfectamente aplicables al procedimiento sancionatoria. Así entre los elementos esenciales se encuentran los siguientes:

1) El principio de presunción de inocencia, sobre el cual explica que: “exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad (...) Por lo tanto, si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla”⁶⁶.

⁶³ Caso *López Mendoza vs. Venezuela*, párr. 149.

⁶⁴ *Ibíd.*, párr. 141.

⁶⁵ Caso *Apitz Barbera y otros*, párr. 91.

⁶⁶ Corte IDH, caso *Cantoral Benavides vs. Perú*, Sentencia de 18 de agosto de 2000, (Fondo) Serie C No. 69, párr. 120.

2) *Non bis in ídem*: a través del cual se pretende “proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos”⁶⁷.

3) Acceso a la jurisdicción: señala la Corte “difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas”⁶⁸.

4) Igualdad en el proceso: “El artículo 1.1. de la Convención, que es una norma de carácter general cuyo contenido se extiende a todas las disposiciones del tratado, dispone la obligación... de respetar y garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos y libertades allí reconocidos “sin discriminación alguna”⁶⁹.

5) Derecho a un tribunal competente e imparcial: en este apartado, indica que “toda persona sujeta a juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea competente, independiente e imparcial”⁷⁰.

6) El derecho a plazo razonable del proceso: “se debe tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades judiciales”⁷¹.

7) Derecho de defensa del inculpado: “un inculpado puede defenderse personalmente, aunque es necesario entender que esto es válido solamente si la legislación interna lo permite. Cuando no quiere o no puede hacer su defensa personalmente, tiene derecho de ser asistido por un defensor de su elección. Pero en los casos en los cuales no se defiende a sí mismo o no nombra defensor dentro del plazo establecido por la ley, tiene el derecho de que el Estado le proporcione uno, que será remunerado o no según lo establezca la legislación interna”⁷². Por otro lado, en este sentido la Corte ha establecido que el “derecho a la defensa debe poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible

⁶⁷ Corte IDH, caso *Loyza Tamayo vs. Perú*, Sentencia de 17 de septiembre de 1997, (Fondo) Serie C No.33, párr. 133.

⁶⁸ Corte IDH, Opinión Consultiva, OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, párr. 119.

⁶⁹ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-04/84 de 19 de enero de 1984, párr. 53.

⁷⁰ Corte IDH, caso *Tribunal Constitucional vs. Perú*, Sentencia de 31 de enero de 2001, (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 77.

⁷¹ Corte IDH, caso *Genie Lacayo vs. Paraguay*, Sentencia de 29 de enero de 1997, (Fondo, Reparaciones y Costas) Serie C. No. 30, párr. 77.

⁷² Corte IDH, Opinión Consultiva OC-11/90 de 10 de agosto de 1990, párr. 25.

autor o partícipe de un hecho punible y sólo culmina cuando finaliza el proceso”. Esto es, toda vez que *“Impedir que la persona ejerza su derecho de defensa es potenciar los poderes investigativos del Estado en desmedro de derechos fundamentales de la persona investigada”*. El derecho a la defensa, ha dicho la Corte *“obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo”*⁷³.

8) Derecho a un recurso efectivo: *“El artículo 25.1 de la Convención contempla la obligación de los Estados Partes de garantizar, a todas las personas bajo su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. La existencia de esta garantía “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática”. Lo contrario es decir, la inexistencia de tales recursos efectivos, coloca a una persona en estado de indefensión”*⁷⁴. (...) Para que el Estado cumpla lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención no basta con que los recursos existan formalmente, sino que es preciso que tengan efectividad en los términos de aquel precepto. Dicha efectividad supone que, además de la existencia formal de los recursos, éstos den resultados o respuestas a las violaciones de derechos reconocidos, ya sea en la Convención, la Constitución o la ley. El Tribunal ha reiterado que dicha obligación implica que el recurso sea idóneo para combatir la violación y que sea efectiva su aplicación por la autoridad competente. En ese sentido, no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios”⁷⁵.

c) La Limitación de la Discrecionalidad en el Procedimiento Sancionador:

La concepción básica de debido proceso representa una garantía para los administrados frente a la administración del Estado así como también constituye un instrumento de la Administración para tutelar justicia en el plano jurisdiccional como administrativo, por cuanto está dotado de un mecanismo jurídico, lógico y racional a través del cual la función pública cumple con los postulados de legalidad. Así, resulta imprescindible que las actuaciones de la administración estén subordinadas a la ley, es decir, que la Administración pública solamente se le permite lo que el ordenamiento jurídico dispone y que solamente

⁷³ Caso *López Mendoza vs. Venezuela*.

⁷⁴ Caso *Xakmok Kasek*, párr. 139.

⁷⁵ *Ibíd.*, párr. 140.

puede conducirse dentro de los propósitos y de conformidad a las prescripciones y procedimientos en ella determinados.

En contra de los presupuestos que otorgan sustento al principio de legalidad se encuentran las operaciones administrativas arbitrarias que por su naturaleza, desconocen los límites ciertos de la administración del poder público. No obstante, es de destacar que, tradicionalmente, han convergido paralelamente en la administración pública potestades que le otorgan legítimamente apertura a sus actuaciones sin necesidad de que ello sea subterfugio para el abuso del poder a través del uso arbitrario de la discrecionalidad del Estado. Ciertamente, la administración contempla dentro de sus facultades, cierta flexibilidad que en circunstancias particulares le permiten el uso proporcional de la discrecionalidad (p. ej. por motivos de orden público, interés general, urgencia notoria, etc.).

Resulta así, siguiendo a Allan Brewer Carías, que la necesidad reduccionista de la discrecionalidad del Estado, parte de la promoción y correcta aplicación del principio de legalidad, por cuanto de ese modo, se puede regular de manera más o menos indeterminada la actividad administrativa, de forma tal que no sobrevenga en arbitraria, o lo que es lo mismo, como llama la atención Luigi Ferrajoli se genere una “crisis de la legalidad”, esto es, la expresión de la ineficacia o ausencia de los controles de los poderes públicos⁷⁶, en su designación como sujeto activo del ejercicio estatal y como autor y promotor de las normas jurídicas del mismo.

En ese sentido, la Corte plantea la minimización de las atribuciones discrecionales del Estado. Destaca que las facultades discrecionales, como lo son las provistas para remover personal del Estado, en caso de que no se trate por requerimientos netamente del servicio público (*ius variandi*), sino que se imponga una sanción administrativa a un trabajador “*debe resguardarse el debido proceso legal*” por cuanto “*las atribuciones relacionadas con el poder sancionatorio*” “*sólo pueden ser ejercidas con sujeción al debido proceso*”⁷⁷.

Para esto, la Corte señala en primer lugar que “*es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada*”, pues el Estado “*no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso*”⁷⁸. No obstante lo dicho, la Corte admite la

⁷⁶ FERRAJOLI, L., *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2006, p. 15.

⁷⁷ Caso *Ricardo Baena y otros*, párr. 131.

⁷⁸ *Ibíd.*, párr. 126.

procedencia de cierto margen de discrecionalidad de la Administración, pues señala *“que los problemas de indeterminación no generan, per se, una violación de la Convención, es decir, que el hecho de que una norma conceda algún tipo de discrecionalidad no es incompatible con el grado de previsibilidad que debe ostentar la norma, siempre y cuando el alcance de la discrecionalidad y la manera en que se debe ejercer sea indicado con suficiente claridad con el fin de brindar una adecuada protección para que una interferencia arbitraria no se produzca”*⁷⁹.

Lo anterior se entiende en la medida que se observa como lo hace Garrido Falla, al referirse con Duez y Debeyre que *“el poder discrecional no es sino una delimitación del principio de la legalidad desde el punto de vista negativo, pues la discrecionalidad se da en aquellos casos en que por defecto las reglas jurídicas no hay lugar a la aplicación de tal principio”*⁸⁰. Aun con todo, no se puede olvidar que el ejercicio de la potestad sancionadora es distinto de la potestad discrecional, básicamente, porque en el caso del primero las actuaciones administrativas están sujetas al procedimiento previsto en la ley (principio de legalidad), mientras que para el segundo, impera la discrecionalidad de la autoridad. Es más, en esa perspectiva la Corte en el caso *Apitz Barbera y otros vs Venezuela*⁸¹, consideró en el caso de la remoción de jueces que si bien puede darse que en algunos casos no estén amparados por un régimen de carrera, el Estado no deja de estar obligado a *“que los jueces provisorios sean independientes y, por ello, debe otorgarles cierto tipo de estabilidad y permanencia en el cargo, puesto que la provisionalidad no equivale a libre remoción”*⁸², ya que la *“la provisionalidad no debe significar alteración alguna del régimen de garantías para el buen desempeño del juzgador y la salvaguarda de los propios justiciables”*⁸³. En este sentido, señala la Corte que más allá del estado de provisionalidad (interinidad) en el cargo y del poder discrecional de la autoridad, impera el principio de imparcialidad e independencia judicial, los cuales no podrían ser conservados en la medida que no se garantizara un proceso justo en la remoción de tales funcionarios.

En ese sentido, se puede concluir que la Corte ha sido consecuente con la más próxima teoría moderna del derecho sobre el poder discrecional. Pues ha entendido que la administración goza de por sí de un margen de libertad en su actividad, no obstante, advierte que la

⁷⁹ Caso *López Mendoza vs. Venezuela*, párr. 202.

⁸⁰ GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, Tecnos, 1994, p. 182.

⁸¹ Caso *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*, *Ibidem*.

⁸² *Ibid.*, párr. 43.

⁸³ *Ibid.*

potestad discrecional del Estado no presupone un poder absoluto, en su lugar, implica que la Administración solamente está facultada para lo que positivamente se encuentra dispuesto y previo cumplimiento del debido procedimiento administrativo.

Es decir que, como señala Allan Brewer Carías:

[...] al referirnos al poder discrecional y, en particular, a sus límites, debemos distinguir, primero, aquellas áreas del acto administrativo que no se configuran realmente como ejercicio del poder discrecional y que corresponde al ámbito de los llamados conceptos jurídicos indeterminados; segundo, los límites derivados de la vigencia del principio de legalidad y que permite el control de los actos administrativos en lo que no es realmente discrecionalidad; y tercero, los límites que efectivamente constituyen la reducción de la discrecionalidad o de la “libertad de apreciación de los hechos”, impuestos por los principios generales del derecho⁸⁴.

De lo que se deduce que el Estado no puede so pretexto del poder discrecional activar el régimen sancionador y sancionar incumpliendo el debido proceso legal, ya que como indica la Corte *“En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos”*⁸⁵.

