

Responsabilidad pública y dignidad humana

Javier Ernesto Sheffer Tuñón*

Sumario

I. Introducción. II. Antecedentes del sistema de responsabilidad de la Administración y sus funcionarios. III. Desarrollo posterior de la institución de responsabilidad. La dignidad humana como causa medular que la justifica. 1. La fuente Constitucional. IV. La perspectiva del Derecho Civil. 1. Se requiere mayor autonomía de la responsabilidad pública respecto de la Ley Común. 2. Amplitud de la indemnización. V. La perspectiva del Derecho Administrativo. Instrumentos procesales para reclamar el daño infligido por el ente público. VI. La intermediación de la variante penal como posible subterfugio para evadir la responsabilidad pública. VII. Prescripción de la acción resarcitoria.

I. Introducción

Me es grato dirigirme a este auditorio, especialmente en esta Benemérita Universidad Autónoma de Puebla (BUAP), para hablarles de una materia de especial interés no sólo para el Derecho Administrativo, sino para el Derecho como Ciencia y su aplicación práctica en nuestras realidades concretas, en beneficio de la persona humana y los entes morales, cuando proceda en este último caso, me refiero a la institución de la Responsabilidad patrimonial o pública de los entes estatales y sus funcionarios adscritos.

Por motivos básicos, abordo la materia desde la perspectiva del Derecho Público panameño y su imbricación en el ámbito del Derecho Administrativo, inevitablemente del Civil donde abrevan sus antecedentes inmediatos, y en lo que corresponda, a la faceta penal, cuando media delito generador de responsabilidad por parte del agente público infractor de la norma penal.

El rubro de Derecho Comparado, en la medida de lo posible, siempre es importante porque del cotejo de institutos jurídicos y sobre todo de cómo operan en nuestras sociedades, podremos tender a mejorar los propios, para beneficio de una Administración supeditada a la Constitución, a la Ley, a los Reglamentos dictados en desarrollo de ésta, y al Derecho que asiste al particular, como elemento central y destinatario de las instituciones humanas.

* Exfuncionario de la rama judicial entre 1993 y 2009, Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, desde su fundación en el año 2002, Profesor de Derecho Procesal Administrativo desde el 2000, Abogado litigante.

II. Antecedentes del sistema de responsabilidad de la Administración y sus funcionarios

Una vez la nación panameña se insertó en el concierto de los Estados, en el año 1903, consabido es que la influencia del Derecho Público colombiano era manifiesto, por haber formado parte de Colombia por cerca de 82 años.

Se justifica las noveles instituciones de una República en esas circunstancias. El Presidente y jurista Belisario Porras emprendió la labor codificadora, incluyendo los Códigos Civil y Administrativo. Era el año 1917, 14 años después de aquella emancipación se dotó a la República de Códigos propios, con todo el desfase que ello pudo suponer, sobre todo en el régimen de responsabilidad pública, que no fue regulado en las normas sustantivas recién dictadas, cosa que era también en gran proporción, parte de la realidad latinoamericana, en el sentido de que carecíamos de una jurisdicción contencioso administrativa, que hiciera valer los principios del control de legalidad sobre las acciones u omisiones de la Administración, y por añadidura importante, el estatuto de responsabilidad pública.

No fue sino hasta 1941, que nació por fuente de la Ley Fundamental, en los artículos 190, 191 y 192, el contencioso administrativo, a través de la jurisdicción especial del mismo nombre, gracias a la tenaz labor que desde la cátedra y a través de la pluma, acometiera el profesor José Dolores Moscote.

Son realmente inspiradoras sus obras en las que patrocinó y sustentó con preciada racionalidad la necesidad de que en Panamá, rigiera el contencioso administrativo, como una **institución de garantía**. Su obra "Introducción al Estudio de la Constitución" de ese entonces (1929), estaba referida a la Carta de 1904, y es un ejemplo vívido de lo que aquí tenuemente se puede reseñar de ese gran panameño nacido en Colombia.

Los tribunales ordinarios antes de 1941, y mejor aún, antes del desarrollo legislativo de los artículos constitucionales mencionados, mediante la Ley 135 de 1943, no podían deshacer o anular los actos administrativos, sin incurrir en violación del *principio republicano de separación de los poderes*, que en la práctica es más de separación de funciones.

III. Desarrollo posterior de la institución de responsabilidad. La dignidad humana como causa medular que la justifica

La historia demuestra que fue en Francia por virtud de la labor creativa del Consejo de Estado y del Tribunal de Conflictos, que se genera la idea de un tipo de

responsabilidad que aunque similar a la del Derecho Común, es distinta tratándose de daños infligidos por agentes públicos a los particulares.

Esta novedosa forma de apreciar la responsabilidad en el ámbito público, ha venido cobrando fuerza debido, entre otras causas, a una eminente razón de **interés público**, que yace en el sometimiento del poder a la legalidad, que el Estado y sus funcionarios resarzan como es debido los daños que inflijan por su hacer o no hacer, incluso si esas conductas no están afectadas por un vicio de ilegalidad, lo que trasunta un Estado sometido a la Ley.

Estimo que la fuente de inspiración de la responsabilidad pública, además de la equivalencia en las cargas públicas, también la debemos ver en la **dignidad humana**¹. Dignidad que es igual para todos.

