

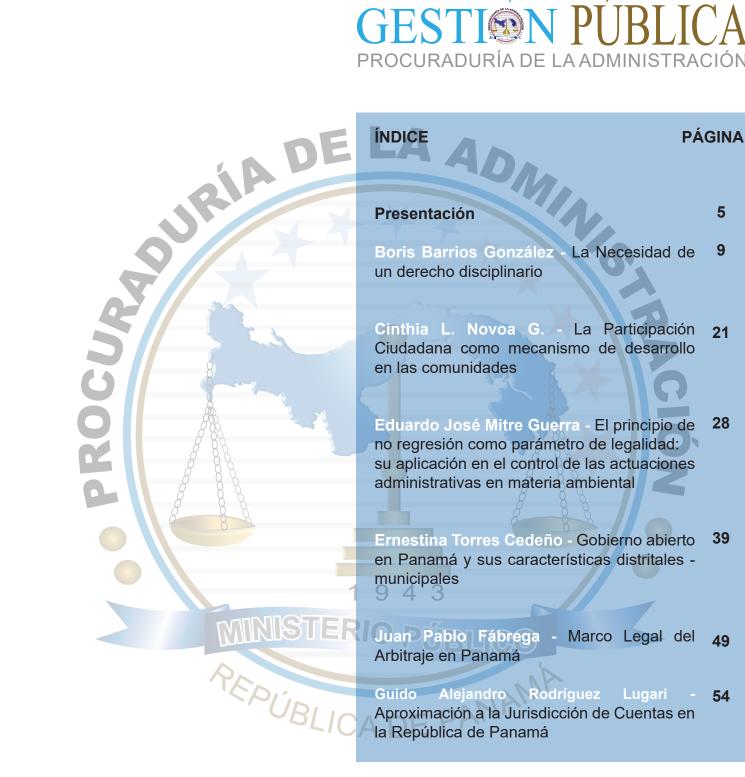
Edición Nº 14, septiembre 2016

Revista de la Procuraduría de la Administración de la República de Panamá

Derecho y Modernización del Estado



La Procuraduría de la Administración sirve a Panamá, te sirve a tí.







RIGOBERTO GONZÁLEZ MONTENEGRO

PROCURADOR DE LA ADMINISTRACIÓN

MÓNICA CASTILLO ARJONA

SECRETARIA GENERAL

GIOVANNI RUÍZ OBALDÍA

SUB SECRETARIO GENERAL

ISABEL VARGAS

SECRETARIA ADMINISTRATIVA

RICARDO RIVERA

DIRECTOR DEL CENTRO DE CAPACITACIÓN DE LA PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN

STEPHANY CERVANTES

JEFA DE LA OFICINA DE RELACIONES PÚBLICAS

COMITÉ EDITORIAL
DEMETRIO DOBRAS
ERNESTINA TORRES
JENY ARIANO
MARÍA ISABEL SAMANIEGO
NADIA FRANCO
RICARDO QUIRÓS
SEBASTIÁN REYES
TAHISKA TUÑÓN

PRESENTACIÓN



Antes de presentar esta nueva edición de la revista Gestión Pública, queremos agradecer el interés que han mostrado quienes han aceptado la convocatoria de participar con sus artículos en esta edición número 15. Dos hechos queremos resaltar a propósito de esta nueva publicación. Uno, la permanente determinación de los colaboradores de la Procuraduría de la Administración en seguir apoyando a la revista con la alta calidad de sus contribuciones, motivo por el cual los exhortamos a mantener el mismo entusiasmo e interés en las próximas publicaciones; y el otro, la participación de connotados autores panameños en temas de interés nacional.

Como novedad en esta edición y en las próximas ediciones que se publiquen, hemos decidido que los artículos giren en torno a un eje temático distinto para cada nueva publicación. En esta ocasión los contenidos de la revista se han desarrollado con fundamento en el tema "Derecho y modernización del Estado".

En esta nueva edición de la revista Gestión Pública, los estimables lectores encontrarán toda una gama de artículos de diverso contenido. El lector podrá apreciar, junto con artículos propios de la temática de la gestión pública (participación ciudadana, gobierno abierto), todo un repertorio de artículos de la ciencia del Derecho (arbitraje, derecho disciplinario, jurisdicción de cuentas, principio de no regresión). Esta complementariedad de variados temas, sin embargo, no es casual entre materias estrechamente interrelacionadas: derecho, gestión pública y modernización del Estado. Por tal consideración, se ha dicho, con justa razón, que la crisis de la legitimidad del Estado es también una crisis de las instituciones jurídicas; y a la inversa, cualquier adelanto en la ciencia del Derecho es un avance en la modernización del Estado.

Al igual que en las ediciones anteriores, en esta ocasión nos honran con sus esfuerzos personalidades de alto calibre, quienes con sus contribuciones analizan temas del acontecer nacional. Así, la magíster Cinthya Novoa comparte un tema de gran actualidad titulado "La participación ciudadana como mecanismo de desarrollo en las comunidades". De igual forma, contamos con la colaboración del doctor Boris Barrios González, quien con su artículo sobre "La necesidad de un derecho disciplinario", pone sobre el tapete un tema común, pero de escaso desarrollo en las lides del Derecho administrativo panameño. Por la actualidad del tema, se ha incluido, así mismo, el interesante trabajo de la doctora

Ernestina Torres Cedeño sobre "Gobierno abierto en Panamá y sus características distritales-municipales". "Marco legal del arbitraje en Panamá" es el tema con el que nos distingue el notable jurista Juan Pablo Fábrega. No podía faltar el aporte del doctor Eduardo José Mitre Guerra, quien a través de su artículo "El principio de no regresión como parámetro de legalidad: Su aplicación en el control de las actuaciones administrativas en materia ambiental", nos lleva por senderos poco conocidos, pero de vital importancia para las presentes y futuras generaciones. Por último, no podíamos pasar por alto un tema de singular importancia para el buen manejo de las finanzas públicas, nos referimos al artículo titulado "Aproximación a la jurisdicción de cuentas en la República de Panamá", de la autoría del licenciado Guido Alejandro Rodríguez Lugari.

La magíster Novoa nos presenta un enjundioso análisis sobre la participación ciudadana. En las líneas preliminares de su artículo, la autora expone su inquietud en torno al tema desde una perspectiva crítica con relación a la forma como es vista la participación ciudadana, la cual lejos de asociarse con la efectiva presencia de las organizaciones de la sociedad civil —calificada de escasa por la propia autora— en la toma de decisiones, en lo que se necesita o no para el desarrollo de la comunidad, ha quedado delimitada al mero deber de los funcionarios de los gobiernos municipales en cuanto a informar a los miembros de su comunidad de los diversos proyectos que tienen pensado llevar a cabo, siendo esa su responsabilidad al haber sido elegidos por votación popular.

A lo largo de su escrito, Novoa hace un somero repaso de lo que ella denomina mecanismos constitucionales de participación ciudadana (el voto, la iniciativa popular legislativa y normativa, el referendo, la revocatoria del mandato, el plebiscito, y la consulta popular), para luego adentrarse de lleno en el estudio de los nuevos mecanismos de participación previstos en la Ley 37 de 2009 con las reformas introducidas por la Ley 66 de 2015. Pero no todo queda allí, puesto que en las líneas conclusivas de su trabajo la autora lanza dos ideas esenciales para futuras reformas: primero, que se reduzca la lista de mecanismos de participación, de manera que incluya solo aquellos que cumplan con la función de reforzar la posición de los ciudadanos y las ciudadanas; segundo, que en el reglamento de la Ley, quede claramente delimitado el método, requisitos, procedimiento a seguir, obligatoriedad y carácter vinculante de la participación ciudadana.

El doctor Fábrega, a quien damos la bienvenida por su participación en la revista, nos hace una magnifica presentación acerca del marco legal del arbitraje en Panamá. Aunque han transcurrido diecisiete años desde que se promulgó el Decreto Ley 5 de 8 de julio de 1999, el trabajo que nos ofrece el doctor Fábrega, desarrolla un tema de actualidad en cuanto que nos permite ver con claridad las transformaciones que ha experimentado el arbitraje desde que fue concebido como un proceso adscrito a la jurisdicción ordinaria, regentada por el Órgano Judicial, hasta que con posterioridad, en las reformas constitucionales de 2004, quedó institucionalizada la jurisdicción arbitral como parte de la administración de justicia, con lo cual no solo se le dio al arbitraje rango constitucional, sino que adquirió autonomía e independencia frente a la jurisdicción ordinaria. Desde ese momento, según destaca el eximio autor del artículo tras citar la sentencia de 24 de agosto de 2010, quedó consignado a nivel constitucional que los tribunales ordinarios de justicia carecían de capacidad para decidir sobre la competencia de los tribunales arbitrales.

En el párrafo final de su trabajo, Fábrega exterioriza la esencia del nuevo marco constitucional y legal del arbitraje: desjudicializar el arbitraje y poner fin a la intervención de los tribunales de justicia en los conflictos que deben resolverse ante la jurisdicción arbitral. Y no podía ser de otra manera, porque, como bien lo explica el reconocido abogado, con esta innovación el arbitraje ha logrado alcanzar el objeto de lo que verdaderamente debe ser: "una forma expedita de solución de conflictos dentro del marco del debido proceso que garantiza el derecho de defensa y contribuye a la modernización del Estado al reconocerle a las partes en conflicto el derecho de decidir la forma de resolver sus diferencias". Como podrá advertir el lector, no se trata de un tema ajeno a los permanentes avatares de la gestión pública, sino una realidad innegable por la cual tiene que atravesar el sistema de administración de justicia, si se quiere que el Estado se encamine hacia la modernidad.