IV. Algunas conclusiones:

Los principios de la potestad sancionadora en Panamá, como se ha visto, son el resultado de una construcción jurisprudencial que desde la década de los noventa se ha encargado de incorporar en nuestro Derecho administrativo elementos traídos de la doctrina jurídica como de la jurisprudencia generada en tribunales extranjeros de tradición continental. En nuestro medio, sin duda alguna, ha sido la jurisprudencia del Pleno y de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, la que le ha dado forma a esta potestad estatal con base a los elementos establecidos en el artículo 31 y 32 de la Constitución Política en torno al principio de legalidad y el derecho al debido proceso; normas que si bien originalmente fueron pensadas por el constituyente para el proceso penal, en la actualidad y a la luz de las reformas constitucionales verificadas en la época democrática que va de los años noventa a la fecha, resultan claramente aplicables en

⁸⁴ BREWER CARÍAS, A., *Estudios de Derecho Administrativo 2005-2007*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, p.137.

⁸⁵ Caso *Ricardo Baena y otros*, párr. 126.

el ejercicio de la potestad sancionadora. En el plano netamente jurídico, la potestad sancionadora del Estado en Panamá se ha visto ampliamente favorecida por los efectos del bloque de la constitucionalidad, las reformas constitucionales introducidas y la adopción de la Ley 38 de 2000 sobre Procedimiento Administrativo General.

Ahora, más allá de lo anotado, parece lógico pensar que una potestad como esta requiere de uniformidad en su desarrollo, lo cual si bien es cierto se salva a través del procedimiento administrativo general o bien a través del procedimiento especial establecido en determinadas leyes, por qué no decirlo, precisa de una normativa que la homogenice. En el derecho comparado, existen claros ejemplos sobre lo que me refiero (p.ej. Ley de la Administración Pública española).

Por lo pronto, se reconoce que el Derecho administrativo de hoy se está viendo sometido a una serie de influjos que amplían el marco de comprensión de éste, que lo complementan y que al mismo tiempo plantean la reformulación de sus fuentes tradicionales; lo cual si bien crea un entramado complejo, presenta como nota característica la ampliación del ámbito de protección de los derechos subjetivos de los particulares y, por tanto, de los principios y garantías de la actividad sancionatoria. La jurisprudencia generada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su recepción en el derecho interno de muchos países de la región así como en Panamá, confirman lo dicho. Así pues, la dirección en la que nos encontramos conduce a reconocer que los aportes doctrinales que genera la Corte Interamericana de Derechos Humanos, constituyen hoy más que nunca fuente complementaria del ordenamiento jurídico panameño, así como fuente directa de praxis jurídica para la Administración Pública en el ejercicio de sus potestades. En el ámbito de la potestad sancionadora, la consagración del debido proceso administrativo y la ampliación de sus elementos en el plano interamericano suponen un importante valioso que irradia con fuerza al derecho interno. No obstante, parece necesario señalar que una consideración como esta no se agota allí, sino que también supone la aceptación de los efectos que producen sentencias como las del caso *Ricardo Baena y otros, López Mendoza vs. Venezuela* o *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*, por mencionar algunas, tanto en su recepción judicial como en el plano normativo, pues como ha sucedido a partir de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, esta invita al legislador a corregir las deficiencias normativas lesivas al orden de los derechos fundamentales, e incluso a cubrir su inactividad mediante la adopción de regulación basada en los estándares mínimos sugeridos a nivel convencional.

V. Bibliografía:

ALARCÓN REQUEJO, G., *Estado de Derecho, Derechos Humanos y Democracia. Pautas para la racionalidad jurídico-política desde Elías Díaz*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Madrid, 2007.

ALARCÓN SOTOMAYOR, L., BUENO ARMIJO, A., IZQUIERDO CARRASCO, M., y REBOLLO PUIG, M., *Derecho Administrativo Sancionador*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

BANDRES SÁNCHEZ-CRUZAT, J., *Derecho Administrativo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: (comentarios a la última jurisprudencia administrativa del Tribunal de Estrasburgo)*, Civitas, Madrid, 1996.

BARRIOS GONZÁLEZ, B., *Introducción al Constitucionalismo Contemporáneo. Introducción al Neoconstitucionalismo*, Universal Books, Panamá, 2012.

BENAVIDES PINILLA, V., *Compendio de Derecho Público Panameño*, pról. Jaime Rodríguez-Arana, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Bogotá, 2012.

BERMEJO VERA, J., *Derecho Administrativo. Parte Especial*, Civitas, Madrid, 1999.

BREWER CARÍAS, A., *Estudios de Derecho Administrativo 2005-2007*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y RAMÓN FERNÁNDEZ, T., *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, Civitas, Madrid, 2002.

GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, Tecnos, 1994.

FERRAJOLI, L., *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2006.

FERRER MAC-GREGOR, E., «Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad el nuevo paradigma para el juez mexicano», en CARBONELL, M., y SALAZAR, P. (coords.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: un nuevo paradigma*, UNAM, México, 2011, pp. 339-429.

HITTERS, J., «Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad Comparación», en *IX Congreso Panameño de Derecho Procesal*, Instituto Colombo Panameño de Derecho Procesal, Panamá, 2012, pp. 1-25.

JINESTA LOBO, E., «La Construcción de un Derecho Administrativo Común Interamericano: Reformulación de las fuentes del Derecho Administrativo con la Constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos», *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, año 11, No. 11-2011.

JOVANÉ BURGOS, J., *Derecho Administrativo. Principios Generales de Derecho Administrativo*, t.I, Cultural Portobelo, Panamá, 2011.

MUÑOZ MACHADO, S., *Diccionario de Derecho Administrativo*, Iustel, Madrid, 2005.

NIETO GARCÍA, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 2005.

RANDO CASERMEIRO, P., *La Distinción entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador: un análisis de política jurídica*, Tirant lo blanch, Valencia, 2010.

SANTOFIMIO GAMBOA, J., *Tratado de Derecho Administrativo. Contencioso Administrativo*, t. III, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

SCHMIDT-AßMANN, E., «La Ciencia del Derecho Administrativo ante el reto de la Internalización de las Relaciones Administrativas», *Revista de Administración Pública*, No. 171, septiembre-diciembre 2006, pp. 7-34,

ÚBEDA DE TORRES, A., *Democracia y Derechos Humanos en Europa y en América*, Colección Jurídica General, Reus, Madrid, 2007.

VIDAL PERDOMO, J., *Derecho Administrativo*, 13ª ed., Bogotá, Legis, 2008.

SUMARIO: **I.** Introducción. **II.** Fundamentos de la Potestad Sancionadora del Estado. 1. Naturaleza de la Sanción Administrativa. 2. Principios del Derecho Sancionador. 3. El Procedimiento Administrativo Sancionador y sus Garantías. **III.** El Derecho Administrativo Interamericano y el Procedimiento Sancionador. 1. La renovación de los Principios y Garantías del Procedimiento Sancionador a partir de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2. Concepto y alcance del Procedimiento Sancionatorio. 2.1 Principios del Procedimiento Sancionatorio adoptados a nivel Interamericano. a) El Principio de Legalidad y Retroactividad. b) El Debido Proceso en el Procedimiento Administrativo Sancionador. c) La Limitación de la Discrecionalidad en el Procedimiento Sancionador. **IV.** Algunas conclusiones. **V.** Bibliografía.

**EL ARBITRAJE EN LA SOLUCIÓN DE
CONTROVERSIAS
EN MATERIA DE SEGUROS Y REASEGUROS
DR. DARÍO SANDOVAL SHAIK**

DARÍO SANDOVAL SHAIK

DR. DARÍO SANDOVAL SHAIK¹

¹ Director del Doctorado en Derecho de la Universidad Católica Santa María La Antigua (USMA). Abogado en ejercicio, Director del Departamento de Banca, Valores y Seguros de Estudio Jurídico Araúz. Director de la *Revista Lex* y miembro suplente del Tribunal de Honor del Colegio Nacional de Abogados de Panamá. Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá. Master en Derecho Mercantil, Universidad de Salamanca. Doctor en Derecho y Especialista en Arbitraje Comercial y de Inversiones por la Universidad Complutense de Madrid. Curso Superior en Derecho de Seguros, Centro de Estudios Financieros (Madrid, España). Diploma de Análisis Financiero, University of Notre Dame (International Program).

Tradicionalmente en materia de seguros, los métodos de resolución alternativa de conflictos no han sido acogidos con facilidad. Siendo el seguro un contrato de adhesión con cláusulas predispuestas, han existido siempre reticencias a la hora de admitir la validez de cláusulas arbitrales incorporadas en las diferentes pólizas. Con ello se pretendía evitar que una cláusula de estilo pudiera resultar eventualmente perjudicial para el asegurado, teniendo en cuenta la desigualdad de fuerzas económicas de las partes, especialmente en los seguros domésticos.

Incluso algunos sistemas, como el argentino, expresamente prohíben la inclusión de las cláusulas compromisorias en los contratos de seguro (art. 57 Ley 17.418²). La referida característica de contrato de adhesión del contrato de seguro ha conducido a los legisladores a proteger los intereses del asegurado impidiendo que la cláusula compromisoria se imponga como habitual en las pólizas. En efecto, la referida característica que reviste el contrato de seguro, y la particularidad del mecanismo de solución de controversias inherente al arbitraje, que sustrae los conflictos de las partes al control judicial, ha llevado al legislador de muchos países a adoptar este criterio en salvaguarda de los intereses de los asegurados, tratando de impedir de esta manera que la cláusula compromisoria se transforme en una cláusula de estilo.

Los inconvenientes que puede causar la incorporación de este tipo de cláusulas supuestamente abusivas, afectan el equilibrio contractual no sólo de las relaciones con el consumidor medio que adquirió la póliza de seguro, sino también de las relaciones contractuales con empresas que tienen la capacidad económica de acudir a un tribunal de arbitraje en base a la cláusula compromisoria presente en el contrato.

Sin perjuicio de ello, entendemos que cabe distinguir las pólizas que aseguran un riesgo de un nacional de aquellas empleadas habitualmente en el comercio exterior. En otras palabras, la prohibición citada consideramos no puede extenderse al ámbito internacional. Se trata de una cuestión de orden público interno.

Además, no existe objeción legal alguna para que las partes con posterioridad al acaecimiento del siniestro puedan acordar la solución de sus controversias mediante el sistema arbitral, ya sea mediante la celebración específica de un compromiso arbitral para cada caso determinado o mediante la actuación de un órgano arbitral permanente. Ello acontece cuando se establece claramente que el convenio se celebrará e instrumentará por separado y que no estará incorporado entre las condiciones generales de la póliza, procurando de tal manera evitar la cláusula "sorpresiva". Tal posibilidad permitirá a los asegurados obtener una rápida, económica, especializada y equitativa solución a las controversias que pudiera tener con su asegurador.

² El art. 57 de la ley 17.418 (LS) prohíbe la inclusión de cláusulas compromisorias en la póliza, ya que según Halperin se trata así de evitar que se transforme en una cláusula de estilo y se sustraiga la ejecución del contrato al control judicial, indispensable dado que el seguro es un contrato de masa, cuyas condiciones generales se imponen al asegurado. I. Halperin, *Seguros, Exposición Crítica de las leyes 17.418 y 20.091*, Segunda Edición actualizada por J.C.F. Morandi, Buenos Aires, Depalma, 1983, t. II, p. 595.