La Atribución de competencias a los cargos públicos y por ende a la persona natural que lo ocupa, genera responsabilidad. La regla es que no existan cargos que dejen de tener previstas funciones que cumplir, ya sea porque la Constitución, la Ley o los Reglamentos así los fijen, y esto es una atribución de especial envergadura.

Lo curioso, y sigue ocurriendo en nuestras administraciones, es que los mecanismos deficientes de inducción al cargo, cuando éstos existen, no enfatizan en generar conciencia en los funcionarios sobre los grados de responsabilidad que se asumen al entrar en funciones. No sólo se adquieren las prerrogativas asignadas al puesto, sino las obligaciones y deberes inherentes a él.

De seguro que este elemento tiene que ver con mejorar los programas de profesionalización constante de la planta de trabajo estatal en todos los niveles, incluido el político, como un instrumento de prevención al actuar arbitrario de la Administración. Parece ser una gran aspiración, pero el cumplimiento de la legalidad no puede tener espacios de poder intocables por la profesionalización.

No sería respetuoso de la dignidad humana protegida por el Derecho Interno y las Normas Internacionales sobre Derechos Humanos, si la Administración en su actividad servicial de las leyes y el **bien común** no reparara daños y perjuicios

¹ El artículo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, establece: "Todos los seres humanos nacen libres e **iguales en dignidad** y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros". Cf. **GARRO**, Cristóbal. Declaración Universal de Derechos Humanos, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 71. (Énfasis suplido).

irrogados, precisamente escudándose en que su proceder está inspirado en el interés colectivo.

La premisa además de ser disonante, presenta una faz posiblemente engañosa, o en otras palabras, no del todo cierta, porque no es infrecuente apreciar que algunos personeros del gobierno, con tal de satisfacer intereses eminentemente personales para sí o para allegados, hacen ver que su actuación responde a un interés social.

Este disfraz comúnmente utilizado por políticos inescrupulosos, afianza las razones por las que un estatuto de responsabilidad preciso blinde los derechos e intereses de los asociados de los vulneradores asiduos de la Ley, caso específico de que la Administración responda por el dolor moral y las pérdidas materiales, justamente cuantificadas, que padezca el afectado.

Preservar ilesa a la Administración o sus operadores ante una situación de lesión al patrimonio material o moral de los asociados, por hecho arbitrario o no, por falta en el servicio público o prestación defectuosa de éste, y menos aún sin un fuero competente con la independencia interna y externa suficientes, para que haga valer el reclamo a esa lesión, sería un atentado contra la dignidad del ser humano.

Esta consideración en nada excluye a las personas morales que se vean afectadas de igual forma, ya que se sostiene, ante todo, que la Administración es responsable.

Coincido con el profesor Delpiazzo, cuando afirma que hablar de Derecho es hablar de Responsabilidad². Y es que no se puede hablar de Derecho sin la correspondiente obligación colateral, de allí que la responsabilidad patrimonial o pública conlleva la “obligación de reparar daños y perjuicios”.

La extensión, el nexo causal, las circunstancias y causales de inimputabilidad de responsabilidad de la Administración, habrá por ello de estar previsto lo más claro posible en el respectivo estatuto de responsabilidad. Descripciones de las que entiendo adolece no sólo Panamá, sino un plural número de países en que la Administración supeditada a la Ley, exige que haya un régimen de responsabilidad administrativa debidamente regulado y una jurisdicción que regida por los principios de imparcialidad y fuera de las influencias políticas, fundamentalmente del Órgano

² **DELPIAZZO**, Carlos. Derecho Administrativo Uruguayo, Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2005, p. 399. Y agrega, atinadamente, este ilustre autor del Cono Sur: “...porque el Derecho supone sujetos responsables, es decir, que responden (dan cuenta) de sus actos y conductas”.

Ejecutivo, condene a la Administración o a sus funcionarios por los hechos, actos arbitrarios o acciones lícitas de aquellos que generen daño, cuando haya razón y pruebas para ello.

Esta idea en nada atenta contra la democracia, por el contrario aspira a mejorarla, cosa que se logra preparando mejor, con acentuación en la **ética pública**, al recurso humano que trabaja al servicio de la sociedad en su conjunto.

Si en el ámbito público rige el principio de legalidad administrativa, que significa que los funcionarios sólo pueden hacer lo que las leyes les ordenen o permitan, de esto se deriva que las funciones que atañen al cargo público deben estar delimitadas. La competencia en cuanto a las atribuciones asignadas, genera responsabilidad.

Estas atribuciones, verdad sabida, deben ser ejercidas con pertinencia, con propiedad, sin excesos, por los servidores públicos. De otro modo han de responder civil, penal, disciplinariamente, o según la responsabilidad pública por haber afectado el patrimonio de algún particular con su acción u omisión.

1. La fuente Constitucional

La Constitución actual que data de 1972, y que ha sido objeto de reformas en varias ocasiones, la última de las cuales se produjo en el año 2004, recoge el principio de responsabilidad objetiva, según ha afirmado la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Esta norma establece lo siguiente:

“Artículo 18. 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”.