Ciertamente es positivo para cualquier Estado moderno, que se fomenten mecanismos que permitan a los ciudadanos resolver sus conflictos y participar activamente en la toma de decisiones en los asuntos públicos, como así lo demuestran los artículos a los que hemos hecho alusión en los párrafos que anteceden. Precisamente estos dos mecanismos, participación ciudadana y arbitraje, han abierto, en otras latitudes, la posibilidad de que el tema de otro de nuestros colaboradores especiales de esta nueva edición de la revista Gestión Pública, aparezca como un asunto prioritario e ineludible en la agenda política de los gobiernos de América Latina. Nos referimos a la cuestión de la protección del medio ambiente, la cual a su vez, en estrecha correlación

con los asuntos económicos y sociales, integra uno de los tres factores en que se fundamenta el desarrollo sostenible, sobre el cual se ha hablado extensamente en las cumbres y foros internacionales.

Sobre el sensible tema del ambiente y su proyección en la conformación de un derecho ambiental regido por claros principios que permean la actuación tanto de la Administración pública, como del ente controlador de la legalidad de tales actuaciones, nos habla el doctor Mitre, a quien también damos la bienvenida a nuestras páginas. Un tema interesante e inequívocamente novedoso que, en propias palabras de su autor, se resume en el siguiente postulado básico: "Para el derecho ambiental del siglo veintiuno tanto es fundamental que el Estado prevenga las posibles amenazas o impactos al medio ambiente como que evite retroceder en la regulación, implementación y desarrollo normativo de las políticas públicas en materia de medio ambiente y recursos naturales".

Concluye el doctor Mitre su artículo destacando tres aspectos sobre los cuales incide —o al menos debiera incidir—directamente la incorporación del principio de no regresión ambiental como parámetro de legalidad: primero, como canon de interpretación para el juzgador a la hora de resolver causas en las que se controviertan intereses y derechos fundamentales asociados con la tutela del medio ambiente; segundo, en cuanto supone una directriz a las autoridades públicas que advierte sobre la necesidad de actuar conforme a planes de desarrollo ambiental progresivos y, por tanto, no injustificadamente regresivos; y, tercero, en cuanto opera como herramienta de argumentación para los recurrentes al momento de preparar acciones legales en favor de la naturaleza.

En otro tema, Gestión Pública trae a esta edición un artículo del licenciado Rodríguez Lugari, quien nos aporta sus ideas sobre los antecedentes, desarrollo, dificultades y resultados obtenidos, así como los retos que plantea hacia el futuro, el funcionamiento de la jurisdicción especializada de cuentas en la República de Panamá. Explica el referido autor, que si bien la jurisdicción de cuentas fue creada mediante la Ley 32 de 1984, en realidad "no se trataba de una jurisdicción propiamente como tal, ya que dependía absolutamente de la Contraloría General de la República". Para ilustrar lo anterior, el autor trae a colación la situación jurídica en que se encontraba el entonces Fiscal de Cuentas, a quien el Contralor General de la República "le podría asignar cualquier otra función que no fuera incompatible con las de la Ley".

Ya al final de su trabajo, Rodríguez Lugari formula varios retos: primero, que la jurisdicción de cuentas disponga de un Juzgado Ejecutor propio, que se encargue de la ejecución de las sentencias que profiera el Tribunal de Cuentas una vez se encuentren en firme; segundo, que las decisiones del Tribunal de Cuentas, como tribunal de única instancia, solo puedan ser atacadas por vía de la acción de inconstitucionalidad ante el pleno de la Corte Suprema de Justicia, tal como ocurre con las decisiones del Tribunal Electoral.

Por igual, la doctora Torres Cedeño nos hace entrega de un notable estudio sobre el gobierno abierto en Panamá. La autora inicia su escrito aclarando algunos conceptos en torno al municipio, sus elementos, la población que lo conforma y el denominado gobierno local municipal. Sobre el concepto de gobierno abierto, destaca que dicha expresión se asocia a la idea de "lograr una mayor receptividad y mejor respuesta a las necesidades y prioridades de los ciudadanos en lo referente a la prestación de los servicios de la Administración pública, estableciendo los principios y criterios generales que propendan a la mejora de la calidad de los mismos y reafirmando los derechos de los que goza el ciudadano".

En su trabajo, la doctora Torres Cedeño insiste en la necesidad de fortalecer la administración municipal, para lo cual propone distintas visiones del municipio: municipio empresa-prestador de servicios, constructor de consensos, promotor de acciones estratégicas, gestor de calidad total y competitivo. Sobre esta visión, concluye la autora que "si hablamos de un gobierno abierto debemos preservar la evolución histórica del territorio, la preservación cultural, el mapeo de indicadores de movilidad e inserción, mapeos de infraestructura urbana y rural, expectativas de la comunidad, inserción en mancomunidades y consideración de los riesgos al momento de planificar operativamente un plan o proyecto distrital, municipal..."

Para finalizar, el doctor Barrios González nos brinda un interesante esbozo de los principios del derecho disciplinario; los deberes, obligaciones y prohibiciones del servidor público; y el régimen disciplinario en general. Deja claro en su escrito, que la acción disciplinaria debe cumplirse "bajo los rigores del ordenamiento constitucional, legal y reglamentario; y no puede quedar al arbitrio de la autoridad administrativa ni la creación y ni la regulación de faltas; mucho aún la aplicación de sanciones no establecidas en la Ley o en violación del procedimiento disciplinario a posteriori del hecho investigado en detrimento del derecho de defensa del funcionario".

Barrios González finaliza su contribución planteando la necesidad "de otorgar estabilidad al funcionario público mediante Leyes de Carrera o, simplemente, en base a leyes que concedan estabilidad a los funcionarios públicos y no dejarlo a la discrecionalidad de los poderes públicos; porque al ser otorgada la estabilidad por ley, esto es mediante el ejercicio del poder legislativo, se entiende como un derivado de la voluntad popular y, en consecuencia, se vinculan a los poderes públicos y privados a la normativa constitucional, legal y reglamentaria".

Hasta aquí una breve síntesis de lo que el lector podrá hallar en las páginas interiores de la revista. No dudamos, pues, que frente a tan amplia gama temática de artículos, pueda la revista llenar las expectativas del lector en cuanto al nivel científico, novedad y actualidad del material publicado, o al menos a eso aspiramos. Nos sentiremos reconfortados de que los temas aquí desarrollados contribuyan de manera efectiva a fortalecer la discusión sobre los mismos.

Demetrio Dobras Ramos Unidad de Investigación Jurídica



LA NECESIDAD DE UN DERECHO DISCIPLINARIO

O la necesidad de un Código Nacional que regule la justicia disciplinaria

Por: Dr. Boris Barrios González



Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá, Magister en derecho Procesal y Doctor en Derecho de Universidad Catolica Santa María La Antigua de Panamá. Realizo estudios de periodismo en la Universidad Autonoma de Mexico, especializandose en prensa escrita en Georgetown University, en Washington, DC. Ha ejecercido la docencia en Derecho Procesal Penal y Derecho Procesal Constitucional en diferentes universidades de la localidad. Fungió

como Fiscal General Electoral de la República de Panamá. Presidente de la Asociasión Panameña de Derecho Procesal Contitucional. Conferencista en temas del Derecho. Autor de más de quince obras en Derecho Constitucional, Penal, Notarial y Electoral. Abogado en ejercicio.

INTRODUCCIÓN

El control disciplinario, en la administración pública de personal, debe tener siempre por objeto garantizar a la administración pública y a la sociedad en su conjunto, la eficacia en la prestación de los servicios por parte del Estado; y ese objetivo implica que la actividad funcional del servidor público se rige por valores de moralidad, responsabilidad y de gestión conforme a la Constitución, a la ley y a los reglamentos que rigen el ejercicio de funciones; de allí que es solo bajo ese régimen de constitucionalidad, legalidad y reglamentación que la gestión del servidor público vincula al Estado en cuanto a la responsabilidad por la administración pública.

El control disciplinario, entendido como el conjunto normativo que rige el ejercicio de las funciones públicas, es la estructura de valores sobre la que se asienta la gestión del Estado y, por lo tanto, el fundamento de cualquier carrera administrativa de la gestión pública.

En este orden de ideas, una carrera administrativa ideada con el propósito de imprimir valores de moralidad y responsabilidad al ejercicio de las funciones públicas requiere de procedimientos disciplinarios basado en derechos y obligaciones inherentes a las funciones públicas en la que el Estado está vinculado por la gestión de los servidores; de lo contrario podemos hablar de un régimen de hecho, o de un conjunto de normas, principios y propósitos rituarios pero sin eficacia ética y desposeídos de valores reales frente al conjunto social; en otras palabras, estaríamos en presencia de un sistema de antivalores, y de una gestión pública sin consecuencias jurídicas por mala gestión.

Es por eso, entonces, que para hacer efectiva una carrera administrativa o efectivizar los controles internos de la gestión pública en las instituciones del Estado y, a su vez, maximizar el servicio público que brinda el Estado a todos los asociados a través de servidores públicos, es imperativo legislar sobre normas y procedimiento sancionadores, esto es legislar sobre derecho Disciplinario, para aplicarlo a quién, en ejercicio de las funciones públicas, incumplan el régimen establecido para la moralidad y la responsabilidad en el desempeño, precisamente, de las funciones públicas encomendadas y según la naturaleza de la función.

La justicia disciplinaria hoy en América latina está evolucionando de legislaciones especiales a codificaciones nacionales, porque las legislaciones especiales hechas para regular las funciones públicas de un grupo de funcionarios frente a otros constituye fuero y privilegios que el concepto de igualdad constitucional, conforme a la evolución del Estado liberal (la ley) al Estado constitucional (la constitución), no soporta. Hoy ya no se trata de la igualdad ante la ley; sino de la igualdad ante la constitución y el derecho convencional, por lo que el legislador ya no puede crear privilegios en base a la ley, porque la igualdad es un concepto universal.

Ese cambio de paradigma que ha implicado la transformación del Estado liberal (el imperio de la ley) al estado Constitucional (el imperio de la Constitución) y el deber del estado de acatar las normas del derecho internacional (art. 4, constitucional) vienen imponiendo la necesidad de legislar sobre un derecho disciplinario nacional, codificado, en función de la igualdad del funcionario público y no en función de privilegios concedidos por leyes especiales que establecen diferencias entre sectores de funcionarios públicos; ese modelo legislativo de reivindicar supuestas



conquistas para determinado sector del funcionariado público ya no responde al moderno concepto de Estado constitucional.