Debiéndose reiterar y destacar que para los casos de asegurados de riesgos de masa o individual, no obstante la suscripción del acuerdo compromisorio arbitral, la constitución del mismo en caso de controversia será optativa para éstos.

En cuanto a las entidades aseguradoras, para ellas el sistema propuesto tiene varias ventajas:

i) Comerciales: Se permite celebrar estos acuerdos anexos a los contratos de grandes riesgos –transfronterizos o nacionales– frente a asegurados que en sus otras operaciones y negocios contractuales acostumbra establecer esta forma alternativa de solución de conflictos. En el caso de los seguros de masa o asegurados individuales, se puede utilizar como ventaja comparativa de promoción, ofreciendo a la otra parte una alternativa de procedimiento.

ii) Contables: La rápida solución de las controversias permite mantener durante menos tiempo las reservas correspondientes a las reclamaciones de asegurados.

iii) Prácticas: La especialización de los correspondientes miembros de los Tribunales Arbitrales en materia del Derecho, Técnica y Economía del Seguro, permitiría alentar grandes ventajas prácticas a favor del mayor conocimiento de los temas controvertidos, sin los conocidos y nocivos prejuicios o generalizaciones, contra la actividad aseguradora.

Entre las legislaciones que admiten el arbitraje en materia de seguros sin condicionamientos se encuentran Chile, Colombia, Ecuador y Panamá³. No obstante, ciertos ordenamientos como el danés, el italiano y o el español, que lo aceptan legislativamente, cuentan con sistemas reglamentarios que lo condicionan. Así en Dinamarca se requiere que el asegurador informe previamente al asegurado sobre el contenido y alcance de la cláusula compromisoria, en tanto en Italia y España es necesario que el asegurado acepte expresamente la inclusión e igualmente que luego, su inclusión aparezca claramente destacada en el frente de la póliza.

En España, la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección decimosexta, dictó Sentencia en el rollo de apelación número 669/2010 en la que en su parte dispositiva reconoce al demandante asegurado su derecho a someter la controversia planteada con una entidad de seguros a arbitraje. Esa Sentencia revoca la dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 26 de Barcelona de 14 de abril de 2010, que negó el derecho del demandante a someter la controversia a arbitraje, atendiendo a que no constaba la expresa voluntad de sometimiento a esa institución por parte de la aseguradora. Con dicha decisión se está en el comienzo en dicho país para el pleno reconocimiento del derecho de los asegurados a reclamar el arbitraje como forma de solución de conflictos con las entidades de seguros; dándose así un sentido cabal al hasta ahora enigmático artículo. 76. e) de la Ley de Contratos de Seguros (LCS) cuyo texto reza del siguiente tenor: “el asegurado tendrá derecho a someter a arbitraje cualquier diferencia que pueda surgir entre él y el asegurador sobre el contrato de

³ Ley No. 131 de 31 de diciembre de 2013, que regula el Arbitraje comercial nacional e internacional en Panamá. publicada en Gaceta oficial No. 27,449-C de miércoles 8 de enero de 2014.

seguro. La designación de árbitros no podrá hacerse antes de que surja la cuestión disputada”. La consecuencia de ello es que el asegurado puede en el Reino de España compeler a la aseguradora para someter a arbitraje cualquier vicisitud que pudiera surgir en el contrato de seguro celebrado interpartes, como es el caso comentado, con independencia de cuál sea el fondo del asunto a enjuiciar por parte del árbitro.

En Panamá no se encuentra restricción de índole legal que impida válidamente a las partes contratantes señalar al momento de la celebración del negocio jurídico asegurativo que cualquier controversia que surja entre ellas será sometida a la jurisdicción ordinaria o a arbitraje. Al igual que ocurre en muchos contratos de carácter mercantil resulta muy frecuente encontrar en las pólizas de seguros suscritas en Panamá cláusulas compromisorias. Esta circunstancia ha servido de estímulo para el empleo del arbitraje en este sector. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que la jurisprudencia constitucional estableció, para un caso concreto, que dichas cláusulas cuando forman parte del condicionado general de un contrato de seguro llamado a celebrarse mediante su adhesión por parte del tomador, no son admisibles, como quiera que esta forma de manifestar el consentimiento no garantiza, en debida forma, la reflexión y el discernimiento propios que requiere, en rigor, una derogatoria a la acción de la jurisdicción. Me refiero a la Sentencia de 29 de octubre de 1992 que, con motivo del examen de constitucionalidad de una resolución dictada por la Superintendencia de Seguros y Reaseguros de Panamá, en virtud de la cual se aprobó, con carácter obligatorio, el contenido de las condiciones generales del seguro de incendio, y afirmó que:

“Al aceptar la Superintendencia de Seguros que el arbitraje sea una de las condiciones generales impuestas en todo contrato de seguro contra incendio, se priva al sujeto que contrata el seguro de negociar, si desea, el arbitraje o si, por el contrario, prefiere la vía estatal para la solución de conflictos, pues el arbitraje previsto en la cláusula 14 de las condiciones generales aprobadas por la Superintendencia de Seguros que es motivo de censura, es siempre obligatoria y excluyente de otra posibilidad”.

Se trata, sin embargo, de un precedente aislado pues en caso de extenderse a otros seguros distintos del de incendios, la validez de la cláusula estaría condicionada a que fuera consentida de forma diferente al común de las demás condiciones, esto es, en forma separada o autónoma.

Junto con otros argumentos también reconducibles al principio de buena administración de justicia (fundamentalmente, la prevención del riesgo de decisiones inconciliables y la reducción del riesgo de errores *in iudicando*), el referido ahorro de tiempo y dinero hace inclinarse la balanza a favor del arbitraje multipartito como variante más apropiada del arbitraje de reaseguros. Frente a la posición partidaria de que cada uno de los elementos subjetivos implicados en una operación de reaseguro designe su propio árbitro, tenemos aquella posición que parece mucho más convincente, que se inclina por aquel otro cauce de carácter unificador: En la doctrina española, su principal defensor ha sido J.J. Vara Parra. Su planteamiento se resume en la más vigorosa defensa de la instauración de un arbitraje multipartito, con un árbitro único para todas las partes contratantes que ocupen la misma posición procesal, bien

elegido mediante acuerdo expreso entre todas ellas, o bien, en su defecto y con bastante mayor probabilidad, mediante una consolidación llevada a cabo por la autoridad designadora en el arbitraje institucional o por vía de la intervención y auxilio de los órganos jurisdiccionales del lugar en que tenga su sede el arbitraje en los, a juicio del autor, mucho más frecuentes en la práctica supuestos de arbitraje *ad hoc*⁴.

Las conclusiones deducidas en relación al reaseguro y a la retrocesión son perfectamente aplicables a otras modalidades de contratos de seguro. Tenemos el caso del coaseguro y de los seguros de grandes riesgos, que se caracterizan por la ausencia de una parte débil merecedora de una especial tutela o, en otras palabras, por la existencia de un equilibrio entre las partes contratantes; situación de igualdad (al menos desde el punto de vista de desempeño técnico de una actividad mercantil) que constituye el escenario ideal para que opere el arbitraje comercial internacional, desplegando todas sus ventajas.

Concretamente en el ámbito de los seguros directos en los que el asegurado tenga la calificación de consumidor, probablemente inducido por una tendencia paternalista, me declaro defensor de las corrientes que propugnan por la prohibición de las cláusulas compromisorias, que muy a pesar de las grandes ventajas del arbitraje en términos generales, en este reducido ámbito un proceso arbitral podría inclinar la balanza de forma irreparable a favor del asegurador en caso de que el proceso devenga en uno muy costoso o lento, que se traduce en gastos no asumibles para el asegurado y su consustancial estado de indefensión.

La finalidad del control de los seguros, centrando exclusivamente en la esfera de la defensa de los intereses de los asegurados, va perdiendo importancia en virtud de un avance del control en los aspectos económicos y financieros, porque en muchos casos se está en presencia de asegurados que han perdido el carácter de parte débil de la relación contractual. Esto estaría originando una disminución del control jurídico. Por mi parte he propugnando en mi tesis doctoral la necesidad de distinguir legislativamente entre los seguros de “grandes riesgos” y seguros “domésticos”, o de “riesgos masivos” o bien “de comercialización masiva”⁵.

En efecto, por una parte, existen muchos contratos de seguros que –en virtud a las características especiales del asegurado– se les ha denominado “de grandes riesgos”. En estos seguros, resulta que la parte asegurada suele ser una empresa, profesionalmente organizada, que actúa mediante alguna forma societaria compleja – como el de las sociedades anónimas– y con un completo asesoramiento profesional, por lo cual no se puede predicar de la misma que esté en una situación de “debilidad” de negociación precontractual.

Y, por otra parte, el sistema judicial, que desde hace tiempo viene padeciendo un largo y lamentable estado moratorio por el cual se dilatan excesivamente los procesos,

⁴ J.J. Vara Parra, *Las dimensiones judicial y arbitral del contrato de reaseguro internacional*, Granada, Comares, 2005.

⁵ D. Sandoval Shaik, *Las Condiciones Generales del Contrato de Seguro y su Control Interno e Internacional*, Madrid, UCM, 2012, pág. 225.

impidiendo que el asegurado logre eficaz y ágil resolución de sus reclamaciones insatisfechas. Ello genera un nuevo y más grave abuso que aquel que se pretende evitar prohibiendo el sistema de arbitraje, y que resulta ser la habitual y regular demora en el cumplimiento de sus obligaciones por parte de algunas aseguradoras, que frente a la insignificancia de una sanción por mora, de tasas pasivas de intereses, optan por prolongados procesos judiciales, que desvirtúan el objeto y concepto del seguro, agotan las expectativas del asegurado y lo predisponen a renunciar a parte de sus derechos (transar, conciliar, mediar) procurando concluir el agotador y costoso proceso de reclamación judicial incoado, o bien lo disuaden directamente para no promover tales acciones y aceptar las imposiciones abusivas de la aseguradora.

El planteamiento sobre las connotaciones del arbitraje internacional en materia de seguros descansa en el hecho de que los contratos internacionales de seguro se subdividen en modalidades que presentan diferencias muy significativas en lo que concierne a los elementos subjetivos intervinientes en ellas, desde figuras como el reaseguro o la retrocesión en que todas las partes son compañías aseguradoras hasta otras como ciertas subespecies de seguros directos en que uno de los contratantes merece el calificativo de parte débil frente a un asegurador que le impone sus condiciones generales. Esta circunstancia determina que, según las partes en el litigio surgido del contrato en cuestión se hallen en una posición más o menos paritaria o de desequilibrio, mostrarán en principio una mayor o menor predisposición a recurrir al arbitraje o a la jurisdicción para encontrar la solución a su conflicto de intereses.