Obsérvese que esta norma se traduce, por una parte, en el principio conforme al que los particulares pueden hacer todo lo que no les esté prohibido por la Constitución y las leyes en sentido formal y material, para concluir que los servidores oficiales únicamente pueden hacer lo que esos instrumentos ordenan o permiten, porque de otro modo surge la responsabilidad.

Pero esta responsabilidad no se reduce a la penal y administrativa disciplinaria, sino que de la *télesis* de la disposición se desprende que el Constituyente ha querido abarcar ampliamente la responsabilidad patrimonial o pública. De otro modo, la hubiese excluido, o hubiera regulado de otra manera la

figura del contencioso administrativo, posteriormente en su artículo 206, numeral 2, que creo también es menester que comentemos.

La Carta italiana, por ejemplo, en su artículo 28, prevé: “Los funcionarios y los empleados del Estado y de las entidades públicas serán directamente responsables, con arreglo a las leyes penales, civiles y administrativas, por los actos realizados en violación de cualesquiera derechos. En estos casos la responsabilidad civil se extiende al Estado y a los demás entes públicos”³.

Pareciera desprenderse del texto constitucional italiano una especie de amplia responsabilidad directa solidaria, entre los funcionarios, empleados y el Estado y sus dependencias, por los actos realizados por aquéllos, “en violación de cualesquiera derechos”.

En España, por su parte, la Carta de 1978 (art. 106.2), establece que “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”.

La disposición copiada ha merecido innumerables comentarios acerca de la naturaleza del daño, el deber o no que tiene el lesionado de soportar el mismo, con lo cual aun la norma española no satisface el requisito de mayor nitidez, al tiempo de abordar las eximentes de responsabilidad, porque sólo menciona la fuerza mayor, mas puede entenderse que libra a la ley, entre otros aspectos, éste, y el desarrollo del “derecho -del particular- a ser indemnizado”.

La Constitución vigente de Uruguay, en su artículo 24, recoge el concepto, conforme al cual, el Estado y las entidades públicas en general “...serán civilmente responsables del daño causado a terceros, en la ejecución de los servicios públicos, confiados a su gestión o dirección”. Sobre esta norma se ha dicho y explicado bastante por los doctrinarios de aquel país, acerca del tema de la responsabilidad patrimonial.

También son mencionables en América, las constituciones de México (art. 113, in fine) y de Colombia (art. 90), entre otras, que contienen expresamente el principio de responsabilidad del Estado.

³ Citado por **FLORES DAPKEVICIUS**, Rubén. Manual de Derecho Público-Derecho Administrativo, T. II, Editorial IBdeF, Buenos Aires, 2007, p. 332.

Además, dentro de la regulación multifacética, algunas como la de El Salvador aluden a la responsabilidad por error judicial “debidamente comprobado”, o por “retardación de la justicia” (art. 17).

La Constitución nacional, menciona casos concretos de derecho a ser indemnizado por expropiación u ocupación, o cuando un particular quede privado de una empresa de utilidad pública para tutelar el bienestar colectivo (arts. 48, 51, 286 y 291 in fine).

Todo lo anterior coloca en evidencia en el Estado de Derecho, su característica no abdicable, de ser un ente supeditado a la juridicidad y, por tanto, responsable de cara a la sociedad que aglutina.

IV. La perspectiva del Derecho Civil

1. Se requiere mayor autonomía de la responsabilidad pública respecto de la Ley Común

La Ley común nacional, recepta como es regular, la Ley aquiliana de los romanos, conforme a la que quien por acción u omisión cause daño a otro interviniendo cualquier género de culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado⁴.

La responsabilidad por culpa, como elemento subjetivo, no es dato esencial cuando hablamos de la responsabilidad de los entes oficiales y de sus funcionarios, y es por ello que la construcción de un orden jurídico alrededor del tema de la institución que merece estos comentarios, requiere de un tratamiento especial, que ponga por delante los principios que la doctrina viene perfilando para enmarcar y delimitar los aspectos trascendentales de la responsabilidad estatal.

Forthoff, citado por Dromi, señalaba que “hay dos maneras de utilizar en Derecho Administrativo las normas jurídicas del Derecho civil, que es preciso separar tajantemente. Una manera es la analogía; la otra consiste en considerar determinadas normas del Derecho civil como expresión de una norma jurídica general y, por tanto, no limitada al Derecho civil y válida directamente para el Derecho administrativo. Como se ve, se trata de cosas distintas. En el segundo caso no se trata de una aplicación analógica, sino de una aplicación directa de

⁴ Cf. artículo 1644 del Código Civil.

normas jurídicas, que en su conjunto deben constituir la llamada parte general del Derecho”.⁵

El rubro responsabilidad es lugar común en la Teoría General del Derecho; no debemos verlo como algo exclusivo del Derecho Civil. Esto es cosa distinta a que se propugne por unos valores y principios cónsonos con la responsabilidad patrimonial estatal, que es lo que sugiero en estas líneas.

Todo esto exige lo que hasta ahora he comentado sobre la necesidad de desarrollar un régimen con las peculiaridades y características propias que rija para el sistema de responsabilidad pública; puesto que la realidad dio cuenta que el régimen del derecho común era inapropiado, para injertarlo a la Administración, porque se basa en la culpa, como elemento esencial para imputar responsabilidad.