La nueva concepción del derecho disciplinario se sustenta en una jurisdicción disciplinaria, no en un modelo de justicia itinerante ni had-hoc; y que implica, además, un control interno y un control externo correspondiente con un juez natural y doble instancia y que propone un juzgamiento imparcial.

1. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DISCIPLINARIO

El derecho disciplinario o control disciplinario, al que en nuestro país aún se le sigue llamando "régimen disciplinario", se ejerce a través de la acción disciplinaria; y ésta se cumple mediante procedimiento disciplinario contenido en leyes especiales.

En el "derecho disciplinario" se formulan los cargos de moralidad o responsabilidad y se apertura para el investigado el cumplimiento de todas las garantías y oportunidades de defensa que la Constitución y la ley consagran a su favor bajo el argumento de la celebración de un procedimiento disciplinario justo.

En Panamá el derecho disciplinario no existe como conjunto normativo autónomo, y no está ni enunciado en el texto de la Constitución ni legislado como tal, sino que está concebido a modelo del Estado Liberal de Derecho como "régimen disciplinario", diseminado en distintas legislaciones especiales y aplicable a los servidores públicos de carrera o a los de carrera administrativa, en éste caso consagrado en su respectiva Ley de carrera y, no obstante, de manera supletoria, en las ausencias normativas o en los vacíos legales, se aplica el procedimiento disciplinario, o el "régimen disciplinario", establecido en la ley de carrera administrativa.

En el Estado constitucional de carácter social que deviene de la segunda posguerra, el control disciplinario y, en especial la acción disciplinaria, se desarrolla inspirada en principios constitucionales y garantías de procedimiento, entre los que resaltan: principio de economía, de imparcialidad, de dirección, de publicidad, de contradicción, de legalidad, del debido proceso, *in dubio pro disciplinado*, de presunción de inocencia, de gratuidad, de cosa juzgada.

En la actual Constitución panameña, promulgada en 1972 bajo el modelo del constitucionalismo liberal, aún no se reconoce

el derecho disciplinario; no obstante, si nos apoyamos en la legislación extranjera, para explicar lo relativo a los principio, por la carencia de nuestro constitucionalismo, encontramos que el artículo 209 de la Constitución colombiana establece, de manera expresa, los principios que hemos enunciado, en base a los cuales se ejerce la acción disciplinaria del Estado en contra de sus funcionarios.

El que el constitucionalismo panameño y la legislación nacional no reconozcan los principios propios del nuevo derecho disciplinario tiene su explicación: Y es el modelo de Estado liberal de Derecho en el que todavía se sustenta nuestro Estado Nacional, sin haberse proclamado aún la República de Panamá en ninguna tendencia a modelo de Estado constitucional de carácter social y democrático de derecho, como ya se han proclamado los otros países latinoamericanos. Esto nos lleva a reconocer una crisis ideológica de la Constitución Política de 1972 frente al constitucionalismo contemporáneo o posmodrerno. Lo cual se evidencia en este tema, en la carencia de reconocimiento de los principios que el Estado constitucional le ha reconocido a el Derecho Disciplinario; disciplina que, por lo demás, no conoció el modelo de Estado Liberal sino que surge del constitucionalismo social y, en esencia, del fenómeno ideológico surgido de la segunda posguerra y denominado Estado Social y Democrático de derecho.

Si tomamos como referencia uno de esos principios, por ejemplo, el principio *in dubio pro disciplinario*, podemos reseñar que en el tradicionalismo jurídico panameño no se reconoce y ni la jurisprudencia lo ha asimilado; no obstante, se conoce del principio *in dubio pro reo*, originalmente en materia penal, y del principio *pro operario* en materia laboral.

La presunción de inocencia del disciplinario se confronta en relación con las pruebas pero no frente al proceso, en el que hoy se impone el estado de inocencia, lo que implica un replanteamiento de la justicia disciplinaria.

Frente al elemento probatorio, en el los procedimientos disciplinarios panameños la presunción de inocencia sigue descansando en el principio *in dubio pro reo* (o *favor rei o favor libertatis*).

En lo referente a la prueba, se concreta dicho principio en la máxima *in dubio pro reo*, tomada del derecho procesal penal, la cual da lugar no sólo a una de las fórmulas de absolución (insuficiencia de pruebas), sino que alimenta toda la investigación disciplinaria, que por lo general son



funcionarios ah-hoc que no corresponden a una jurisdicción disciplinaria.

El principio *in dubio pro reo*, significa que, en caso de duda se debe favorecer al disciplinario. Es una consecuencia directa de las garantías *nulla poena sine crimine, nullum crimen sine culpa*, tomado de los fundamentos del enjuiciamiento penal, bajo el pretexto de la función sancionadora del Estado.

Los romanos denominaron este principio así: *favor rei, in dubis pro reo*, y opera cuando el operador administrativo no puede alcanzar la certeza del sí o del no, por lo que frente a la duda él debe favorecer al disciplinario y absolver.

Tradicionalmente, nuestra jurisprudencia ha dicho que el principio *indubio pro reo* se encuentra recogido en nuestra Constitución, en el artículo 22, párrafo segundo, el cual expone que:

"Las personas acusadas de haber cometido un delito tienen derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad en juicio público que le haya asegurado todas las garantías establecidas para su defensa..."

Apoyándonos en un paralelismo, otrora el principio del debido proceso, se entendía que era de exclusiva aplicación en materia penal, pero las legislaciones y la jurisprudencia lo hicieron extensivo a otras disciplinas jurídicas, así mismo el principio *in dubio pro reo* hoy se aplica, por extensión, fuera de la esfera penal a otras disciplinas jurídicas.

Es por esta razón, que en materia disciplinaria, legislaciones como la panameña y, por virtud de la analogía, se aplica el principio *in dubio pro reo* en el ejercicio de las acciones disciplinarias; aunque, no obstante, en constituciones de los Estados Sociales y democráticos de Derecho, como es por ejemplo, Colombia, se aplica por mandato expreso de la constitución Colombiana.

La aplicación del principio *in dubio pro reo* en los procedimientos disciplinarios implica que toda duda que se presente en el desarrollo de un procedimiento disciplinario, debe resolverse a favor del individuo sometido al procesamiento, esto es a favor del servidor público investigado.

Visto en cuanto a la carga de la prueba, elemento valorativo íntimamente relacionado con el principio *indubio pro reo*, la aplicación del principio de la duda encuentra sentido porque

la carga de la prueba le corresponde a la Administración que ejerce la acción disciplinaria, por lo que en caso de que no pueda probar, más allá de la duda, la culpabilidad de la infracción o falta administrativa, entonces debe favorecer al funcionario, sobre la base de duda razonable.

2. DERECHOS Y DEBERES DEL SERVIDOR PÚBLICO

En la realidad de nuestro modelo disciplinario, para la determinación de los derechos, deberes y prohibiciones de un servidor público, es indispensable identificar la categoría, clasificación o condición del servidor público; esto es que si se trata de servidor público de alguna de las carreras o regímenes especiales establecidos como carrera por ley especial, o si se trata de servidor público de los de carrera administrativa o si se trata de los servidores públicos que no son de carrera.

Cuando el servidor público se encuentra regido por carrera, entonces, los derechos, deberes y prohibiciones le estarán consignados en la carrera que regula su relación de trabajo con la institución pública y no en base a una codificación nacional disciplinaria bajo el imperativo de la igualdad constitucional.

A estos propósitos es imperativo entender los funcionarios de carrera administrativa son aquellos regidos por la ley de carrera administrativa y que no están comprendidos dentro de las otras carreras.

En Panamá cada carrera (administrativa, legislativa, judicial, etc.) tiene su propio régimen de administración de personal, incluyendo derechos, deberes y prohibiciones del servidor público. Esa duplicidad de carreras reconocidas en el sector público responde a las conquistas de los funcionarios del Estado en las diferentes áreas y dentro de las luchas internas en el modelo del Estado Liberal de Derecho, lo cual explica, también, porque se sigue hablando de "regímenes" disciplinarios; en tanto que hoy el constitucionalismo del Estado Social habla de "Derecho Disciplinario" en el marco de una legislación nacional, autónoma, única y científica, en función de la administración pública y no del otorgamientos de privilegios.

3. VARIEDAD DE CARRERAS

Es por esta razón que en Panamá se identifican servidores públicos de carrera que han adquirido esa categoría en virtud de haber entrado al servicio público e ingresado en



las carreras reconocidas expresamente por la Constitución, conforme a reformas constitucionales; pero hay otros que han adquirido la calidad de funcionarios de carrera en virtud de reconocimientos por leyes especiales.

A. Los funcionarios de carrera de la Contraloría General

El Reglamento Interno de la Contraloría General de la República, adoptado mediante Decreto Núm. 194 de 16 de septiembre de 1997, por el Contralor General de la República, en virtud de las facultades legales consagradas en la Ley 32 de 8 de noviembre de 1984 (G. O. 20.188 de 20 de noviembre de 1984), contiene la carrera administrativa aplicable a los servidores públicos de esa entidad.

Es por ello que el capítulo VII de la Ley de Carrera, se refiere a los deberes, derechos y prohibiciones del servidor público de la Contraloría General.

B. Los funcionario de la Carrera Judicial

Los servidores públicos del Órgano Judicial que, atendiendo a los requerimientos de ingreso, se han incorporado a la Carrera Judicial son, entonces, servidores públicos de carrera, pues se rigen por la Carrera Judicial.

La Carrera Judicial reconocida inicialmente en el Título XII del Libro 1° del Código Judicial; y reglamentada mediante Acuerdo N° 46 de 27 de septiembre de 1991, dictado por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, y se durante su vigencia se aplicó sólo a los funcionarios del Órgano Judicial. Hoy existe una nueva regulación, y la normativa que regula la carrera Judicial regula todo lo relacionado con clasificación de cargos, selección de personal, evaluación del desempeño del cargo, remuneración e incentivos, asistencia y puntualidad, licencias y vacaciones, régimen disciplinario y acciones y recursos.