En efecto, el arbitraje ha estado profundamente vinculado a los contenciosos producidos en la rama de los seguros, produciéndose en este ámbito una especial profusión del denominado "arbitraje multipartito". La comunidad de riesgos tuvo su origen en los denominados *Clubs P. and L.* o clubes de protección e indemnización en los que se ha desarrollado el arbitraje, a veces de manera exclusiva, entre sus asociados. La práctica de este procedimiento de arreglo de controversias se realiza, por lo general, por conducto de organismos especializados siendo el seguro marítimo el de mayor tradición y más amplio empleo y las plazas más concurridas las de Londres, Nueva York, San Francisco, Nueva Orleans o Tokio; en ellas actúan instituciones de arbitraje normalmente vinculadas a asociaciones o a grupos de empresas. Dentro de este sector, la progresiva desaparición del monopolio del reaseguro existente en algunos países de América Latina como Brasil, propicia unas posibilidades sin precedentes de los procedimientos. A su lado el sector de los transportes de mercancías por ferrocarril incluye en sus Convenios reguladores su propia reglamentación sobre arbitraje, lo mismo que el sector de transportes por carretera.

Haciendo un breve recuento histórico, la polémica entre jurisdicción y arbitraje encuentra una marcada tendencia detractora del arbitraje comercial internacional en los Estados Unidos de América, donde en el ámbito del reaseguro se sugiere que los principales obstáculos al desarrollo de una práctica rápida, eficiente y honrada surgen con motivo de la elección del panel de árbitros, que muy a menudo se ha venido convirtiendo en una tarea extremadamente ardua y susceptible de ocasionar a las partes grandes gastos y largos retrasos. Estos inconvenientes del arbitraje no pasaron inadvertidos a la doctrina estadounidense, que en las pasadas décadas dirigió muy agresivas críticas al mecanismo de elección de tribunales arbitrales, destacando los

problemas prácticos constituidos, por un lado, por la falta de neutralidad e imparcialidad de sus componentes, y, por el otro, por lo costoso y lento que de hecho acababa resultando el proceso. Tal reacción doctrinal encontró, además, una cierta plasmación en las legislaciones de algunos Estados de la Unión Americana mediante el establecimiento de una prohibición de cláusulas compromisorias en los seguros directos que llegó a veces a extenderse a los reaseguros, ya fuera por la propia vía legislativa o por la jurisprudencial. En todos los planos mencionados se está ante una tendencia negadora del arbitraje que, al denunciar su inadecuación como procedimiento de solución de controversias, desemboca mayoritariamente en una decidida orientación favorable a la jurisdicción como cauce alternativo.

La otra cara de la moneda, esa que intenta reforzar el valor del arbitraje y lo promueve procurando remediar sus inconvenientes y exaltar sus ventajas la encontramos en Europa, donde las instituciones interesadas por la materia han puesto en marcha iniciativas destinadas a potenciar el arbitraje tanto de seguros directos como de coaseguros y reaseguros. La abanderada de este movimiento la encontramos en la Gran Bretaña, donde a finales de 1991 fue fundada la *AIDA, Reinsurance and Insurance Arbitration Society*, que inmediatamente siguieron otras secciones nacionales de la *Association Internationale de Droit des Assurances (AIDA)*. Dentro de éstas, la española ha participado muy activamente en la promoción de la empresa, como lo demuestra la creación en fecha 24 de abril de 1996 del organismo que, bajo la denominación de "Tribunal Español de Arbitraje de Seguros", persigue como principal objetivo el de impulsar la práctica arbitral para dirimir los conflictos surgidos del cumplimiento de los contratos de seguro y de reaseguro.

En el ámbito de los contratos internacionales, el arbitraje resulta ser el mejor método para resolver las controversias en forma rápida y eficaz. Si las partes que se encuentran involucradas en una transacción internacional deciden solucionar sus eventuales o actuales diferencias recurriendo al arbitraje, en el que usualmente ellas esperan contar con:

- 1) Un foro neutral que sepa interpretar sus derechos y resolver sus disputas sin interferencia de los tribunales estatales;
- 2) La posibilidad de recurrir a un tribunal imparcial para frenar una decisión teñida de serias irregularidades y
- 3) La seguridad de que el laudo podrá ser sumaria y rápidamente ejecutado en un procedimiento sin que los tribunales estatales puedan revisar el fondo de la cuestión debatida. Dentro de esta orientación se encuentra la célebre Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Extranjeros, que es sin lugar a dudas el instrumento jurídico internacional más exitoso en la esfera del arbitraje internacional. Una prueba de su relevancia reside por un lado, en el número considerablemente alto de laudos que han sido ejecutados bajo su ámbito y por el otro, el incremento de reformas implementadas por los derechos estatales para acompañar su aplicación.

Cabe destacar además que en el área de los contratos internacionales no nos encontramos con un asegurador frente a un consumidor sino que el contrato de seguros se celebra con empresas operadoras del comercio exterior (muchas veces

multinacionales). Resulta entonces evidente que la protección pretendida se convierte en innecesaria cuando nos encontramos en el marco de contratos internacionales.

Nuestra teoría se ve reforzada en vista de la carencia de una norma equivalente que prohíba la celebración de acuerdos de arbitraje posteriores al estallido de la controversia.

Este hecho, refleja una vez más que la finalidad de las disposiciones prohibitivas del arbitraje en materia de seguros busca exclusivamente proteger al asegurado de posibles abusos de las compañías de seguros al imponerles un método de resolución de conflictos que los sustraiga de la justicia estatal, comprometiéndose eventualmente la imparcialidad del tribunal.

En materia de los sistemas de determinación del *forum* protectores de la parte débil en la relación aseguradora, en su aludido papel de medio de resolución de las controversias nacidas de contratos de seguro, el arbitraje debe ser delimitado de la jurisdicción por referencia a las modalidades de seguros privados caracterizadas por la existencia de una parte débil que prefiera recurrir a los tribunales estatales en demanda de lo que, a juicio de su representación y defensa judicial, puede constituir una mejor y más eficaz protección de sus intereses.

Contrariamente a lo que sucede en el ámbito de los seguros internos, el arbitraje brinda innumerables beneficios que pueden ser aprovechados tanto por aseguradores como por asegurados en el ámbito del comercio internacional.

En consecuencia, en el campo de los negocios internacionales, no debemos excluir este mecanismo idóneo de resolución de controversias ya que en muchas ocasiones, asegurado y asegurador están en igualdad de condiciones jurídicas y económicas, no pudiéndose señalar que una de las partes sea significativamente más débil. En todo caso, habrá que examinar en cada caso en particular si el pacto de elección de foro arbitral es abusivo para el asegurado.

En este sentido, debemos recordar que la doctrina y jurisprudencia mayoritarias entienden que las cláusulas de prórroga de jurisdicción internacional en contratos de adhesión no invalidan de por sí el consentimiento contractual, salvo que se corrobore la existencia de una inconcebible disparidad del poder negociador o una lesión al derecho de debido proceso al colocar al adherente en situación de grave dificultad de acceso a la tutela judicial efectiva.

De esta manera, el arbitraje comercial internacional se configura como el más indicado mecanismo de resolución de los conflictos que puedan surgir a consecuencia de la conclusión de contratos de reaseguro, desplegando en este ámbito la totalidad de las ventajas que tradicionalmente y con carácter general le vienen siendo atribuidas.

En primer lugar, sirve para facilitar la más adecuada respuesta a la especialidad del sector, en la medida en que permite nombrar como árbitros a expertos en la materia; aunque no existe óbice para que los árbitros, sin ser expertos en la materia,

fundamenten sus laudos basándose en el caudal probatorio que incluye la comparecencia de peritos.

En segundo término, gozará de una mayor confidencialidad que los procedimientos jurisdiccionales. En tercer y cuarto lugar, si se adoptan las debidas precauciones, tanto la neutralidad e imparcialidad del árbitro o árbitros como la celeridad del procedimiento arbitral quedarán garantizadas. Y finalmente, en conexión con la última circunstancia, el arbitraje podría resultar técnicamente más barato.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

ANDREU MARTÍ, M^a del M.: “Contratos de seguro con consumidores”, en BOTANA GARCÍA, G. y RUIZ MUÑOZ, M. (coords.), *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*. Madrid, Mc Graw Hill, 1999.

ARTUCH IRIBERRI, E.: “El convenio arbitral defectuoso”, *RCEA*, vol. XI, 1995.

BARRÓN DE BENITO, J. L.: *Condiciones Generales de la Contratación y Contrato de Seguro*. Madrid, Dykinson 1998.

BLANCO-MORALES LIMONES, P.: “La determinación del Derecho aplicable al contrato internacional de seguro”. *RES*, nº 56, octubre-diciembre, 1988.

BROSETA PONT, M.: *El contrato de reaseguro*, Madrid, Ed. Aguilar, 1961.

CABALLERO SÁNCHEZ, E.: *El consumidor de seguros: Protección y defensa*, Madrid, Mapfre, 1997.

CRESPO HERNÁNDEZ, A.: “Contrato de seguro”, en FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. (dir.): *Derecho del comercio internacional*. Madrid, Eurolex, 1996.

HALPERIN, I.: *Seguros, Exposición Crítica de las leyes 17.418 y 20.091*, Segunda Edición actualizada por MORANDI, J.C. Buenos Aires, Depalma, 1983, Tomo II.

SANDOVAL SHAIK, D.: *Las Condiciones Generales del Contrato de Seguro y su Control Interno e Internacional*. Madrid, UCM, 2012.

VARA PARRA, J. J.: *Las dimensiones judicial y arbitral del contrato de reaseguro internacional*. Granada, Comares, 2005.

REFORMAS ELECTORALES PARA LAS ELECCIONES GENERALES DEL 2014.

CARLOS HORACIO DÍAZ DÍAZ

Abogado y profesor universitario en la Universidad Católica Santa María La Antigua y la Universidad Latina de Panamá.

Tiene Maestría en Derecho Marítimo y Maestría en Estudios Electorales.

Ha sido abogado litigante, asistente de Magistrado en el Órgano Judicial y Fiscal Electoral Primero del Primer Distrito Judicial.

Ha representado a la Fiscalía General Electoral y a la Universidad Santa María La Antigua, en calidad de expositor y capacitador en diversos seminarios y congresos (*nacionales e internacionales*) de derecho, en instituciones públicas, universidades, colegios secundarios públicos y privados.

Ha realizado diversas publicaciones como profesor en la revista jurídica de la **U.S.M.A.** denominada ***IUSTITIA ET PULCHRITUDO*** y en la revista del Tribunal Electoral ***MUNDO ELECTORAL***.

Además, es músico, interpreta la guitarra y el bajo; por más de 30 años ha pertenecido a diversos grupos musicales difundiendo la cultura a través de la música y evangelizando mediante el canto.

Actualmente es el Director del Centro de Estudios Democráticos del Tribunal Electoral.