El sistema en lo público debe descansar sobre la base de que el Estado, a través del órgano o institución que fuere, debe responder a los asociados por daños y lesiones causados, de modo directo, por sus agentes durante la búsqueda del bien común, y que esta gestión no sea una excusa para protegerlo, a modo de una eximente de responsabilidad.

En Panamá, no hemos logrado la nítida separación de las normas del régimen de Derecho Civil, porque éstas se aplican a la relación jurídico administrativa entre el particulares y el Estado frente a un hecho dañoso.

Al regular las obligaciones que nacen de la culpa o negligencia, rige la Lex aquiliana como principio cuando el daño hubiese sido causado por el “funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada”, este funcionario debe responder directamente y no el ente estatal.

No obstante, el artículo 1645 del que se extrae esta regla, en su redacción original, obliga al Estado a responder “cuando obra por mediación de un **agente especial**”. En 1992, por medio de la Ley 18 de dicho año⁶, se introdujeron importantes modificaciones al Código Civil para, entre otras cosas, dejar establecido expresamente la obligación de reparar el **daño moral**⁷, que hasta entonces había

⁵ **DROMI**, José Roberto. Introducción al Derecho Administrativo, Editorial Grouz, Madrid, 1986, p. 207.

⁶ Ver Gaceta Oficial No. 22,094, de 6 de agosto de 1992.

⁷ Que por lo menos en la década de los ochenta del siglo pasado fue tasado por la jurisprudencia de la Corte Suprema, Sala Civil, en B/. 3,000.00, sobre la base de que “no había parámetro para cuantificar el daño moral, por la especial naturaleza de los mismos”. Cf. **JOVANÉ**, Jaime y Otro. Jurisprudencia Civil al Día (Extractos jurisprudenciales 1990-1993), Editorial Publipan, Panamá, 1993, pp. 196-197. Los autores hacen alusión a la Sentencia de 30 de abril de 1993 del Primer Tribunal Superior del

sido receptado por vía de la jurisprudencia; en tal sentido, según la adición producida, la norma civil prevé que la obligación de *reparar el daño moral*⁸ abarcará a quien incurra en responsabilidad objetiva, “así como el Estado, las instituciones descentralizadas del Estado y el Municipio y sus respectivos funcionarios, conforme al artículo 1645...”

Debo de todos modos precisar, que las reformas introducidas no son plenamente ajustables a la teorización que viene perfilando la doctrina juspublicista a la hora de considerar la responsabilidad pública, y esto lo señalo, porque en relación con el daño moral la reforma sigue refiriéndose a la responsabilidad del agente que causa daño “**por hecho u omisión ilícitos**”.

Lo que no es enteramente compatible con los hechos y actos de la Administración, que aunque **lícitos**, son capaces de causar daño, y por consiguiente ha de existir acción para reclamar la lesión material y/o moral infligida.

Redunda en el contrasentido, que la Administración destinada como está a velar porque se cumplan los intereses generales, y en esa tributación al bien común que está encargada de materializar, incluido como está dotar a los asociados de niveles de vida cada vez más confortables y respetuosos de la dignidad humana, le diera por contrapartida la espalda, a ese particular pese a haber infligido daño, y que se tome como justificación, para ese hipotético abandono, que su constante actuar está enraizado en la búsqueda de los propósitos que le sirven de fundamento.

Cabe aclarar, que hoy en día, y desde la reforma de 1992, se ha suprimido la calificación de **agente especial** para que el Estado pueda responder por los daños ocasionados; ahora se precisa que “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”.

Primer Distrito Judicial, dictada dentro del proceso ordinario: Condominio Brisamarina y Otros Vs. Díaz y Guardia y Otros, MP. Elitza Cedeño).

⁸ En términos positivos debemos ver la adición a la Ley civil para determinar el concepto de daño moral, o por lo menos su descripción, que es un punto de referencia obligado si se tratara de tasar este tipo de perjuicio irrogado por un ente estatal o sus funcionarios, a un particular. Dice al respecto el 1644 A del Código Civil: “Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás. Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo, mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en materia de responsabilidad contractual, como extracontractual”.

Esto trae aparejado la pregunta consecuente: ¿Qué sucedería si el funcionario no tiene entre sus facultades o competencia efectuar la gestión que hizo, y causa daño con ese hacer a un particular?, es justo que por ello quede indemne el afectado. En otras palabras, porque al agente activo no corresponde propiamente la gestión practicada por medio de la que ocasionó el daño, ¿constituye razón suficiente para excluir la responsabilidad del Estado o del Municipio?

Habría que considerar este supuesto, ya que en nuestras democracias endebles no es extraño que funcionarios del rango que fuere incurran en ejercicio de facultades no asignadas legalmente, y por ello el Estado debe responder, por lo menos subsidiariamente, sin que deje de contemplarse la acción de repetición contra dicho servidor público, además del resto de responsabilidades que cabe exigirle por un ejercicio indebido del cargo que ha afectado derechos de tercero, inclusive, al propio Estado.

2. Amplitud de la indemnización

Con el paso del tiempo se ha abierto la posibilidad de indemnizar claramente el daño moral y no existe duda que ha de repararse el material, en sus variantes de daño emergente y lucro cesante. No siempre ha sido así. Reitero que fue en 1992 que se dictó la Ley expresa que incluyó parámetros más claros para indemnizar el daño moral ante la jurisdicción ordinaria, que venía siendo tasado en cantidades muy bajas por la falta de norma que lo permitiera expresamente. En este sentido, los tribunales comunes fueron cautelosos.