Es así, entonces, que los funcionarios del Órgano Judicial tienen su propio régimen disciplinario, así como sus derechos, deberes y prohibiciones; y la normativa recoge incluso un procedimiento especial de suspensión y otro de separación del cargo.

4. LA LEY GENERAL DE CARRERA

A. Régimen disciplinario general

El Título VI de la Ley N° 9 de 1994, contiene lo referente a los derechos, deberes, prohibiciones y régimen disciplinario de los servidores públicos en general y los de carrera administrativa.

Según la ley (art.135) los servidores públicos en general tendrán derecho a:

- 1. Ejercer las funciones atribuidas a su cargo;
- 2. Tomar o disfrutar del descanso anual remunerado y vacaciones proporcionales;
- 3. Optar por licencias sin sueldo y especiales;
- 4. Recibir remuneración;
- 5. Percibir compensación por jornadas extraordinarias;
- 6. Recibir indemnización por reducción de fuerza, accidente de trabajo, o enfermedades profesionales;
- 7. Gozar de los beneficios, prestaciones y bonificaciones generales establecidas por la Constitución, las leyes y los reglamentos, y otros que decrete el gobierno;
- 8. Participar en el programa de bonificaciones especiales, en caso de creación de inventos o metodologías que produzcan ahorros o mejoras en los servicios públicos;
- Gozar de confidencialidad en las denuncias relativas al incumplimiento del régimen disciplinario por parte de terceros;
- 10. Solicitar y obtener resultados de informes, exámenes y demás datos personales en poder de la Dirección General de Carrera Administrativa o de la institución en la que labora, y de los resultados generales de las evaluaciones de los recursos humanos del Estado o de alguna de sus dependencias;
- 11. Recurrir las decisiones de las autoridades administrativas;
- 12. Conocer y obtener sus evaluaciones periódicas;
- 13. Negociar colectivamente los conflictos y aquellos elementos del régimen de los servidores públicos que no se prohíban expresamente por ley;
- 14. Gozar de la jubilación;
- 15. Capacitarse y / o adiestrarse;
- 16. Trabajar en ambiente seguro, higiénico y adecuado;
- 17. Trabajar con equipo y maquinaria en buenas condiciones físicas y mecánicas;
- 18. Contar con implementos adecuados que garanticen su protección, salud y seguridad de acuerdo con la naturaleza de su trabajo, y sin que ello conlleve costo alguno para el servidor público;



- 19. Hacer las recomendaciones válidas para el mejoramiento del servicio, seguridad, salud y el mantenimiento de la buena imagen de la administración pública, en todo momento y en especial en caso de conflictos;
- 20. Gozar de los demás derechos establecidos en la ley de carrera administrativa y en sus reglamentos:
- 21. Ejercer el derecho de huelga, de acuerdo con lo que establece la ley de carrera administrativa.

B. Otros derechos

Bajo ésta orientación, la Ley Nº 9 de 1994, la cual entendemos como Ley General de Carrera, reconoce a los servidores públicos de carrera, además de los derechos de todo servidor público, los siguientes derechos¹:

- 1. Estabilidad en su cargo.
- 2. Ascensos y traslados.
- 3. Participación en programas de rehabilitación o reeducación en caso de consumo de drogas ilícitas o de abuso potencial, o de alcohol.
- 4. Bonificación por antigüedad.
- 5. Optar por licencias con sueldo.
- 6. Integración en asociaciones para la promoción y dignificación del servidor público.

C. Deberes y obligaciones

Son deberes y obligaciones de los servidores públicos en general, que derivan de Ley N° 9 de 1994, los siguientes:

- Realizar personalmente las funciones propias del cargo, con la intensidad, responsabilidad, honradez, prontitud, cuidado y eficiencia que sean compatibles con sus fuerzas, aptitudes, preparación y destreza, en el tiempo y lugar estipulado;
- 2. Asistir puntualmente al puesto de trabajo en condiciones psíquicas y físicas apropiadas para cumplir su labor;
- 3. Observar los principios morales y normas éticas, como parámetros fundamentales de orientación para el desempeño de sus funciones;
- 4. Cumplir y hacer cumplir las normas vigentes y las instrucciones provenientes de autoridad competente, a efecto de garantizar la seguridad y salud de los servidores públicos y los ciudadanos en general;
- 5. Evaluar a los subalternos con objetividad, atendiendo rigurosamente los parámetros establecidos;

- 6. Acatar las órdenes e instrucciones emanadas de los superiores que dirijan o supervisen las actividades del servicio correspondiente, siempre y cuando no contradigan los procedimientos establecidos en la Ley y no atenten contra su honra y dignidad;
- 7. Notificar a las instancias correspondientes cualquier hecho comprobado que pueda desprestigiar, dañar o causar perjuicio a la administración pública;
- 8. Atender los asuntos de su competencia dentro de los términos establecidos en la ley y los reglamentos;
- 9. Garantizar la prestación de servicios mínimos, en los casos en que la Constitución y la Ley otorguen el derecho a huelga y ésta se dé;
- 10. Resolver, dentro del término de treinta (30) días después de efectuada, la petición, consulta o queja hecha por cualquier ciudadano, siempre que ésta se presente por escrito, en forma respetuosa y el servidor público sea el competente para ello;
- 11. Guardar estricta reserva sobre la información o documentación que conozca por razón del desempeño de sus funciones, y que no esté destinada al conocimiento general;
- 12. Informar a su superior para que lo declare impedido de la atención de un trámite administrativo que ataña a los familiares del servidor público, hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad;
- 13. Informar en el plazo oportuno en caso de que se participe de un supuesto de nepotismo sobreviniente, para que se tomen las medidas correctivas.

D. Prohibiciones del servidor público.

A los servidores públicos, sean de carrera administrativa o no, se les prohíbe lo siguiente:

- 1. La exacción, cobro o descuento de cuotas o contribuciones para fines políticos a los servidores públicos aun a pretexto de que son voluntarias;
- Exigir la afiliación o renuncia a un determinado partido para poder optar a un puesto público o poder permanecer en el mismo;
- 3. Todo tipo de actividad proselitista o de propaganda política, tales como la fijación, colocación o distribución de anuncios o afiches a favor de candidatos a puestos de elección popular o partidos políticos, en las oficinas, dependencias y edificios públicos, así como el uso de emblemas, símbolos distintivos o imágenes de

¹ En la doctrina y en otras legislaciones se recogen otros derechos a los consagrados en la legislación panameña: Derecho a la carrera administrativa, derecho a la suspensión temporal del deber de desempeñar la función: vacaciones, permisos, licencias; derecho a la seguridad social; derecho a la retribución. Derecho al cargo, inamovilidad del funcionario.



- candidatos o partidos dentro de los edificios públicos;
- 4. Ordenar a los subalternos la asistencia a actos políticos de cualquier naturaleza, utilizar con este fin vehículos o cualesquiera otros recursos del Estado; o impedir la asistencia de los servidores públicos a este tipo de actos fuera de horas laborales;
- Favorecer, impedir o influir, de cualquier forma, en la afiliación o desafiliación de las asociaciones de servidores públicos;
- 6. Alterar, retardar o negar injustificadamente el trámite de asuntos, o la prestación del servicio que le corresponde, de acuerdo a las funciones de su cargo;
- 7. Recibir pagos o favores de particulares, como contribuciones o recompensas por la ejecución de acciones inherentes a su cargo;
- Dar trato de privilegio a los trámites de personas naturales o jurídicas de familiares que pretendan celebrar contratos con la Nación, o que soliciten o exploten concesiones administrativas, o que sean proveedores o contratistas;
- 9. Presentarse al trabajo en estado de embriaguez o libar en horas de trabajo;
- 10. Consumir drogas ilícitas o de abuso potencial;
- 11. Abandonar el puesto de trabajo sin causa justificada y sin previo aviso al superior inmediato;
- 12. Atentar de palabra o de hecho, contra la dignidad de los superiores, subalternos o compañeros;
- 13. Incurrir en nepotismo;
- 14. Incurrir en acoso sexual;
- 15. Apropiarse ilegítimamente de materiales, equipo o valores de propiedad del Estado;
- 16. Establecer fueros o privilegios personales o discriminación por razón de raza, nacimiento, clase social, sexo, religión o ideas políticas;
- 17. Realizar o participar en huelgas prohibidas o declaradas ilegales, o incumplir con el requisito de servicios mínimos en las huelgas legales;
- 18. Desobedecer los fallos judiciales, los laudos arbitrales y las decisiones administrativas provenientes de las autoridades competentes respectivas;
- 19. Cobrar salario sin cumplir con su jornada de trabajo, salvo las excepciones contempladas en la ley.

E. La finalidad de prohibir

La finalidad de las prohibiciones establecidas para el servidor público, en ejercicio de sus funciones, están dirigidas a evitar la corrupción, el nepotismo, el soborno, el proselitismo y actividades políticas partidistas del servidor público en horas laborales, etc.

Destaca la prohibición de retardo injustificado del trámite de asuntos o la prestación del servicio que corresponde al servidor público; y está prohibición está relacionada y o deriva de tipos penales relativos a corrupción de funcionario público y al abuso o incumplimiento de los deberes de los funcionarios públicos.

La importancia de este aparte de la Ley N° 9 de 1994 es que las prohibiciones no sólo se aplican a los servidores públicos de carrera, sino que por razón del ejercicio de las funciones públicas, la ley rige para todos los servidores públicos en general.

F. Sanciones administrativas

Entendemos por faltas administrativas la violación o el incumplimiento de los deberes de los servidores públicos; el abuso o extralimitación en el ejercicio de los deberes y funciones; no atender las prohibiciones.

En el modelo de Estado Liberal de Derecho fue siempre determinante el establecimiento en los textos constitucionales la norma relativa a las libertades civiles y constitucionales; de ahí la existencia en todas las constituciones liberales del artículo en en la Constitución panameña de 1972 corresponde al artículo 18, el cual expresa que:

"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".