Desde el punto de vista gramatical, *reformar* significa arreglar, modificar o cambiar una cosa con el fin de mejorarla. Cuando este concepto se aplica al campo del derecho, entonces nos referimos a aquellos mecanismos y procedimientos tendientes a variar el texto de una ley o parte de ella, para adecuarla en mayor medida a la realidad social del momento.

Bajo ese prisma, en un sistema jurídico las reformas a las leyes constituyen un acto reiterado que realizan los órganos del Estado facultados para tal fin. El derecho panameño no es la excepción, la función legislativa, es ejercida principalmente por medio de la Asamblea Nacional y consiste en expedir las leyes necesarias para el cumplimiento de los fines y el ejercicio de las funciones del Estado (*artículo 159 de la Carta Magna*); empero, en lo que a *legislación electoral* se refiere, la constitución panameña concede al Tribunal Electoral la facultad expresa de proponer leyes cuando se trate de materias de su competencia (*iniciativa legislativa*). Además, este Tribunal reglamenta, interpreta y aplica *privativamente* la Ley Electoral, y conoce de las controversias que origine su aplicación.

Las normas que integran el ordenamiento jurídico electoral (*a saber, las normas constitucionales sobre la materia, el Código Electoral y los decretos reglamentarios*) son susceptibles de ser renovadas con el propósito permanente de alcanzar la consolidación y el fortalecimiento de un Estado democrático, donde los ideales de los individuos se vean respaldados por normas que garanticen plenamente sus aspiraciones. Así, la legislación electoral es un conjunto de normas dinámicas que están sujetas a un permanente proceso de mejora.

La ley electoral constituye, sin duda, el instrumento central del ordenamiento jurídico electoral, pero ésta por su propia naturaleza, debe ser el resultado de un amplio acuerdo y gozar de un apreciable grado de permanencia, sobre todo, las normas relativas al sistema electoral y a los aspectos esenciales del procedimiento, que integran el núcleo jurídico y político, las cuales por su trascendencia, deben ser sometidas a mecanismos consensuales por encima de la simple mayoría parlamentaria.

Ello es así, pues, por un lado, es necesario que todos los integrantes de la sociedad civil participen activamente en el avance democrático de la nación; y por otra parte, el buen funcionamiento de un régimen democrático, requiere en gran medida de ciudadanos capaces de

asumir y reconocer que tienen un papel activo en la sociedad, de modo que la política sea una actividad eminentemente ciudadana.

Además, para que se produzca una reforma electoral profunda, es precisa la coincidencia de dos elementos fundamentales: la cultura ciudadana y la educación cívica, todo lo cual comienza con la incorporación de todos los actores políticos al debate reformatorio de la ley electoral.

En este sentido, ha de resaltarse que Panamá es el único país de nuestro Continente que ha logrado institucionalizar el proceso de reforma electoral, a través de una colaboración armónica entre los partidos políticos y aquellas entidades de la sociedad civil que han demostrado interés por la materia electoral y la democracia.

Nos referimos a la *Comisión Nacional de Reformas Electorales (CNRE)*, que es el ente que, después de cada proceso electoral, se ocupa del análisis de las quejas e imperfecciones detectadas durante las últimas elecciones generales y analiza las propuestas novedosas que surgen del Derecho Electoral comparado, para proponer medidas correctivas que permitan ir perfeccionando nuestro sistema electoral panameño, a través de la iniciativa del Tribunal Electoral. Esta Comisión tiene la responsabilidad de proponer las reglas del juego para cada elección general.

Con miras a las Elecciones Generales del 4 de mayo de 2014, y como ha venido ocurriendo en los últimos veinte años, el Tribunal Electoral creó, mediante Decreto 28 de 9 de diciembre de 2009, la Comisión Nacional de Reformas Electorales, para lo cual convocó a los representantes de los partidos políticos constituidos, a los que estuvieran en formación y a representantes de la sociedad civil organizada. De acuerdo al citado Decreto, tuvieron derecho a voz y voto, los partidos políticos vigentes y los sectores sociales que se aglutinaron en el Foro Ciudadano Pro Reformas Electorales, representando a diversas organizaciones, que se agruparon en cuatro áreas, cada uno con derecho a un voto, a saber: el académico, integrado por representantes de las universidades, el área de organizaciones no gubernamentales, el gremio de la empresas privadas y el gremio de los trabajadores. El Tribunal Electoral solamente tenía voto en los casos de empates.

También participaron con derecho a voz: el Órgano Ejecutivo, la Asamblea Nacional, la Fiscalía General Electoral, la Defensoría del Pueblo, el Partido Alternativa Popular, en formación, el Movimiento de Liberación Nacional, en formación, el Foro Nacional de Mujeres de Partidos Políticos, la Asociación de Parlamentarias y Ex Parlamentarias de la República de Panamá, el Frente Nacional para la Defensa de los

Derechos Sociales y Económicos (FRENADESO), y el Foro de Juventudes de Partidos Políticos.

Es importante señalar, que la Comisión se instaló el 14 de enero de 2010 y concluyó sus deliberaciones el 22 de diciembre de 2010, con la sesión número 43, lográndose un proyecto de Ley contentivo de 97 artículos, que propuso la modificación de normas y denominaciones del Código Electoral, así como la adición y derogación de otras.

Finalmente, después de ese arduo trabajo colectivo, el Tribunal Electoral, en ejercicio de la facultad que le confiere el numeral 10 del Artículo 143 de la Constitución Política y el Acuerdo 2 de Sala de Acuerdos 5 de 25 de enero de 2011, presentó al seno legislativo el Proyecto de Ley: *“Por la cual se reforma el Código Electoral y modifica la Ley 59 de 28 de diciembre de 2006, que configura los circuitos electorales para la elección de diputados”*, la cual, de haberse cristalizado hubiese constituido la quinta reforma electoral consecutiva en veinte años; pero lamentablemente, pese a que conforme al numeral 1 del artículo 159 de la Constitución Política, correspondía al Órgano Legislativo evaluar esta valiosísima y muy costosa iniciativa legislativa, no existió la voluntad democrática de ese órgano del Estado, quien no le dio a esta gran oportunidad legislativa la dimensión pertinente.

Sin embargo, con posterioridad, la Comisión de Gobierno de la Asamblea Nacional, con fundamento en los artículos 159, 164 y 165 de la Carta Magna, presentó su propio proyecto de ley reformativo del Código Electoral, el cual fue aprobado por el seno legislativo, y el gobierno de Panamá promulgó el lunes 17 de septiembre, en horas de la tarde, la Ley 54 de 17 de septiembre de 2012, que reforma el Código Electoral. Este documento, que fue publicado en la Gaceta Oficial No. 27122-A, del lunes 17 de septiembre de 2012, llevó la firma del Presidente Ricardo Martinelli y del Ministro de Gobierno, Jorge Ricardo Fábrega y consta de 17 artículos.

Huelga señalar, que los partidos políticos de oposición y el propio Tribunal Electoral, mediante una carta enviada al señor Presidente Martinelli, solicitaron el veto al proyecto por considerarlo *“inconveniente”* e inconstitucional.

El texto aprobado, que recoge algunos temas originalmente propuestos por la CNRE, trae algunos aspectos saludables y otros, cuya conveniencia jurídica, social y política, está sujeta a la experiencia que se obtenga, luego de su aplicación en los próximos comicios electorales generales.

A continuación, me permitiré presentar un resumen de las innovaciones y reformas que trajo la prenombrada ley al Código Electoral, clasificados por tema:

MIEMBROS DE LOS PARTIDO POLÍTICOS (art.102 del C.E.).

- Establece taxativamente que los miembros de los partidos políticos pueden aspirar a la postulación simultánea para más de un cargo de elección popular.
- Que los estatutos de los partidos políticos no pueden exigir la renuncia a cargos directivos del partido como condición para participar en las elecciones primarias, ni tampoco prohibir la postulación para dos o más cargos directivos dentro de cualquiera estructura partidaria.

FINANCIAMIENTO PÚBLICO (art.182 del C.E.).

- FINANCIAMIENTO PREVIO. Se aumentó de B/. 0.30 a B/. 0.50 centésimos de balboa la suma de dinero que en concepto de financiamiento electoral se le entregará a los candidatos de libre postulación reconocidos formalmente por el Tribunal Electoral.
- FINANCIAMIENTO POSTERIOR. Se aumentó de 25% a 50% la cuota que deberán invertir los partidos políticos, del aporte anual en base a votos, en la educación cívico-política de sus miembros.

PROPAGANDA ELECTORAL (art. 207 del C.E.).

Se establece un nuevo procedimiento para dirimir las reclamaciones por violaciones a las disposiciones sobre propaganda electoral, para el caso de que quien haga la reclamación sea quien se considere afectado con la misma; en este caso particular, el Tribunal Electoral deberá dar traslado a la Fiscalía General Electoral para que emita concepto por un término no mayor de 15 días y, una vez recibido el concepto fiscal, es que el Tribunal Electoral podrá ordenar la suspensión provisional de la propaganda demandada, facultad que antes se aplicaba sin esta dilación.

POSTULACIONES A CARGOS DE ELECCIÓN POPULAR (art.234 del C.E.).

Se añaden los cargos de Presidente y Vicepresidente de la República, dentro de aquellos que pueden ser postulados tanto por partidos políticos, como mediante la Libre Postulación.

ALIANZAS (se añade el art.235-A del C.E.).

Se establece una limitación en la postulación de candidatos a los cargos de Diputados, Alcaldes, Representantes y Concejales, dentro de las alianzas, y que consiste, en que no podrán ser postulados a dichos cargos por otro partido político que no sea parte de la alianza; y en tal caso, la postulación se entenderá por no efectuada.

CUOTA DE GÉNERO (art. 239 del C.E.).

- Se aumenta del 30% al 50% la cuota mínima de candidatas femeninas, que debe garantizarse, puedan postularse en las elecciones internas de los partidos políticos. Más, se aclara que esta cuota sólo es exigible hasta las primarias, es decir, que no comprende las postulaciones para las elecciones generales.
- Se establece que corresponde a la Secretaría de la Mujer de los partidos políticos firmar las listas de postulaciones.