En el Uruguay, como nos comenta Flores Dapkevicius, “la indemnización debe ser integral e incluir lucro cesante, daño emergente y daño moral, todo debidamente reajustado..., más los intereses correspondientes”.⁹

El profesor colombiano Libardo Rodríguez comenta que, según la evolución de la jurisprudencia de su país, el daño puede ser de tres clases: daño material, conformado por el daño emergente y el lucro cesante, daño moral y daño fisiológico o a la vida de relación¹⁰.

Nos interesa destacar esta última clase, por cuanto las otras han sido de algún modo reseñadas, y por su connotación especial. Al respecto se ha dicho que “...la incapacidad física o psicológica del lesionado le van a producir no sólo la

⁹ **FLORES DAPKEVICIUS**. Rubén. Op. Cit., p. 334.

¹⁰ Cf. **RODRÍGUEZ**, Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano, Decimoséptima Edición, Editorial Temis, S.A., Bogotá, Colombia, 2011, p. 531.

pérdida de utilidades pecuniarias (daño material) o de la estabilidad emocional, o dolor físico (perjuicios morales subjetivos), sino que en adelante no podrá realizar otras actividades vitales, que, aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia. Así la pérdida de los ojos privará a la víctima del placer de dedicarse a la observación de un paisaje, a la lectura, o a asistir a un espectáculo; de igual forma, la lesión en un pie privará al deportista de la práctica de su deporte preferido; finalmente, la pérdida de los órganos genitales afectará una de las funciones más importantes que tiene el desarrollo psicológico y fisiológico del individuo. Se habla entonces, de daños fisiológicos, de daños por alteración de las condiciones de existencia, o de daños a la vida de relación”¹¹.

V. La perspectiva del Derecho Administrativo. Instrumentos procesales para reclamar el daño infligido por el ente público

La balanza intenta lograr algún nivel de equilibrio, que no será completo, mientras no se logre elevar el grado de autonomía sugerido, entre responsabilidad civil, cuyas normas están previstas en el Código de la materia, y la responsabilidad patrimonial o pública, ya que entre otras razones las normas que la regulan están ubicadas en instrumentos dispersos, lo que al momento de su aplicación por el Juez contencioso, genera dificultad, aumentada por los vacíos de dichas disposiciones, en especial, lo referente a las causas de justificación o eximentes de responsabilidad.

La Constitución prevé de modo amplio el control de legalidad, dentro del cual incluye la competencia de la Sala Tercera como Tribunal Contencioso Administrativo, para condenar a la administración por los daños que sean probados por el afectado o afectados.

Existen al respecto más de un mecanismo procesal para tratar que la Administración responda. Éstos se concretizan en las siguientes acciones o demandas:

1. Proceso de plena jurisdicción, que constituye una acción subjetiva, que tiene como presupuesto procesal, el agotamiento de la vía administrativa, no únicamente para pedir la anulación del acto de contenido concreto o individualizado, porque ha sido dictado en violación de la Ley, sino la pretensión de reparación de daños y perjuicios, que según la Ley 135 de 1943 modificada, puede consistir en indemnizaciones, modificación o reforma del

¹¹ **TAMAYO JARAMILLO**, Javier. De la responsabilidad civil, t. IV “De los perjuicios y su indemnización”, p. 166, citado por **RODRÍGUEZ**, Libardo. Op. Cit., p. 533.

acto impugnado o del hecho u operación administrativa que causa la demanda.¹²

2. Contenciosos de reparación directa, regulados por el Código Judicial¹³, en la parte que corresponde a las atribuciones de la Sala Tercera. Estos contenciosos, no tienen como presupuesto el agotamiento de la vía administrativa o previa de reclamo ante la Administración, sino que se acude, directamente, al Juez natural para demandar al Estado o a sus funcionarios, para lo que la Sala puede conocer de:
 - a. Las pretensiones de indemnización de las que deban responder *personalmente* los funcionarios del Estado, y de las restantes entidades públicas, por razón de daños o perjuicios causados por actos que la propia Sala reforme o anule.
 - b. Las pretensiones de indemnización por razón de la responsabilidad del Estado, y de las restantes entidades públicas, en virtud de daños y 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.
 - c. Las pretensiones de indemnización de que sean responsables directos el Estado y las restantes entidades públicas, por el mal funcionamiento de los servicios públicos a ellos adscritos.
 - d. Las pretensiones de restablecimiento o reparación de derechos (cuando proceda) dentro de un proceso de protección de derechos humanos justiciables, por acto de autoridad con jurisdicción a nivel nacional, que viole leyes internas o convenios internacionales sobre derechos humanos.

Una lectura simple de estas disposiciones da como producto la impresión de que el sistema procesal vigente en Panamá para exigir responsabilidad al Estado y sus agentes es bastante completo.

¹² Cf. Art. 43 A de la Ley 135, de 30 de abril de 1943, publicada en la Gaceta Oficial No. 9,897, de 12 de mayo de 1943. Ésta fue modificada, sustancialmente, por la Ley 33 de 1943 (Gaceta Oficial No. 10,113, de 2 de octubre de 1946) y por las leyes posteriores hasta el presente. Lo que hace del sistema contencioso administrativo panameño, un régimen disperso, difícil de entender, que por demás requiere ser desconcentrado, actualizado y unificado.