Este modelo de norma que fue elaborado constitucionalismo liberal se conserva el constitucionalismo contemporáneo, esto el constitucionalismo del Estado Social y Democrático de Derecho; y a pasar de que en las constituciones liberales careció de valoración objetiva, esto es que no era vinculante; al punto que el constitucionalismo liberal la denominaba "norma programática", no justiciable, es decir que mediante ella no se podía hacer valer ninguna violación directa ni establecía vinculación con los poderes públicos; no obstante, en el constitucionalismo contemporáneo, la tendencia es que toda norma constitucional es norma objetiva de valoración, esto es que vincula los poderes públicos o privados según sea el caso.

Es el caso de la Constitución de Colombia, que la conserva como contenido del artículo 6:



"Artículo 6. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones".

Uno de los aspectos a los que sirve de soporte esta norma clásica del constitucionalismo liberal y preservado por el constitucionalismo contemporáneo es lo que se refiere a la tipicidad de las sanciones administrativas dentro de los procedimientos disciplinarios contra funcionarios públicos, a lo cual hace referencia común tanto las legislaciones como la jurisprudencia nacional y extranjera.

Esto quiere decir que las faltas administrativas, para ser aplicadas contra funcionarios públicos deben estar previamente consagradas en la Ley, así como la sanción correspondiente debe estar igualmente preestablecida².

Al momento que el Estado impone sanciones administrativas a los servidores públicos está ejerciendo el poder punitivo del Estado, y por lo tanto debe suto someterse a un procedimiento previo de responsabilidad disciplinaria en donde para sancionar debe vencer al funcionario en juicio disciplinario y en donde el disciplinario tiene derechos a ejercer las garantías para su defensa. De no ser así, entonces, el Estado actúa en aviso de poder, en ejercicio de la arbitrariedad, lesionando los derechos constitucionales y legales a los cuales está llamado a proteger.

Es irrenunciable tanto para el servidor público investigado como para la sociedad, que se cumplan los controles del poder sancionador del Estado dentro de los procedimientos disciplinarios, mediante el cumplimiento de las garantías fundamentales de la defensa en juicio disciplinario.

En ejercicio de la acción disciplinaria debe cumplirse, entonces, bajo los rigores del ordenamiento constitucional, legal y reglamentario; y no puede quedar al arbitrio de la autoridad administrativa ni la creación y ni la regulación de faltas; mucho aún la aplicación de sanciones no establecidas en la Ley o en violación del procedimiento disciplinario a posteriori del hecho investigado en detrimento del derecho de defensa del funcionario.

Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, nacional y extranjera, incluso la de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, destaca el interés en sustentar que en una investigación disciplinaria el funcionario tiene a su favor el derecho a la defensa.

5. EL DERECHO DE DEFENSA EN LOS PROCEDIMIENTOS DISCIPLINARIOS

El derecho de defensa en procedimiento disciplinario tiene un mínimo de contenido:

- a. El funcionario debe ser informado del inició de la investigación disciplinaria en su contra y debe ser comunicado de los cargos endilgados en su contra.
- b. El funcionario tiene derecho a la asistencia de un abogado.
- c. El funcionario tiene derecho a la comunicación de su expediente.

En cualquier sistema de enjuiciamiento, en el que se irrogue cualquier tipo de responsabilidad, el investigado debe ser informado del inició de la investigación en su contra, y ello no es excepción en los procedimientos disciplinarios; esto explica el imperativo de la comunicado de los cargos endilgados en su contra. De allí el origen del derecho a la defensa.

En el Estado Liberal de Derecho, escenario en el cual se originó y desarrollo el sistema de enjuiciamiento inquisitivo mixto, y por la finalidad inquisitiva siempre constituyó un conflicto práctico lo relacionado al momento a partir del cual la persona investigada tenía derecho a la asistencia de un abogado. En materia penal este debate ocasionó severas crisis por la constante práctica abusiva de las mentes inquisidoras; ese debate, poco a poco, fue siendo superado por el constitucionalismo contemporáneo y posmoderno y la jurisprudencia de avanzada que vislumbró la necesidad del respeto a los derechos fundamentales de la persona humana, al punto de que por aplicación extensiva la asistencia de abogado constituye hoy una garantía de cumplimiento hasta en los procedimiento disciplinarios; derecho que el Estado Liberal clásico fue siempre reacio a reconocer.

En Panamá, el debate sobre la asistencia de abogado en las diligencias disciplinarias, unido a los conflictos por doble

² En nuestro país, Panamá, el caso que se ubica en este debate es la sentencia dictada contra Panamá en el caso Baena y Otros (Caso de la Ley 25 de 1990), en donde el Ejecutivo presentó a la Asamblea una Ley para que fuera aprobada por la Asamblea, con efecto retroactivo, para dictar, por ley, la destitución de 270 funcionarios del entonces Instituto de Recurso Hidráulicos y Electrificación (IRHE), violentando la Ley especial de los funcionarios públicos que tenían su estabilidad al amparo de la Ley Especial del IRHE; por lo que la CIDH condenó al Estado panameño por 7 violaciones contra los DH, incluyendo violaciones al debido proceso.



juzgamiento, alcanzo acontecimientos históricos que llevaron incluso a adicionar, por vía de reforma constitucional, el artículo 32 de la Constitución que incorporó la garantía de prohibición de doble juzgamiento, además de los asuntos penales, también en materia administrativa y disciplinaria. Este artículo señala que:

"Artículo 32. Nadie será juzgado, sino por autoridad competente y conforme a los trámites legales, y no más de una vez por la misma causa penal, administrativa, policiva o disciplinaria".

He aquí, entonces, la importancia que tiene hoy el procesamiento disciplinario contra funcionarios públicos, que en el Estado contemporáneo se habla ya no de "régimen disciplinario" sino de "Derecho Disciplinario" o de control interno y externo de las entidades estatales.

A. La finalidad de la sanción administrativa

La aplicación de una sanción administrativa tiene doble finalidad: una principal, o directa, y otra indirecta o accesoria, y que son compatibles con la naturaleza del funcionamiento de la administrativo pública.

a. Finalidad principal

El fin principal de una sanción administrativa es garantizar el pleno cumplimiento y eficacia del ejercicio de las funciones públicas, amparada en el régimen laboral que regula la relación de trabajo entre la administración y el servidor público.

La finalidad primordial de la sanción no debe ser penalizar al funcionario por el actuar anti disciplinario, esto es la violación de las leyes y los reglamentos laborales de los servicios públicos, sino evitar su violación; porque y esto es lo grave, la violación de la Constitución, las leyes y o los reglamentos en el cumplimiento de la gestión pública hace responsable al Estado por la mala administración pública, esto es por la mala prestación de los servicios públicos que puede significar violaciones a los Derechos Humanos o contra la generalidad de los derechos fundamentales; lo que implica la responsabilidad del Estado en indemnizar por la afectación de los derechos de los asociados; y el Estado contemporáneo está comprometido, en el proyecto de Estado, en la tutela de los derechos fundamentales y en la solución de los problemas sociales y no en causarlos.

b. Finalidad accesoria

La finalidad accesoria se produce como efecto de la sanción misma, es un efecto preventivo *erga omnes*, que entiende el funcionamiento eficaz del sistema de valores, de méritos, de reconocimiento, pero también de sanción por incumplimiento; esa finalidad accesoria se produce para corregir al servidor público acción u omisión indebida o ilegal o antirreglamentaria en el ejercicio de las funciones propias del cargo.

La sanción administrativa opera como el mecanismo mediante el cual la administración hace efectivo su poder sancionador, castigando violaciones de deberes y de prohibiciones, con el propósito de mantener el orden en la gestión pública del estado que es su razón de ser y evitar recargarse de responsabilidades indemnizatorias a los asociados puesto que ello constituye una negación de la naturaleza social del Estado contemporáneo.

B. LOS TIPOS DE SANCIONES

Según el artículo 141 de la Ley N° 9 de 1994, la comisión de faltas administrativas impondrá sanciones disciplinarias; y de las sanciones que se impongan quedará constancia en el expediente del servidor público. Estas sanciones son de los siguientes tipos:

- 1. Amonestación verbal.
- 2. Amonestación escrita.
- 3. Suspensión.
- 4. Destitución.

C. PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO

Atendiendo al texto de Ley de Carrera Administrativa panameña, las amonestaciones y las suspensiones deberán ser aplicadas por el superior inmediato del servidor público y admiten, por la vía gubernativa, el recurso de reconsideración.

En cuanto a las suspensiones, éstas no podrán ser más de tres en el término de un año, ni aplicarse más de diez días hábiles durante el mismo período.

Ahora bien, la aplicación de las suspensiones será progresiva, esto quiere decir que deberán aplicarse, siempre de manera progresiva, por ejemplo, de dos, a tres y cinco días hábiles.



El tiempo que el funcionario sancionado no trabaje, por razón de la sanción disciplinaria, no le da derecho a la parte del salario correspondiente (art. 144).

Como imperativo de seguridad jurídica, en materia disciplinaria, la Ley de Carrera Administrativa establece un término de prescripción de las faltas administrativas. Es así que el artículo 145 establece:

"La persecución de las faltas administrativas prescribe a los sesenta (60) días de entrar el superior jerárquico inmediato del servidor público en conocimiento de la comisión de los actos señalados como causales de destitución directa, y treinta (30) días después en el caso de otras conductas. Las sanciones deben ser ejecutadas, a más tardar, tres (3) meses después del fallo final que las impone o confirma".

De la regulación expuesta, resulta, entonces, que para la aplicación de una sanción a un funcionario público, ubicado dentro de las prerrogativas de la normativa general del funcionariado público, tiene que seguirse un procedimiento no arbitrario establecido en la ley.