POSTULACIÓN PARA PRESIDENTE Y VICEPRESIDENTE DE LA REPÚBLICA POR LIBRE POSTULACIÓN (se añaden los arts. 246-A a 246-G del C.E.). *(Esta reforma se da en virtud del Fallo de la Corte Suprema de Justicia de fecha 21 de julio de 2009, en el cual se declara inconstitucional el artículo 233 del Código Electoral, que la reservaba solo para los partidos)*

- Se establece que el candidato debe cumplir con los mismos requisitos constitucionales (*art. 179*) y no estar comprendido en las prohibiciones que señala dicha Carta Magna (*arts. 180, 192 y 193*).
- Se instituye los periodos que tiene el candidato para presentar su solicitud de recolección de firmas de adhesión (*3 meses antes de la apertura y convocatoria de las elecciones generales*), y para registrar a sus adherentes (*hasta 4 meses antes de la fecha de las elecciones*).
- Se señala los porcentajes tanto de los adherentes necesarios para la candidatura (*2% de los votos válidos emitidos para el cargo de Presidente en la última elección*), como para presentar la solicitud de recolección de firmas (*10% de los adherentes necesarios para la candidatura*).
- Se establece que podrán registrarse como “*adherentes*” de las candidaturas por libre postulación para Presidente, todos los electores incluidos en el Registro Electoral, estén o no inscritos en partidos políticos, pero si se trata de un adherente inscrito en partido político, su inscripción constituye una renuncia tácita al partido.
- Se aclara que el aspirante a candidato tiene dos (2) momentos para señalar el nombre del Vicepresidente que

lo acompañará, estos son junto con su solicitud, o durante el periodo de postulaciones dentro del proceso electoral.

- Se restringe a tres (3) la cantidad máxima de candidatos presidenciales por Libre Postulación que pueden postularse en cada elección, que serán los que acrediten la mayor cantidad de adherentes.
- Se instituye un Parágrafo Transitorio para afectar exclusivamente los comicios generales del 2014, en el que se rebaja los porcentajes antes vistos a 1% (*en lugar de 2%*) y 5% (*en lugar de 10%*).
- Se señala que una vez se encuentre en firme la postulación de un candidato presidencial por libre postulación, éste puede ser postulado por cualquier partido político, siempre que no haya vencido el periodo de postulación ante el Tribunal Electoral (**246-G del C.E.**). (*Lo que en nuestra opinión, constituye una diferencia con las candidaturas a Diputados, Alcaldes y Representantes por libre postulación*).

ADJUDICACIÓN DE CURULES (art. 326 del C.E.).

Se modifican las reglas para la adjudicación de curules en los circuitos electorales que elijan a dos o más diputados, por cociente, medio cociente y residuo. Según sus propulsores, se le da mayor preponderancia a los votos del candidato más votado por los electores.

ELIMINACIÓN DEL DENOMINADO VOTO EN PLANCHA (art. 327 del C.E.).

En las boletas únicas de votación el elector sólo puede seleccionar una casilla, es decir, votar por un solo candidato de un solo partido, de manera que por cada elector se contará un solo voto, instaurando el voto selectivo, una persona un voto. Si el elector marca más de una casilla el voto es nulo.

Estas últimas regulaciones pudieran conllevar resultados tanto positivos como negativos para nuestra democracia, pues, si bien el voto en plancha arrastraban a los candidatos menos votados de los partidos más grandes y, ahora cada candidato competirá con los votos que personalmente obtenga (*lo que pudiera considerarse más "justo"*), en nuestra opinión, esta medida debilitará a los partidos políticos y promoverá el canibalismo interno, pues los "enemigos" en las campañas serán entre los propios copartidarios.

Es oportuno señalar, que con posterioridad a esta nueva regulación en materia electoral, mediante Ley .4 de 7 de febrero de 2013, publicada en la Gaceta Oficial 27222-B de la misma fecha, se establece otra

modificación al ordenamiento jurídico electoral, esta vez, para reestablecer artículos sobre la Revocatoria de Mandato, que habían sido suprimidos mediante Ley 14 de 13 de abril de 2010, publicada en la Gaceta Oficial No.26510-C de la misma fecha, que he de mencionar, fue la primera reforma al Código Electoral efectuada luego de las Elecciones Generales de mayo de 2009, es decir, dentro del presente periodo gubernamental, la cual, tristemente, tampoco fue consultada ni con el Tribunal Electoral (*entidad rectora del ordenamiento jurídico electoral por disposición constitucional*), ni con la ciudadanía en general.

En suma, esta ley de tan sólo diez (10) artículos, además de reestablecer el texto original de los artículos 369 No.3 y 370 a 373 del Código Electoral, relacionados al procedimiento de Revocatoria de Mandato de los Representantes de Corregimiento, incorpora como única innovación, la facultad de instaurar un proceso de revocatoria de mandato contra los Alcaldes de Distrito que hayan sido electos por partidos políticos o mediante libre postulación, aplicando el mismo procedimiento que para los ediles.

Es importante señalar, que esta normativa jurídica electoral en la actualidad se encuentra en *vacatio legis*, pues, entrará en vigor a partir del 1 de julio de 2014.

Posteriormente, acontece una situación inverosímil, con posterioridad al momento en que el Tribunal Electoral emitiera el Decreto 7 de 13 de marzo de 2013, "*Por el cual se Reglamentan las Elecciones Generales de 4 de mayo de 2014*", faltando poco más de un año para los comicios generales del 2014, surge una nueva iniciativa para reformar el Código Electoral. El documento, que fue rechazado por la oposición y el Tribunal Electoral de Panamá, recibió su último debate el viernes 19 de abril de 2013 en una sesión especial donde el pleno legislativo estaba habilitado en horas de la mañana.

Con dicha reforma, estatuida mediante Ley 31 de 22 de abril de 2013 (*que fue aprobada con 38 votos a favor por diputados de los partidos Cambio Democrático y MOLIRENA, y nueve votos en contra emitidos por miembros de los partidos PRD y Panameñista y fue publicada en la Gaceta Oficial No.27271-A*), quedó eliminado el artículo 248 del Código Electoral.

Dentro de la citada reforma, también se modificó el art.235-A del Código Electoral, estatuido muy recientemente mediante la Ley 54 de 17 de septiembre de 2012, a fin de establecer la definición de Alianza Nacional y consagrarla como requisito *sine quanon* para la posibilidad de que los partidos políticos presenten postulaciones comunes, y así impedir que los partidos que no sean parte de una misma alianza electoral para

Presidente y Vicepresidente de la República, puedan postular alcaldes, representantes, concejales y diputados.

Ha de agregarse, que la promulgación de esta Ley reformativa del Código Electoral, provocó que el Tribunal Electoral efectuara cambios al Decreto 7 de 13 de marzo de 2013, *“Por el cual se Reglamentan las Elecciones Generales de 4 de mayo de 2014”*, lo que hizo por conducto del Decreto 11 de 24 de mayo de 2013.

No podemos concluir este recuento cronológico normativo de innovaciones al ordenamiento jurídico electoral de cara a las Elecciones Generales de 4 de mayo de 2014, sin referirnos a la nueva ley de pensión alimenticia en Panamá, la Ley 42 de 7 de agosto de 2012, la cual trae toda una regulación interesante sobre la materia alimenticia en nuestro país; no obstante, hay algunos aspectos de la misma que merecen ser analizados, pero como es lógico, nos referiremos únicamente al que tiene relación con la normativa jurídica electoral.

Y es que según el artículo 92 del citado cuerpo legal, toda persona que aspire a un cargo de elección popular, deberá presentar junto a los demás documentos que avalan su postulación, un paz y salvo expedido por el juez competente, que certifique que está cumpliendo con dicha obligación alimentaria. Lo cual, en nuestra opinión, constituye la imposición de un requisito adicional para la postulación de candidatos, de los que están taxativamente establecidos por la Constitución Política.

Lo cierto es que por el momento, y mientras no haya un pronunciamiento oficial acerca de la constitucionalidad de dicho artículo, el Tribunal Electoral, a través del mencionado decreto reglamentario de las elecciones, en aras de cumplir con dicha ley, ha establecido en su artículo 36, que *“para la comprobación del paz y salvo en el pago de pensión alimenticia, los candidatos deberán presentar una declaración jurada ante el partido político que lo postule o ante la oficina de organización electoral correspondiente si se tratarse de un candidato por la libre postulación, para acreditar el cumplimiento del requisito a la fecha de su postulación. El Tribunal Electoral verificará la validez de dicha declaración jurada con las autoridades competentes”*.

Para concluir, me permitiré realizar algunos comentarios finales acerca de las últimas reformas al Código Electoral, en las que en definitiva, los pocos avances son tan claros como los muchos costos y retrocesos que implican para nuestra incipiente y endeble democracia.

Si bien por una parte, inspiradas en el proyecto propuesto por la CNRE, se introducen algunos pocos avances en materia de Financiamiento Público y Cuota de Género, no se adoptaron muchas otras

medidas como aquellas necesarias para transparentar y fiscalizar el financiamiento privado y establecer topes a los gastos y a las donaciones. Medidas para reducir el costo de las campañas, así como la saturación de la propaganda electoral y, para promover la educación y capacitación cívica electoral, fueron totalmente olvidadas.

Por otro lado, lo más preocupante, es que todas estas reformas legislativas electorales fueron discutidas en el seno legislativo a tambor batiente, en tan sólo un par de días, cuando por su naturaleza e importancia era imprescindible que se les otorgara el tiempo necesario y se le diera participación a todos los actores políticos, para que deliberaran temas tan significativos, con mayor profundidad.

Estas reformas legales electorales, en nuestra opinión, dejan a su paso aprendizajes importantes, pues, es indispensable que la próxima reforma política electoral gire en torno a la ciudadanía como eje rector, y no a los partidos como sujetos interesados. La democracia comienza con el ciudadano y su fortalecimiento depende, en gran medida, de una ciudadanía alerta y activa.

Toda reforma electoral exige un trabajo arduo y profundo, porque éstas no pueden ser ni parciales ni unilaterales, sino coherentes, sistemáticas y sobre todo, debidamente consensuadas, de modo que realmente tiendan a fortalecer y a consolidar los valores democráticos, para lo cual debe contarse con la legitimidad necesaria, lo cual merece una amplia discusión en la Comisión Nacional de Reformas Electorales, terreno indicado para debatir, proponer y llegar a acuerdos nacionales.

El Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral (IDEA Internacional) desarrolló en el año 2009 un marco de trabajo alternativo para evaluar la democracia de nuestros países, cuyos resultados dejaron en claro, que toda reforma electoral debe ser integral e inclusiva y estar orientada al futuro, de manera tal, que parta de los logros democráticos, tenga fundamento en los muy diversos contextos en que la democracia florece, y requiera el apoyo de todos los ciudadanos. Sin la participación ciudadana, y sin los derechos, las libertades y los medios para participar, el principio del control popular sobre el gobierno no puede materializarse.

Panamá es el país con más desarrollo legislativo en el continente al poseer una democracia forjada mediante el consenso nacional, por lo que el impacto democrático del país en el exterior es un ejemplo digno de imitar; por ello, no podemos permitirnos que ese proceso gradual de reformas se interrumpa y deteriore, en desmedro de nuestra calidad de vida democrática.

Todos juntos, Tribunal Electoral, gobierno central, partidos políticos, y sociedad civil organizada, debemos seguir haciendo esfuerzos conjuntos por construir y fortalecer nuestras instituciones democráticas, la sociedad democrática y la cultura democrática de los panameños.