¹³ Cf. Artículo 97, numerales 8, 9 y 10, del citado Código (aprobado mediante Ley 29 de 1984, pero que entró en vigencia en abril de 1987).

Esta impresión sólo se restringe a ser eso, una apreciación. Una institución se mide por su peso en base al respeto y eficacia que en sociedad depara a los asociados que la invocan, en el entendido que existe una judicatura investida de los principios que orientan la misma y aquélla es capaz por ello de darles vida.

Esto, lamentablemente, no está ocurriendo en el país al momento de exigirle responsabilidad al Estado o a sus agentes ante la Sala Tercera de la Corte Suprema.

Últimamente se ha hecho menos eficaz lograr condenas pecuniarias contra el Estado para que reconozcan no sólo el daño material sino el moral en casos de gran consternación en la faz pública, ya que se ha convertido en un verdadero nudo gordiano la previa exigencia de responsabilidad penal de los agentes públicos que presuntamente han causado el daño con su acción u omisión, *cuando este hecho también constituye delito, por lo que requiere la intervención de la jurisdicción ordinaria criminal, a modo de un presupuesto de prejudicialidad.*

Mientras tanto las víctimas o sus deudos padecen a ciencia y paciencia el desdén de una Administración que no se hace responsable, a veces ni siquiera paliando la condición difícil en que han quedado los familiares o parientes de las víctimas (fallecidas o no; pero con lesiones permanentes estas últimas) a causa de un envenenamiento masivo, por ejemplo, en la Caja de Seguro Social, ocurrido en la Administración 2004-2009, con una sustancia química conocida como Dietilenglicol, cuyos efectos nocivos en la salud humana son de gran estrago.

O como en el ejemplo más reciente en 2011, de más de un centenar de muertos, para ser conservador, debido a una bacteria nosocomial, identificada por las siglas KPC, que está generando muertos en el Complejo Hospitalario Metropolitano de la Caja de Seguro Social, que es una institución de seguridad social pública, de carácter autónomo. Flagelo que ha merecido la intervención para asesorar, de organismos internacionales de salud (como la OMS).

Aquí el valor agregado ante circunstancias o hechos excepcionales, como un agente infeccioso, que pese a ser al parecer un evento de la naturaleza de difícil control; sugiere examinar la fiscalización, regularidad y aplicación de mecanismos o protocolos de seguridad que ordenan las disposiciones legales o internacionales para mantener la esterilización de un centro de prestación de servicios de salud.

De ese estudio que ha de ser efectuado con meticulosidad, se requiere la aportación **transparente**¹⁴ por parte de la Administración de información que explique a la ciudadanía qué es lo que está ocurriendo, cuáles son las actividades para contrarrestar el flagelo, y sobre todo que digan con verdad, cuál es la cifra de muertos producida por la bacteria.

Sobre estos aspectos, la Administración ha estado muy recelosa, las especulaciones por parte de la prensa y medios de comunicación en general, no se hacen esperar, y se mantiene en zozobra a la población, que ha optado por preservar su vida, no acudiendo a uno de los más importantes hospitales del país, para evitar que, pese a entrar por una dolencia superable, salir con sus familiares pero sin vida.

Tampoco ha sido posible obtener condena alguna contra el Estado por la mala prestación del servicio público de transporte de pasajeros, cuando el 23 de octubre del 2006 se incendió un bus, muriendo calcinadas 18 personas, y otros con lesiones graves, porque la Sala, entre otras cosas, consideró que el bus no prestaba un servicio público bajo dirección de un ente estatal, sino que dicho transporte operaba a través de concesiones a particulares¹⁵.

Este hecho generó un número plural de demandadas, la mayoría de las cuales han sido evacuadas por la Sala Tercera, y se mantuvo ileso al Estado de los reclamos indemnizatorios. La Sala no consideró como un elemento determinante el deber de fiscalización pública la condición mecánica del bus, y lo que es más crítico,

¹⁴ La **transparencia** es un deber en la gestión pública, lo que significa que la Administración está obligada a suministrar información a quien como destinatario y/o usuario es fiscalizador del servicio público y tiene derecho a que exista claridad en dicha gestión. Al margen de esta condición casi natural en que se encuentra el ciudadano frente a la Administración, si la información requerida es de carácter público, porque interesa a la colectividad, no es necesario que el peticionario motive su solicitud de información ni que demuestre un interés jurídico como causa de ella. Cf. **SHEFFER TUÑÓN**, Javier Ernesto. Derecho Administrativo y Derecho Constitucional (Praxis y orden jurídico panameño vigente), Editorial Portobelo, Panamá, 2010, p. 295.