D. LOS CASOS DE SANCIÓN SIN JUICIO PREVIO

En el constitucionalismo panameño, el mismo texto de nuestra Constitución Política de 1972, establece, por vía de excepción, casos en que se pueden aplicar sanciones sin juicio previo. Estas excepciones están expresamente establecidas en el artículo 33 de la Constitución Política el cual a la letra expresa:

"Artículo 33. Pueden penar sin juicio previo, en los casos y dentro de los precisos términos de la ley:

- 1. Los servidores públicos que ejerzan mando y jurisdicción, quienes pueden imponer multas o arrestos a cualquiera que los ultraje o falte al respeto en el acto en que estén desempeñando las funciones de su cargo o con motivo del desempeño de las mismas.
- 2. Los Jefes de la Fuerza Pública, quienes pueden imponer penas de arresto a sus subalternos para contener una insubordinación, un motín o por falta disciplinaria.
- 3. Los capitanes de buques o aeronaves quienes estando fuera de puerto tienen facultad para contener

una insubordinación o motín o mantener el orden a bordo, y para detener provisionalmente a cualquier delincuente real o presunto".

Hacemos parte de las críticas a esta norma constitucional, producto del tradicionalismo liberal que justifica el abuso de los poderes públicos.

El artículo 33, precitado, es una de esas normas del constitucionalismo liberal, que no encuentran más justificación sino en la arbitrariedad del poder público, la cual hoy está casi en desuso salvo espíritus arbitrarios y abusivos que encuentran en ella refugio a sus incapacidades; y es que autorizar a ciertas autoridades públicas, so pretexto de ejercer mando y jurisdicción, para sancionar sin juicio previo podría trae consigo serias violaciones al debido proceso, se desconocer garantías procesales y de defensa y contraviene la normativa del debido proceso contenido en la Convención Interamericana de los Derechos Humanos, y sobre lo cual ya se ha pronunciado esa cooperación supranacional de justicia. Ahora bien, vale aclarar que los casos de excepción para juzgar sin juicio previo, hasta ahora se entiende que solo opera en la esfera penal, y no tienen aplicación en la esfera administrativa.

Según la Corte Suprema de Justicia, "el artículo 33 establece la excepción a la garantía de un proceso previo para la aplicación de una pena, es decir, es una norma que tiene aplicación exclusivamente en materia penal, a través de la imposición de multas o arrestos por las autoridades allí previstas"³.

De esta manera obviamos el debate en torno al problema de las sanciones sin juicio previo, en el área administrativa, pues la jurisprudencia panameña solo ha reconocido su aplicación en la esfera penal, y en las raras veces que algún funcionario judicial se le ha ocurrido aplicarla ha producido inconveniencia social generalizada.

En algunas legislaciones como la colombiana se imponen sanciones administrativas de carácter pecuniarias, a las que se denominan multas; pero no obstante, la particularidad es que en los casos de imposición no tienen naturaleza tributaria, es decir no entra a las arcas del Estado y por lo tanto no se imponen con esa finalidad.

Se trata, entonces, de una sanción administrativa económica pero no tributaria; esto es que una vez cobradas son

³ Véase Fallo de 31 de mayo de 1999 (R. J., mayo, 1999, p. 145).



administradas por la entidad que las impone, y destinada a programas de bienestar social.

En Panamá la Ley de Carrera Administrativa no contempla sanciones administrativas de carácter económico; no obstante, si aparece recogida en casos especiales conforme lo dispone, por ejemplo, el 292 del Código Judicial a los Jueces y Agentes del Ministerio Público, a los cuales se les aplicarán las sanciones correccionales atendiendo a la gravedad de la falta así⁴:

- 1. Amonestación;
- 2. Multa no menor de cinco balboas (B/.5.00) ni mayor de veinticinco balboas (B/.25.00).
- 3. Suspensión del cargo y privación de sueldo por lapso no mayor de quince días.
- 4. Postergación en el ascenso, especialmente si se trata de empleo de escala.
- 5. Traslado. Se hace con el propósito de mejorar el servicio.
- 6. Retrogradación en el escalafón. Esta pena se resuelve en disminución patrimonial que afecta un derecho pecuniario, y también es de índole moral.
- 7. Suspensión del cargo y sueldo. Se trata de una prohibición de ejercer el empleo o función y privación de sueldo durante el tiempo de la suspensión.

6. DISCRECIONALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN

La discrecionalidad de la administración es el atributo del que se han hecho las autoridades administrativas en el manejo del personal que presta servicios en las entidades estatales, relacionado con nombramientos, supervisión, sanciones y remoción del funcionario público.

Lo que importa aquí, en materia de la administración de personal en el sector público, es la naturaleza y los límites de la discrecionalidad, y delimitar e identificar mecanismos idóneos y efectivos para evitar que degenerar en arbitraria e ilegal.

En efecto, la cuestión toma importancia porque la estabilidad del servidor público, en el ámbito administrativo, está relacionada con el ejercicio de los poderes públicos; y la discrecionalidad que se irroga la administración en el nombramiento, supervisión, sanciones y remociones del funcionario público requiere de controles.

El abuso y arbitrariedad en el manejo de personal en las instituciones del Estado es lo que ha llevado a legislar sobre la necesidad de otorgar estabilidad, antes, mediante leyes especiales bajo el modelo de estado liberal y hoy al amparo de codificaciones nacionales.

En el proceso evolutivo de la administración pública y las luchas de conquistas de estabilidad laboral del sector de los funcionarios públicos, ha surgido el fenómeno de control judicial sobre la discrecionalidad de la administración, como un mecanismo idóneo, aunque no siempre eficaz, en el control de las decisiones de personal en el sector público.

Es en este sentido que la Doctrina española se ha ocupado de la cuestión, y en palabras de García de Enterría podemos leer que:

"...el control judicial de la discrecionalidad no es por ello, una negación del ámbito propio de los poderes de mando y ni siquiera se ordena a una reducción o limitación del mismo, sino que, más sencillamente, trata de imponer a sus decisiones el respeto a los valores jurídicos sustanciales, cuya transgresión ni forma parte de sus funciones ni la requieren tampoco sus responsabilidades".⁵

No se trata, entonces, de negar el poder discrecional de la Administración en materia del manejo del personal que ejerce funciones en el sector público administrativo, pero sí que la discrecionalidad opere dentro de límites, propósitos y fines de la administración de personal, o que al menos se cumpla con la legalidad de la administración establecida en la legislación sobre el ejercicio de las funciones públicas.

⁴ "Las multas son sanciones pecuniarias que derivan del poder punitivo del Estado, por lo cual se distinguen nítidamente de las contribuciones fiscales y parafiscales, pues estas últimas son consecuencia del poder punitivo del Estado. Esta inferencia de naturaleza jurídica de estas figuras jurídicas se articula a la diversidad de finalidades de las mismas. Así, una multa se establece con el fin de prevenir un comportamiento considerado indeseable, mientras que una contribución es un medio para financiar los gastos del Estado. Por consiguiente, si una autoridad disciplinaria impone multas a los servidores públicos, no con el fin de sancionar o prevenir la comisión de faltas disciplinarias sino para aumentar sus recursos, estaríamos en frente de una típica desviación de poder que -conforme al artículo 88 del c.c.A.- implicaría la nulidad de la actuación, pues la autoridad habría utilizado sus atribuciones con una finalidad distinta a aquella para la cual le fueron conferida por la normatividad" (Sentencia de la Corte Constitucional colombiana de 25 de junio de 1996).

⁵GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Lucha Contra las Inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo*, Madrid (España): Editorial Civitas, 1983, p.45.



En la estructura del constitucionalismo contemporáneo, y en donde el Estado Social y Democrático de Derecho izó la bandera del garantismo, se impone más que antes el control judicial de la discrecionalidad de la administración; puesto que el Estado hoy se proyecta sobre la tutela efectiva de los poderes públicos y privados; ello implica que las decisiones administrativas, sobre la administración de personal, adoptadas con base de la discrecionalidad requieren estar debidamente argumentada, pues de lo contrario la administración ace en la arbitrariedad.

En nuestro medio, en materia de discrecionalidad de la administración, ya la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, de lo Contencioso Administrativo, en fallo fechado el 18 de octubre de 1971, estableció:

"...La proliferación de las funciones estatales y el aumento de la actividad administrativa que ello significa, ha hecho necesario dotar a la Administración de facultades discrecionales en una gran cantidad de ramas (materias). La libertad de apreciación que implica la discrecionalidad debe dirigirse a dar mayor eficacia a las resoluciones administrativas y en virtud de una acreditada evaluación de las oportunidades y conveniencias circunstanciales".

Y es que, en efecto, discrecionalidad administrativa no significa arbitrariedad, por el contrario debe implicar un sentido de responsabilidad de la administración de sustentar y argumentar sus actuaciones frente al compromiso social del Estado contemporáneo, la lucha contra la corrupción y los requerimientos de transparencia en la gestión pública.

Es por ello, que la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, vuelve a referirse al tema en fallo de 25 de agosto de 1992, y se refiere a discrecionalidad de la Administración pública, y aclara que:

Por otra parte, existe una clara línea divisoria entre la discrecionalidad y la arbitrariedad, según se enfatizó en la sentencia arriba citada. La discrecionalidad debe venir respaldada y justificada, como señala Tomás-Ramón Fernández, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Madrid, por los datos objetivos sobre los cuales opera "para no quedar en simple arbitrariedad" y, por ello, cuando conste de manera cierta la incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad a la que se aplica, la jurisdicción contenciosa ha de sustituir la solución para la que resulte más adecuada

a esa realidad o hechos determinantes. Por ello, la revisión jurisdiccional de la actividad discrecional debe extenderse, en primer lugar, a la verificación de la realidad de los hechos y, en segundo término, a la valoración de si la decisión discrecional guarda coherencia lógica con aquéllos.

Es por la línea esbozada por la Sala Tercera de la Corte que se vuelve sobre la razón de otorgar estabilidad al funcionario público mediante Leyes de Carrera o, simplemente, en base a leyes que concedan estabilidad a los funcionarios públicos y no dejarlo a la discrecionalidad de los poderes públicos; porque al ser otorgada la estabilidad por ley, esto es mediante el ejercicio del poder legislativo, se entiende como un derivado de la voluntad popular y, en consecuencia, se vinculan a los poderes públicos y privados a la normativa constitucional, legal y reglamentaria.