**LA RESIDENCIA ELECTORAL Y EL
DELITO DE CAMBIO DE RESIDENCIA
EN EL CÓDIGO ELECTORAL**

DIANI ESPINOSA MOLINA

DIANI ESPINOSA MOLINA¹

¹ Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Panamá; de igual manera, ha obtenido su Post Grado y Maestría dentro del área de conocimientos de Derecho Procesal en la Universidad Interamericana de Panamá. También ha adquirido el diplomado en Derechos Políticos.

1.- Introducción

En la jurisdicción electoral el delito de mayor incidencia, a nivel nacional, es el cambio de residencia doloso meses antes que se produzcan las elecciones generales, delito que se encuentra regulado en la Sección Segunda, Capítulo I, Título VII del Código Electoral, cuya denominación es Delitos contra la honradez del sufragio, específicamente en el artículo 395 de tal excerta legal.

En el ordenamiento jurídico electoral actual, para que la conducta enunciada tenga lugar, debe imperar una conducta dolosa, la cual se materializa a partir del momento en que dicho sujeto procede a empadronarse o inscribirse en un corregimiento distinto al de su residencia habitual.

Como es un delito netamente doloso, doctrinalmente se ha señalado que lo característico de una conducta dolosa es que debe prevalecer la intención o voluntad de causar daño previendo un resultado lesivo o en detrimento de otro candidato; en ese sentido tenemos que, en el ámbito electoral, la finalidad de aquella persona que comete la acción es la de favorecer a un partido o candidato y obviamente el haber declarado una residencia electoral falsa, para poder optar por ella.

Dentro de la norma objeto de estudio, también se pueden apreciar agravantes en relación con su penalización, como por ejemplo: si la acción fue mediante una instigación, es decir, aquella acción de inducir a un tercero a delinquir; en ese caso, la sanción sería el doble de la sanción primaria, que oscila de 50 a 500 días – multa.

El inicio de una investigación por delito de cambio de residencia puede ir concatenada a la figura de residencia electoral, que en derecho puede ser iniciada de oficio y esto ocurre cuando en un proceso administrativo es impugnado el padrón electoral de cierta comunidad y como consecuencia, se deslindará o determinará el actuar del ciudadano desde el punto de vista penal. En otros casos, la investigación puede iniciarse a solicitud de parte, cuando se presenta la formal denuncia ante la autoridad competente, es decir, la Fiscalía General Electoral y sus

En el ámbito laboral, se desempeñó en diversos cargos dentro del Ministerio Público desde el año 2001 hasta el 2008; y además ocupó distintas plazas dentro de la Fiscalía General Electoral. Actualmente es abogada litigante.

Agencias de Instrucción sobre la posible comisión del hecho punible electoral.

2.- La naturaleza jurídica de los delitos electorales

De la misma forma como en el derecho penal se prohíbe la aplicación de la analogía al momento de imponer las penas, de igual manera en los delitos de carácter electoral también se prohíbe incurrir en este tipo de circunstancias, razón por la cual se hace necesario tipificar dentro del código electoral todos y cada uno de los delitos de carácter electoral.

En ésta línea de pensamiento, es ineludible señalar que la ley electoral procede a sancionar dentro del tipo penal aquellas *conductas dolosas* que afecten el ejercicio del derecho electoral.

Así las cosas, se configura la comisión de un delito electoral de acuerdo a la legislación panameña en los casos en que se obra de forma dolosa², ya que lo que se persigue en los delitos dolosos es la conducta como resultado de su finalidad perjudicial, en tanto que en relación a los tipos penales culposos, se puede indicar que los mismos son poco regulados dentro de la normativa electoral panameña.

Con relación a los elementos que conforman el concepto de dolo, podemos indicar que *“La doctrina considera que el dolo tiene dos elementos: uno cognoscitivo que se entiende como el conocimiento de los elementos de tipo penal y otro volitivo que es la voluntad que se manifiesta cuando el sujeto, con base en su conocimiento, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley.”*³

² El concepto de dolo se define como: *“(…) mentira, engaño o simulación, jurídicamente adquiere tres formas: vicio de la voluntad en los actos jurídicos; elemento de imputabilidad en el incumplimiento de obligaciones; o calificación psicológica exigida como integrante del delito civil o agravante del delito penal.*

En el primer sentido, el dolo puede definirse, como lo hace el art. 931 del Código Civil argentino: “toda aserción de lo que es falso o disimulación de lo que es verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee” para conseguir la ejecución de un acto. El segundo y tercer sentido de la voz dolo corresponden a lo que comúnmente llamamos “intención”; los actos antijurídicos pueden cometerse con la intención de producir un mal o, simplemente, con la previsión del resultado dañoso, aunque no mediare intención.” (OSSORIO, MANUEL (1989). Dolo. Dentro del *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires (Argentina): Editorial Heliasta S.R.L., página 264).

³ PATIÑO CAMARENA, JAVIER (2006). *Nuevo derecho electoral mexicano*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, página 818.

2.1.- La pena en el delito de cambio de residencia doloso

En el ámbito estricto de la legalidad penal, las penas o sanciones pueden ser privativas de la libertad, o en su defecto, pueden ser penas pecuniarias. En el caso propiamente que nos ocupa, de la lectura del artículo 395 del Código electoral panameño podemos determinar que la sanción para los delitos por cambio de residencia de manera dolosa conllevan una pena de carácter pecuniaria, que oscila entre cincuenta (50) a quinientos (500) días multa.

De igual manera el tipo penal también puede establecer agravantes en relación a la pena pecuniaria, toda vez que la sanción puede llegar a duplicarse para aquellas personas que promuevan, inciten o instiguen a que un determinado sujeto proceda a ejecutar el cambio de residencia injustificada, lo que configura una acción de tipo dolosa, incurriéndose con ello de esta manera en una falta a la normativa electoral o un fraude a la ley⁴.

2.2.- El bien jurídico tutelado frente al cambio de residencia doloso:

A nuestra manera de entender, el bien jurídico que se pretende tutelar en relación con el cambio de residencia de forma dolosa es *el derecho al voto*, y consecuentemente también se buscará proteger los intereses del electorado.

En relación al bien jurídico tutelado (derecho al voto), en los delitos electorales concordamos con que “(...) *este tiene una significación muy rica, ya que a través del mismo el ciudadano no sólo elige a sus representantes sino que también elige un programa político con apego al cual se debe gobernar el país, y además, a través del voto, se reitera, actualiza y conforma su decisión de que la democracia debe ser la norma básica de gobierno (...).*”⁵

⁴ A nuestra consideración, el grado de penalidad impuesto por el código electoral respecto del delito de cambio de residencia doloso puede catalogarse como una sanción leve, siempre y cuando no exista algún grado de instigación por parte de otra persona que provoque el aumento de la sanción. En éste sentido, como podemos observar, ésta conducta penal no tiene una sanción de mayor grado como por ejemplo la inhabilitación por cinco años de quien comete el hecho punible o la destitución en el caso que la actuación provenga de un servidor público.

⁵ PATIÑO CAMARENA, JAVIER, ob. Cit., páginas 822-823.

Otro de los efectos perjudiciales que puede generar el cambio de residencia de forma injustificada o dolosa con la finalidad de apoyar a un determinado candidato político en otra zona o sector distinto al que reside, quien se empadrona en otro lugar, es el siguiente: “(...) se advierte que persigue el adecentar la participación en la actividad política, a fin que la elección de los representantes de la comunidad sea realmente efectuada por quienes provienen de estas y no por quienes provisionalmente o por interés político aparecen con domicilio en el circuito en el que corren como candidatos.”⁶

2.3.- Los sujetos que pueden realizar la conducta dolosa del cambio de residencia electoral sin justificación debida que les ampare

De acuerdo a la forma como está redactado el tipo penal dentro del Código Electoral panameño, el delito de cambio de residencia electoral dolosa lo pueden realizar cualquier elector, persona o agente, para lo que no se requiere ser candidato, ni miembro de un partido político tal como se podrá apreciar con mayor puntualidad en la próxima temática que analizaremos.

3.- Algunos aspectos cronológicos evolutivos de la figura de residencia electoral y del cambio de residencia doloso, en la República de Panamá

Al respecto, se tiene que para el año 1983, mediante Ley 11, de 10 de agosto de 1983, se adoptó el Código Electoral y, por ende, en el artículo 4 se enmarcó el significado de residencia electoral, como: “*la vivienda en que se habita con carácter permanente y principal, ubicada en la comunidad donde el ciudadano mantiene sus relaciones familiares y sociales*”; en ese entonces, no era tomada en consideración las relaciones de índole políticas, las cuales fueron reconocidas, por primera vez, en las modificaciones realizadas a través de la Ley 9 de 21 de septiembre de 1988 (ver G. O. N°. 21,141 de 22 de septiembre de 1988), debido al sistema dictatorial que enfrentaba el sistema electoral vigente a la fecha.

En ese sentido tenemos que, en cuanto al delito de cambio de residencia, la Ley 11 de 1983 lo enmarcó en el artículo 318, Capítulo I del Título VII que trataba de “Delitos y Faltas Electorales y Sanciones Especiales”. En el referido artículo solamente se exponía que la sanción era una multa que oscilaba entre cincuenta a quinientos balboas, a los que dolosamente se hicieran empadronar en el censo electoral o se inscribieran en el Registro Electoral, en un corregimiento distinto al de su

⁶ GONZÁLEZ HERRERA, ALBERTO H. (2009). *Delitos Electorales: La influencia del nuevo Código Penal en el Derecho Electoral*. Panamá (Panamá): Editorial Cultural Portobelo, página 103.

residencia, sin tomar en consideración la instigación como agravante de dicha conducta.

En el año 1993, con la promulgación de la Ley 17 de 30 de junio de 1993 (G. O., 22,319 de 1 de julio de 1993), es cuando se habla, por primera vez, de la instigación como agravante del delito de cambio de residencia doloso, cuya sanción administrativa era una multa de cien a mil balboas, quedando desplazado a la Sección Segunda del Título VII, definida como otros delitos electorales, con la numeración 303. Sin mantenerse modificación alguna, hasta esa fecha, del concepto de residencia electoral esgrimido en el artículo 4 del Código Electoral.

En el año 1997, con las reformas establecidas mediante Ley 22, de 14 de julio de 1997 (G. O. 23,332 de 16 de julio de 1997), el delito de cambio de residencia es modificado con respecto a la sanción que anteriormente estaba establecida, al referirse ahora que la penalidad será de 50 días-multa a 500 días-multa y de comprobarse dentro de la instigación el delito, éste se agravará con el doble. Lo anterior, se debe al acrecentado volumen de casos reportados o denunciados durante el período electoral anterior. De igual manera, con las modificaciones en la denominación del Título VII, llamado aquí como delitos y faltas penales electorales y faltas administrativas, el delito de cambio de residencia, con la modificación legal, pasa a incorporarse dentro de la Sección Segunda que trata de los delitos contra la honradez del sufragio, con la numeración 306-A.