¹⁵ Parte de la doctrina científica se enfila, según fundadas razones, a considerar que el Estado por el hecho de haber otorgado en concesión un determinado servicio público, no le genera una eximente de responsabilidad por acción u omisión del concesionario. Acerca de esto **Delpiazzo** opina que: "...el servicio concedido sigue siendo de la administración concedente, por lo que ésta no puede desinteresarse de él en tanto éste sigue siendo un cometido de ella. Esto es así porque las actividades cuya ejecución la ley autoriza a la Administración a contratar con particulares, siguen siendo actividades del Estado; lo que cambia es el medio a través del cual se ejecutan, pero siguen siendo cometidos estatales". Op. Cit., p. 413.

qué gas refrigerante era el utilizado en el sistema de aire acondicionado, que almacenaba el vehículo y su engranaje de instalación, que todo indica fue uno de los detonantes del incendio, o por qué sólo había una puerta de desalojo para casos de emergencia, y si ésta estaba debidamente habilitada.

En estos casos no se ha visto, pese a que muchos hemos observado, un mal funcionamiento del servicio público respectivo, ya sea de salud, en los primeros, o de transporte de pasajeros, en el segundo, que únicamente se citan como muestra de la complejidad de situaciones que puede abordar la materia de responsabilidad pública, además por ser algunos de los más emblemáticos de los últimos años, ocurridos en Panamá.

En los fallos hasta ahora emitidos por la Sala sobre las personas calcinadas, no se aprecia la filosofía o soporte doctrinario a los que responde sus sentencias. El sustento legal y científico es muy pobre, y no recoge el carácter especial de los principios que rigen la responsabilidad pública, que tiene como fuente primaria la Constitución y el respeto a la dignidad humana.

La formulación que ha hecho el Constituyente sobre la institución que nos ocupa, ha sido clara, no lo ha dejado a la interpretación y menos a juegos de inferencias jurídicas, siempre motivo de opiniones matizadas en uno u otro sentido.

El artículo 206, numeral 2, de la Carta Magna, prevé que la Sala Tercera tiene competencia para conocer de los “actos, omisiones, *prestación defectuosa o deficiente de los servicios públicos*”, en cuyo ejercicio de ese control puede “restablecer el derecho particular violado”.

Es hora que la Sala Tercera dé vida en sus fallos sobre indemnización, al valioso aporte que se introdujo en el artículo 17 de la Constitución, por cuanto antes de ello, sólo en el Preámbulo se consideraba la expresión dignidad con el relieve que cabe a este elemento propio de la condición humana.

La Corte ha de darle eficacia a la norma que expresa que “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”, ya que el referido artículo 17, está así textualmente concebido.

Entendemos que esto sólo será posible con un Órgano Judicial que goce de independencia del resto de los poderes públicos, integrado por jueces togados, formados por el respeto a las leyes y conscientes del papel, no circunstancial, sino institucional de profunda y perenne tributación a las libertades públicas y el sistema democrático.

VI. La intermediación de la variante penal como posible subterfugio para evadir la responsabilidad pública

Este epígrafe parece sugestivo. La verdad es que lo he rotulado de esta manera para llamar la atención acerca de una práctica que amenaza convertirse en un fenómeno en la realidad nacional.

Consiste en que ante casos tan sensitivos como los anteriormente descritos, y otros igualmente conmovedores que valdría la pena mencionar, mas por motivos consabidos omitimos, la primera reacción de la comunidad en general y la de los afectados y deudos es la de enfiar su reclamo ante el responsable de los hechos. Esta focalización ha recaído en altos personeros políticos, quienes están al mando de las instituciones a las que está atribuido el ramo respectivo: salud, seguridad del tránsito, de la institución policial, en caso de abusos por el uso excesivo de la fuerza, transporte terrestre, etc.

Se pide cárcel, destitución, que sufraguen los daños ocasionados; pero el encuadramiento de la conducta u omisión dañosa, está tipificado como delito en el Código Penal.

Resulta que el anterior Código Penal, de 1982¹⁶ que rigió hasta el 2008, cuando fue sustituido por la Ley 14 de 2007, preveía que cuando el agente activo acusado de haber cometido el hecho punible, sea funcionario o servidor público, la responsabilidad del Estado es **subsidiaria**.

Esto ha traído lamentablemente, un efecto pernicioso respecto de la responsabilidad patrimonial derivada de un hecho delictivo, ya que mientras se surte el trámite sumarial y la etapa plenaria, pueden transcurrir como en efecto así sucede, varios años, y mientras tanto, la responsabilidad a exigir ante la Sala Tercera por el delito cometido por ese funcionario queda suspendida *sine die*.

Aquí la justicia queda postergada, lesionando cada vez más la conciencia, la moral y la dignidad del afectado, a lo que se añade que en la generalidad de los casos, se trata de gente humilde que carece de dinero para afrontar los costos de un juicio prolongado; la figura del defensor de las víctimas si bien está creada por Ley, dentro del proceso penal, en la práctica su implementación no ha logrado la

¹⁶ “**Artículo 126.** El Estado, las instituciones públicas autónomas, semiautónomas 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”. Cf. Ley 18 de 1982 (antiguo Código Penal).

cobertura deseada, básicamente porque la excusa es la falta de fondos que apoyen la administración de justicia.

Esto conlleva una doble victimización del afectado por el hecho u omisión delictivo de un servidor público.

Actualmente, con el nuevo Código Penal se prevé en su artículo 129, el principio de solidaridad entre el agente activo del delito y el Estado y sus instituciones para reparar civilmente a la víctima o damnificado. Veamos:

“Artículo 129. Los autores y los partícipes están obligados **solidariamente** al pago de los daños y perjuicios. También están obligados **solidariamente** con los autores y los partícipes del hecho punible, al pago de los daños y perjuicios, las personas señaladas en el artículo 1645 del Código Civil”.