Es tan cierta esta línea de pensamiento que hasta en nuestra Constitución Política, de corte liberal, se reconoce en el Título XI, Capítulo 2°, denominado "Principios Básicos de la Administración de Personal", en especial, el artículo 302 cuando dice que:

"Artículo 302. Los deberes y derechos de los servidores públicos, así como los principios para los nombramientos, ascensos, suspensiones, traslados, destituciones, cesantía y jubilaciones serán determinados por la Ley.

Los nombramientos que recaigan en el personal de carrera se harán con base en el sistema de méritos. Los servidores públicos están obligados desempeñar personalmente sus funciones a las que dedicarán el máximo de sus capacidades y percibirán por las mismas una remuneración justa".

Del artículo 302 de la Constitución, precitado, se desprende que la estabilidad de los funcionarios públicos siempre va a estar dada por la Ley; entendiendo Ley, la expedida, de manera formal, por la Asamblea; porque es de esa manera que se vinculan a los poderes públicos y privados a su cumplimiento.

En efecto, el respeto, cumplimiento y eficacia de los deberes y derechos de los servidores públicos, así como los principios para los nombramientos, ascensos, suspensiones, traslados, destituciones, cesantía y jubilaciones sólo podrán ser impuestos en su cumplimiento por virtud de una Ley, por cuyo incumplimiento, entonces, se puede recurrir al control judicial.



LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA COMO MECANISMO DE DESARROLLO EN LAS COMUNIDADES

Por: Cinthia L. Novoa G.



Licenciada en Derecho y Ciencia Política. Egresada de la Universidad de Panamá. Posee especialidades a nivel de Postgrados en Derechos Humanos, Derecho Familia, Niñez y Adolescencia, en Mediación, en Docencia Superior y una especialización en Formulación, Evaluación y Gestión de Proyectos de Inversión. Maestría en Derecho Procesal. Facilitadora en seminarios a nivel local en las áreas del derecho y de mediación. Docente universitaria en diferentes universidades en la

provincia de Chiriquí. Laboró en la Procuraduría de la Administración. Actualmente se desempeña como Asistente de Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

RESUMEN

La entrada en vigencia de la Ley 66 de 2015 que modifica la Ley 37 de 2009, conocida como la Ley de la Descentralización, fue recogida su implementación a través de diversos titulares de la prensa escrita en Panamá, donde principalmente destacaban de dicha excerpta legal, era la parte económica, es decir, la administración de recursos o fondos públicos que ascienden a unos 150 millones de dólares entre los (78) municipios que comprenden el país.

Sin embargo, considero que esta ley va más allá de una distribución de fondos públicos para que sean manejados por los municipios, como por ejemplo, es contar con un personal municipal con las competencias para cumplir la ejecución eficaz y eficiente de los fondos públicos y, para nuestro entender, esta norma jurídica viene a enaltecer el ser humano, el ciudadano como centro de las políticas públicas en su comunidad, a través de los mecanismos de participación ciudadana.

Es por esto que este escrito está dirigido a conocer la participación ciudadana como una herramienta para el desarrollo de la región y del país en su conjunto, de forma tal que bien llevada, permitirá que la población se sienta satisfecha del ejercicio de los diversos actores públicos que confluyen en pro de una mejor sociedad.

Palabras claves: participación ciudadana, democracia, gestión pública, ciudadano

INTRODUCCIÓN

La participación ciudadana constituye, hoy día, una de las herramientas más democráticas que poseen los Estados, sin embargo, la misma es vista solamente desde la óptica de los funcionarios de los gobiernos municipales en el hecho de informar a los miembros de su comunidad de los diversos proyectos que tiene pensado ese funcionario que fue elegido por votación popular y existe una escasa presencia de organizaciones de la sociedad civil en la toma de decisiones, en lo que se necesita o no para el desarrollo de su comunidad.

La conceptualización del término de participación ciudadana, lo resalta la "Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública" que fue adoptada en Estoril, España, el día 1º de diciembre de 2009 en la XIX Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, la cual señala en el capítulo I, "Objeto, fundamentos y principios de la participación ciudadana en la gestión pública", en el punto 2 lo siguiente y cito:

"A los efectos de la presente Carta Iberoamericana, se entiende por participación ciudadana en la gestión pública el proceso de construcción social de las políticas públicas que, conforme al interés general de la sociedad democrática, canaliza, da respuesta o amplía los derechos económicos, sociales, culturales, políticos y civiles de las personas, y los derechos de las organizaciones o grupos en que se integran, así como las de las comunidades y pueblos indígenas".

Hay que recordar entonces, que la participación ciudadana no sólo implica el hecho de comunicar a los ciudadanos de lo que se está haciendo, es todo un proceso, donde la parte activa del mismo, está a cargo de las personas que habitan la comunidad, partiendo de la identificación de los problemas sociales y del aporte de ellos en la propuesta de las posibles



soluciones. Es decir, existe una corresponsabilidad social, por lo que los ciudadanos bien sean individual o colectivamente, contribuyan al bien común de la sociedad a la que pertenecen.

Así lo expresa el Capítulo Cuarto de la "Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública", que identifica la participación como un proceso en los siguientes términos:

"La participación es un proceso de doble vía que requiere dos condiciones:

- a. Que los entes y órganos públicos y aquellos particulares a quienes se han transferido competencias públicas sean receptivos a las opiniones y propuestas de la sociedad.
- b. Que los ciudadanos y las ciudadanas, las comunidades, los pueblos indígenas y los colectivos sociales que integren conozcan, dialoguen, deliberen e incidan sobre las competencias de las instituciones estatales".

Es por esto que es necesario conocer algunas formas de participación ciudadana que posee Panamá, así como establecer algunas apreciaciones para la ejecución de las mismas a nivel local.

CONTENIDO

La participación ciudadana es una estrategia que busca mejorar la eficacia de la gestión e incrementar la legitimidad de las actuaciones administrativas de las instituciones, ya que busca responder a la demanda social, por lo que con la misma se pretende obtener el bien común, a través de escuchar lo que desean decir los ciudadanos, y así los gobernantes podrán definir una política pública acorde a esas necesidades.

María Teresa Rentería Rodriguez cita a Ziccardi (1998) quien nos presenta una tipología de la participación con relación a la dependencia gubernamental, la cual es la siguiente:

Otra interesante clasificación de tipos de participación que

nos presenta en su ensayo la autora Rentería, es la que expone Serra Vásquez (2007) atendiendo al grado de desarrollo de los aspectos objetivos y subjetivos, de acuerdo con el grado de su interrelación y al carácter de la transformación de la realidad y destacan las siguientes:

Tipo de participación	Características
Institucionalizada	Está reglamentada para que la ciudadanía participe en los procesos decisorios del gobierno local.
No institucionalizada	Participación informal o formal pero que no está reglamentada.
Autónoma	La ciudadanía participa a través de algún tipo de asociación no gubernamental que, aunque participe en instancias de gobierno, no depende ni es controlada por este.
Clientelistica	La autoridad y los individuos o grupos se relacionan a través de un intercambio de favores o cosas.
Incluyente o equitativa	Se promueve la participación de toda la ciudadanía, independientemente de la pertenencia o identidad partidaria, religiosa o de clase social.

Fuente: Serra - Vásquez. Participación ciudadana y movimientos sociales

Participación espontánea	Participación reflexiva
Se caracteriza por una débil interrelación entre lo ideal y lo material, una mínima elaboración subjetiva (fines, conocimiento de la realidad, autoconciencia de valores) y una actividad práctica errática.	Se define por tener una interrelación fuerte entre lo ideal y lo material, una máxima elaboración subjetiva y una práctica coherente con el discurso.
una actividad practica ciratica.	
Participación mecánica	Praxis Creativa

Si bien es cierto se exponen algunos tipos de participación ciudadana, lo importante es determinar los resultados que se producen respecto a la utilización de unos con respecto a los otros, y que los mismos sean los mejores. Es por esto, que consideramos prudente destacar algunos mecanismos de participación ciudadana que existen en nuestro país, y su fundamento legal, y el objetivo de cada una de ellas, para obtener el desarrollo de esta nación.

En ese mismo orden de ideas, pasamos a precisar, las diversas formas de participación ciudadana que existen en Panamá, que tenemos a bien considerar para los efectos del presente trabajo de investigación, como lo son: el voto, la iniciativa popular legislativa y normativa, el referendo, revocatoria del mandato, el plebiscito, la consulta ciudadana, por mencionar algunas:

- 1. El voto, éste está debidamente regulado en la Constitución Política en el artículo 135. El ejercicio del sufragio es la mayor expresión de participación ciudadana en nuestro país, y el mismo lo vemos cada cinco años.
- 2. La iniciativa popular legislativa y normativa: está restringida, tal y como se expresa en el artículo 165 de la Constitución Política de Panamá, a un grupo de servidores públicos, dependiendo si la ley propuesta es de carácter orgánica u ordinaria. Sin embargo, mediante la Resolución No. 72 de 11 de julio del año 2000, se crea la Unidad de Promoción de la Participación Ciudadana, la cual tiene por objetivo estimular la iniciativa popular



en materia de legislación y fiscalización de la gestión gubernamental. Está unidad fue elevada a una Dirección Nacional a través de la Resolución No. 49 de 30 de mayo de 2001 y su más reciente modificación se llevó a cabo en el año 2012, con la Resolución No. 45 de 3 de agosto.