Sumado a lo anterior, podemos decir que indistintamente del cambio de denominación y numeración, en el caso de la residencia electoral, debido a la amplitud de los conceptos “permanente y principal” que imperaban en el artículo 4, se generaron controversias en las elecciones consecuentes, dilucidándose con más énfasis la referida problemática en las elecciones generales del 2 de mayo de 1999, en materia de impugnaciones al padrón electoral. En este sentido, la pugna se generó debido a que un ciudadano podía no residir en cierta comunidad, pero por el simple hecho de mantener relaciones de índole familiar y social, podría ser parte de ella y registrarla como residencia electoral. A raíz de ello, el Tribunal Electoral como ente que interpreta y aplica privativamente la ley electoral, consideró necesario desarrollar los conceptos establecidos en el Artículo 4 del Código Electoral mediante el Decreto 17 de 24 de noviembre de 2000, para así determinar si un ciudadano cumplía con la residencia electoral.

Pese a las diversas aristas, deslindadas para que el ciudadano impugnado pudiese ser oído y defender sus derechos, no es hasta el año 2006, con la Ley 60 de 29 de diciembre de 2006, que reformó el Código Electoral, cuando se reestructuró el concepto desarrollado en el artículo 4 de esa norma de la siguiente manera: “*Para todos los fines electorales, por*

residencia electoral del elector se entenderá el lugar donde reside habitualmente”, con la supuesta finalidad de tratar de poner fin al alto índice de los cambios desmesurados de residencia dolosos reportados, sin tomar en consideración una definición concreta de habitualidad. Dejándose entrever que, independientemente del concepto innovador, el ciudadano podría hacer uso de las reglas establecidas en el Decreto 17 de 2000, cuando era impugnada la residencia electoral que inscribía ante el Registro Electoral.

No es sino, hasta el año 2008, cuando mediante el Decreto 4 de 13 de marzo, se perfeccionó la definición de residencia electoral asimilándola así también con el concepto de residencia habitual o con *“el pernoctar un mínimo de cuatro días a la semana en un corregimiento, con ánimo de permanencia”* y se reconoció dentro de la norma, la existencia de excepciones con la finalidad de permitir a un elector votar en un corregimiento distinto al de su residencia, configurándose así estas circunstancias cuando medien los siguientes casos: por el traslado temporal, por motivos de fuerza mayor, trabajo, salud o por estudios. De igual manera, también se conceptualizan como excepciones al deber de los ciudadanos a empadronarse en el corregimiento donde habitualmente residan; el haber estado empadronado en un mismo corregimiento, durante los últimos 15 años anteriores al cierre del Registro Electoral, y el acogerse a la residencia electoral del cónyuge o del jefe de familia.

Es decir, que el concepto de residencia electoral, es un poco más restringido para el elector y no es aplicable para aquel ciudadano que opte a ser candidato a un cargo de elección popular.

Ahora bien, en el pasado período pre electoral, el delito electoral de cambio de residencia doloso, se empezó a incrementar en los meses de junio a julio de 2008, meses en donde los partidos políticos iniciaban las convocatorias de sus adherentes a elecciones internas y transcurrían las respectivas impugnaciones en contra del Padrón Electoral. Por una parte, se observaron denuncias motivadas por el ciudadano común, basado en las prerrogativas y excepciones establecidas en el Decreto 4 de 13 de marzo de 2008 y por la otra, por aquel ciudadano que aspiraba a ser candidato a un cargo de elección popular, en atención a las reglas establecidas en el artículo 5, del Decreto 7 de 7 de abril de 2008; que al parecer hace más extensivo y amplio el concepto de residencia, otorgándole mayor ventaja que al ciudadano común. Dicho de otro modo, a nuestro entender pareciera que los parámetros para acreditar el cambio de residencia para un candidato son flexibles y para un ciudadano común no lo son, al restringirle a éste último el concepto a residencia habitual.

Quizá el Tribunal Electoral, con esta modificación esbozada en el Decreto 4, quiso reprimir al elector; sin embargo, ¿en dónde quedó la

represión o restricción al candidato a cargo de elección popular? ya que, al ser así, el principio de igualdad en el que se cimentan los derechos políticos establecidos en el Título IV de la Constitución Política de Panamá, podría haberse transgredido.

Con respecto al aspecto penal, podemos decir que hasta la fecha el cambio de residencia doloso se mantiene en la Sección Segunda del Título VII del Código Electoral, en el artículo 395, con la única diferencia de que no se habla de “*a los que dolosamente se hagan*” sino con la terminología “*a quien dolosamente se haga*”. Es decir, que ya no se habla de los supuestos autores o responsables sino que se individualiza la atribución de la acción dolosa, en virtud de que al existir una penalización a la persona que instigue, se deja establecido de antemano que es *al autor material del hecho a quien se penaliza*. De igual manera, al existir un artículo que sanciona al funcionario electoral que resulte involucrado en esta categoría de hecho punible, al verse afectado el proceso electoral (confróntese el artículo 397, numeral 2 del Código Electoral); es por lo que se ha determinado que la terminología se categorice o exprese de la manera antes mencionada.

Somos de la convicción que sería de vital importancia reestructurar la norma penal electoral, descrita en el artículo 395 del Código Electoral y conocida como cambio de residencia doloso, para que abarque tanto al elector como al elegido a un cargo público con mando y jurisdicción, ya sea de un corregimiento, circuito o distrito y de igual manera, unificar el criterio que se tiene para desarrollar el concepto de residencia electoral a fin de salvaguardar, en estricta igualdad, a los intereses del electorado.

4.- El delito electoral de cambio de residencia dolosa en la jurisprudencia del Tribunal Electoral

En la presente sección procederemos a analizar un fallo proferido por el Tribunal Electoral de fecha 26 de febrero de 2010, en donde se procede a imponer una multa a una persona por la comisión de un supuesto cambio doloso de residencia hacia el corregimiento de Las Huacas, Distrito de Río de Jesús, Provincia de Veraguas.

Así las cosas, el Juzgado Primero Penal Electoral del Segundo Distrito Judicial procedió a sancionar con cincuenta (50) días multa a razón de un balboa por cada día multa a la presunta encartada, por la infracción del artículo 395 del Código Electoral, por haber efectuado un cambio doloso de residencia hacia el corregimiento de Las Huacas, Distrito de Río de Jesús, Provincia de Veraguas.

En este sentido, dentro del proceso debía determinarse si ¿por el mero hecho de ser la imputada esposa de un candidato a cargo de elección popular, podía cambiar de domicilio o no; y si tal conducta incurriría en un cambio de residencia electoral dolosa⁷?

Así las cosas, debemos destacar que de acuerdo con el Decreto 4 del 13 de marzo de 2008 expedido por el propio Tribunal Electoral se determinó como excepción a empadronarse en el corregimiento donde habitualmente reside una persona, *el acogerse a la residencia electoral del cónyuge o del jefe de familia*.

En virtud de las razones previamente establecidas, el Tribunal Electoral termina considerando válido y legal que la esposa del candidato a elección popular pudiera cambiarse de residencia electoral, no pudiendo considerarse esta actuación como un delito penal electoral el cambio de residencia electoral, ni calificarse dicha conducta como dolosa⁸, toda vez

⁷ Es importante destacar que los procesos de impugnación al Padrón Electoral Preliminar y de cambio doloso de residencia, se ventilan en jurisdicciones diferentes; el primero en la administrativa y el otro en la penal. Sin embargo, el Tribunal Electoral ha señalado que “(...) *somos del criterio que a pesar de ello, los mismos están interrelacionados, en especial, cuando se trata de la situación de aquellos ciudadanos cuya impugnación no procede, por haber demostrado en el proceso administrativo que tienen los vínculos con el corregimiento en que se empadronaron, como es el caso que nos ocupa.*” (Sentencia del Tribunal Electoral, del 26 de febrero de 2010).

⁸ Sobre el particular el Tribunal Electoral destaca en la sentencia del 26 de febrero de 2010 lo siguiente: “*A juicio de este Tribunal, consideramos que si un cambio de residencia es admitido como válido dentro de un proceso administrativo de impugnación al Padrón Electoral Preliminar, éste no puede ser considerado posteriormente como delito electoral, toda vez que se ha determinado que el cambio de residencia no es violatorio de las disposiciones del Código Electoral.*

En otras palabras, ¿puede un acto administrativo válido ser infractor de la Ley? Opinamos que no, toda vez que si el delito es en sí una violación de la Ley, y se determinó que el cambio de residencia de la señora Belén Betzaida Godoy Vásquez no era violatorio de la Ley, entonces en dónde está la infracción de ésta?

Así las cosas, compartimos el criterio de la Defensora de Oficio, en cuanto a que en el expediente logró acreditarse plenamente la existencia de un vínculo sentimental, a nivel de pareja, entre la encartada y el señor Moisés Pinilla Ríos, y por tanto, de acuerdo con nuestra legislación electoral, ésta podía perfectamente adoptar la residencia electoral de aquél, quien está inscrito en el Registro Electoral del Corregimiento de Las Huacas.

(...) En consecuencia, teniendo la señora Belén Betzaida Godoy Vásquez derecho a una residencia electoral en el Corregimiento de las Huacas, resulta irrelevante el hecho de que la motivación fue de índole política, habida cuenta que el cambio se ajustaba a lo dispuesto en nuestra Ley electoral, y que el candidato a quien pretendía apoyar, resultó ser su pareja, es decir, la persona que la habilitaba como electora en dicho lugar.

Finalmente, si bien el cambio de residencia efectuado por la sindicada fue anterior a la expedición del Decreto 4 de 13 de marzo de 2008, con el ánimo de hacer docencia, debemos hacer énfasis que en materia penal, toda legislación que pueda favorecer a un

que la misma se encuentra amparada en el principio de legalidad, específicamente en el artículo 1 del Decreto 4 del 13 de marzo de 2008.

5.- Bibliografía:

- Libros

BARREIRO PERERA, FRANCISCO JAVIER (1993). Los delitos electorales en la legislación general mexicana, *Justicia Electoral. Revista del Tribunal Federal Electoral*, México, Vol. II, número 3.

BERLIN VALENZUELA, FRANCISCO (1980). *Derecho electoral mexicano*. México: Editorial Porrúa.

COTTERET, JEAN MARIE y EMERI, CLAUDE (1973). *Los sistemas electorales*. Barcelona (España): Editorial Villassar de Mar.

GONZÁLEZ HERRERA, ALBERTO H. (2009). *Delitos Electorales: La influencia del nuevo Código Penal en el Derecho Electoral*. Panamá (Panamá): Editorial Cultural Portobelo,

PATIÑO CAMARENA, JAVIER (2006). *Nuevo derecho electoral mexicano*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

- Diccionarios

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

- Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Electoral de Panamá, del 26 de febrero de 2010.

reo es de aplicación instantánea para éste si la misma es expedida con posterioridad a la comisión del hecho punible, tal y como se verificó en el caso que nos ocupa.”