Entiendo que la responsabilidad patrimonial del Estado no debe depender de la insolvencia del funcionario que, ante una eventual condena penal, no pueda por falta de capacidad financiera, sufragar los daños y perjuicios morales y materiales, cuyas sumas suelen ser considerables, si estimamos los intereses que ello debe generar, entre el inicio del pleito y el pago de la deuda.

De seguro, que la nueva norma viene a mejorar el antiguo estado de cosas; pero no la resuelve en su plenitud, ya que si bien ubica como responsables solidarios en caso de responsabilidad objetiva regulada en el Código Civil, al agente activo y al Estado y sus dependencias, no ha dejado tajantemente establecido si es obligatorio desplegar la secuela penal, como requisito previo al reclamo ante la Sala Tercera de la responsabilidad patrimonial, denominada civil, por el Código Penal, derivada del delito.

La realidad, o práctica, recalca la necesidad de total independencia del momento en que se puede exigir responsabilidad patrimonial al agente activo del delito, de aquella sustanciación penal, que fue diseñada por la Dogmática Penal, para dilucidar los aspectos subjetivos y objetivos de lo que se conoce como delito, es decir, elementos que difieren de los propósitos de la responsabilidad patrimonial pública.

Es menester por ello, hacer los cambios de rigor en el Código Penal para que no se condicione o relegue a un segundo plano u orden la posibilidad de exigir responsabilidad patrimonial al investigado.

Tradicionalmente, en nuestro sistema jurídico procesal penal ha habido dos momentos en que se puede intentar hacer valer la responsabilidad civil *exdelicto*: en

la etapa plenaria, mediante incidente de reclamo de daños y perjuicios, o mediante un proceso aparte, pero, en este supuesto, ante la justicia civil.

Estas fórmulas no se compadecen con la sugerencia de que tratándose de un servidor público contra quien se dirija la acción penal; que la acción resarcitoria sea entablada ante la Sala Tercera, al margen de un proceso penal, ya sea como prejudicialidad obligatoria, o velada, impuesta por una cortapisa ante la falta de claridad de las normas reguladoras.

Una vez comprobado que se ha producido una acción u omisión de las que ha resultado daño y que el sujeto activo es funcionario, cabe promover el proceso de reparación directa ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. De otro modo, constituye un desconocimiento del concepto “directo”, que se predica de este tipo de proceso contencioso administrativo.

Que se ventile o no la responsabilidad penal puede ser un asunto de interés público, y por ello que se active oficiosamente la patología del Derecho; sin embargo, no parece justificado que la víctima quede sometida a una espera de su reclamo, de su resarcimiento o reparación por una secuela penal, que es posible, además, que no sea su deseo.

VII. Prescripción de la acción resarcitoria¹⁷

Al carecer de un estatuto de responsabilidad lo suficientemente autónomo, el régimen sobre este rubro debe aplicar la norma de prescripción para el reclamo de *responsabilidad extracontractual* contenida en el Código Civil, que fija en un (1) año ese lapso, que es el plazo general para exigir responsabilidad a quien haya ocasionado un daño a otro, interviniendo culpa o negligencia.¹⁸

La norma civil aplicada analógicamente no es apropiada por cuanto todo parece indicar que se ideó para regular el término de prescripción de la acción para pedir indemnización por la responsabilidad derivada de los delitos contra el honor de calumnia e injuria, y no únicamente de la obligación por acción u omisión negligente dañosa, porque el término para accionar previsto por la comentada disposición debe empezar a contarse a partir “de que lo supo el agraviado” (o sea, el hecho calumnioso o injurioso).

¹⁷ Cf. SHEFFER TUÑÓN, Derecho Administrativo... Op cit, pp. 177-178.

¹⁸ Cf. Sentencia de 4 de febrero de 2004. Sala Tercera Contencioso Administrativa. Caso: Luis A. Delgado Morales, interpone demanda por responsabilidad subsidiaria del Estado, a causa del hecho ilícito cometido por el servidor Dídimo González R., en el desempeño de sus funciones (adscrito a la Corporación Azucarera La Victoria), MP. Arturo Hoyos.

No obstante, el anterior no es el único criterio que ha sostenido la jurisprudencia en cuanto al término de prescripción de este tipo de acciones, porque tratándose del reclamo de reparación producto de la comisión de un delito por un funcionario en el desempeño de sus funciones, en perjuicio de un particular, la acción civil derivada de ese ilícito no tiene término específico de prescripción, por lo que la Sala ha invocado el término general de prescripción de las acciones personales previsto en el artículo 1701 del Código Civil, que es de siete (7) años, contado desde la ejecutoria de la sentencia penal respectiva.

Existen normas especiales, como la Ley 114, de 17 de marzo de 1943, que fija en dos (2) años el término de prescripción de la acción, en caso de ocupación o daño a la propiedad privada por la apertura o ensanche, variación o mejora de avenidas, calles, carreteras o caminos. Contado a partir de la ocurrencia del daño o de verificada la ocupación.

Panamá, 21 de octubre de 2011.