- 3. El referendo: Se han celebrado cuatro referéndum en nuestro país, tres para reformas electorales, a saber, en el año 1982, 1992 y 1998 y el último se llevó a cabo en el año 2006 para la aprobación de la Ampliación del Canal de Panamá.
- 4. La revocatoria del mandato: es un acto jurídico constitucional donde los electores pueden remover a un funcionario elegido antes de culminar su período para lo cual fue electo, y éste se encuentra regulado en la Constitución de Panamá en el artículo 151 donde se dota de esta facultad es a los partidos políticos y no a los electores, como la finalidad que tiene ese mecanismo, para lo cual deberán cumplir requisitos y formalidades como las siguientes:
 - a. Las causales de revocatoria y el procedimiento aplicable deberán estar previstos en los estatutos del partido.
 - b. Las causales deberán referirse a violaciones graves de los estatutos y de la plataforma ideológica, política o programática del partido y haber sido aprobados mediante resolución dictada por el Tribunal Electoral con anterioridad a la fecha de
 c. postulación.
 - También es causal de revocatoria que el Diputado o suplente hayan sido condenado por delito doloso con pena privativa de la libertad de cinco años o más, mediante sentencia ejecutoriada, proferida por
 - d. un tribunal de justicia.
 - El afectado tendrá derecho, dentro de su partido, a
 - e. ser oído y a defenderse en dos instancias.
 - La decisión del partido en la que se adopte la revocatoria de mandato estará sujeta a recurso del cual conocerá privativamente el Tribunal Electoral
 - f. y que tendrá efecto suspensivo.
 - Para la aplicación de la revocatoria de mandato los partidos políticos podrán establecer, previo al inicio del proceso, mecanismos de consulta popular con
 - g. los electores del circuito correspondiente.
 - Los partidos políticos también podrán, mediante proceso sumario, revocar el mandato de los Diputados Principales y Suplentes que hayan
 - h. renunciado a su partido.
 - Los electores de un circuito electoral podrán solicitar al Tribunal Electoral revocar el mandato

de los Diputados Principales o Suplentes de libre postulación que hayan elegido, para lo cual cumplirán los requisitos y formalidades establecidas en la Ley.

5.

El plebiscito: En Panamá se han celebrado dos plebiscitos, uno en el año 1940 para la aprobación de la Constitución del año 1941 y el segundo fue en el año 1977 mediante la Ley 33 de 13 de septiembre de ese mismo año, se convoca a un Plebiscito en cumplimiento lo dispuesto en el artículo 274 de la Constitución, para que los ciudadanos mediante su voto decidan o no el nuevo Tratado del Canal de Panamá, el Tratado concerniente a la neutralidad permanente del Canal

6. y el funcionamiento del Canal, como bien se hizo. La consulta popular: son deliberaciones públicas que se realizan principalmente en el aspecto político, como son la votación, la iniciativa legislativa, por mencionar algunas.

En síntesis, los mecanismos de participación ciudadana antes mencionados, son un reflejo del desarrollo democrático de nuestro país, y que son tipos o formas de participación de carácter constitucional.

Respecto a la participación, de carácter general, lo encontramos señalado en la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, que en concreto señala que el mismo se ejecutará conforme a la legislación interna de cada país, y de esta manera influir en los asuntos de interés general a través de los mecanismos previstos, bien sea constitucional o legalmente establecidos, por lo que propiciará un control de la actividad administrativa por parte de los ciudadanos a través de su participación.

La participación ciudadana está relacionada de igual manera, con el principio de transparencia y acceso a la información, ya que tal y como bien señala la precitada "Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública", determina en el Capítulo II sobre los Principios en el punto 22, al respecto lo siguiente:

"...el funcionamiento, actuación y estructura de la Administración deberá ser accesible a todos los ciudadanos, de manera que éstos, de acuerdo con la protección del derecho a la intimidad y de las declaraciones motivadas de reserva por razones de interés general, puedan conocer en todo momento, gracias a la existencia de archivos adecuados, la



información generada por las Administraciones Públicas, por las organizaciones sociales que manejen fondos públicos y por todas aquellas instituciones que realicen funciones de interés general de acuerdo con la legislación respectiva. Las Autoridades deberán impulsar de oficio los procedimientos y procurarán usar las TICS a los efectos de que los procedimientos se tramiten con diligencia y sin dilaciones injustificadas de acuerdo con los enunciados de la Carta Iberoamericana del Gobierno Electrónico. Igualmente, se procurará potenciar el uso de estándares abiertos para facilitar la difusión y reutilización de la información pública o de interés general".

Por otro lado, en el Capítulo Tercero de la "Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública", destaca el derecho fundamental a la buena administración pública y sus derechos derivados, y en el punto 32 nos señala el derecho de participación en las actuaciones administrativas en que tengan interés, especialmente a través de audiencias y de información públicas. Es así, que los ciudadanos tendrán derecho a participar, al tenor de lo dispuesto en dicha Carta, en los procedimientos de elaboración de disposiciones de carácter general, de acuerdo con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico correspondiente.

Al respecto es prudente señalar que, este derecho de participación se considera en el año 2009, cuando se aprueba la Ley 37 que descentraliza la Administración pública, al fundamentar dicha ley en los siguientes principios (artículo 5): democrático, representativo y participativo, gradualidad, subsidiaridad, autonomía, equidad, igualdad, sostenibilidad, irreversibilidad, eficiencia, eficacia, capacidad, responsabilidad fiscal y neutralidad fiscal.

El principio que guarda re lación con el tema que estamos tratando es distinguido como el número 1, es decir, democrático, representativo y participativo, y éste la ley lo define así: "la descentralización tiene plena vigencia a partir del reforzamiento y valorización del papel de los Gobiernos Locales emanados del voto popular y del fomento de una auténtica participación e integración ciudadana en la planificación, ejecución y evaluación del proceso de desarrollo local y, por ende, de la Nación, acercando la elaboración y ejecución de políticas públicas al ciudadano en aplicación del principio de proximidad". De igual manera, guarda estrecha relación con el principio de

igualdad (numeral 6 del artículo 5 de la Ley 37 de 2009) el cual se define así: "es el reconocimiento de los mismos derechos a todos los Gobiernos Locales y ciudadanos. Asimismo, las organizaciones de la sociedad civil tienen las mismas oportunidades para intervenir y participar sin discriminaciones de carácter político, ideológico, religioso, racial o de otra naturaleza, en los procesos de participación ciudadana establecidos".

¿Cuáles son esos procesos de participación ciudadana establecidos en la Ley 37 de 2009?

El concepto de participación ciudadana está contemplado en el artículo 136 de la Ley 37 de 2009, que fue modificado por la Ley 66 de 2015 y quedó así: "La participación ciudadana es la acción consciente, deliberada, participativa, inclusiva y organizada de la comunidad, con la finalidad de incidir en la formulación, ejecución y evaluación de las políticas públicas y en la auditoría social, procurando de esta manera contribuir a un mejor desempeño de la gestión pública en su respectiva circunscripción".

Aquí claramente señala la norma, que involucra la actuación del ciudadano miembro de una comunidad, quien de forma activa incide en las decisiones que se tomen en ese territorio al que pertenece. Por lo que no solo se limita al hecho de la toma de decisiones, sino también de que el ciudadano tiene el derecho de evaluar la gestión de los entes públicos y pueden proponer medidas para su mejoramiento.

A fin de desarrollar este concepto, la Ley 66 de 2015, que modifica la Ley 37 de 2009, adiciona los artículos 136-A, 136-B, 136-C, 136-D y 136-E. De esos artículos, considero oportuno indicar, para darle respuesta a la interrogante presentada, al determinar cuáles son los mecanismos de participación ciudadana, que a nivel local están contemplados. Tal y como lo señala el artículo 136-C, son los siguientes:

- 1. Plebiscito
- 2. Referéndum
- 3. Audiencia pública
- 4. Auditoría social
- 5. Presupuestos participativos
- 6. Cabildos abiertos
- 7. Iniciativa popular
- 8. Consulta ciudadana
- 9. Consejo consultivo
- 10. Colaboración ciudadana
- 11. Congresos comarcales



Del grupo de mecanismos señalados en la norma, ya algunos están establecidos en la Constitución Política de Panamá, como bien hemos señalado en líneas anteriores y se realizó una breve descripción de ellos, sin embargo, a fin de conocer los demás, pasaremos a analizarlos de la siguiente manera:

- a. Audiencia pública: "constituye una instancia de participación en el proceso de toma de decisión administrativa o legislativa en el cual la autoridad responsable de la misma habilita un espacio institucional para que todos aquellos que puedan verse afectados o tengan un interés particular expresen su opinión respecto de ella. El objetivo de esta instancia es que la autoridad responsable de tomar la decisión acceda a las distintas opiniones sobre el tema en forma simultánea y en pie de igualdad a través del contacto directo con los interesados".
- b. Auditoría social: es un proceso que permite a una organización evaluar su eficacia social y su comportamiento ético en relación a sus objetivos, de manera a que pueda mejorar los resultados sociales o solidarios y dar cuenta de ellos a todas las personas comprometidas por su actividad. Esta forma de participación ciudadana es un medio para el fortalecimiento de la democracia y la lucha contra la corrupción, puesto que la misma no solo implica una auditoría financiera y contable, sino que también incluye la revisión de los planes, estrategias, proyectos, políticas, procedimientos y prácticas ejercidas por la organización, por lo que implicaría que la información obtenida de dicha auditoria, permitirá establecer propuestas de mejoramiento institucional, de ser esto necesario.

"Entre las ventajas que encontramos en las Auditorías Sociales, podemos mencionar las siguientes:

- 1. Son un medio de participación activa de la ciudadanía.
- 2. Levanta la autoestima de la ciudadanía al obtener los medios idóneos de hacerse escuchar, tanto en la queja, en la protesta, como en la propuesta.
- 3. Llena los espacios no cubiertos por los entes contralores del Estado.
- 4. Son un complemento de investigación, evaluación y control para los entes contralores del Estado.
- 5. Con una visión integradora, contribuyen al mejoramiento económico, social y político de las comunidades.

- 6. Fortalecen las organizaciones de la sociedad civil.
- 7. Contribuyen al fortalecimiento de la democracia y la gobernabilidad".
- c. Presupuestos participativos: son una herramienta de participación y gestión de la ciudad, mediante la cual la ciudadanía pueden proponer y decidir sobre el destino de parte de los recursos municipales.

El objetivo de los presupuestos participativos es que con la participación directa de la ciudadanía en este proceso, se pueden establecer las principales demandas y preocupaciones de los vecinos y vecinas en materia generalmente de gastos (actividades, inversiones públicas...) e incluirlos en el presupuesto anual de la ciudad, priorizando los más importantes y realizando un seguimiento de los compromisos alcanzados.

Existen una serie de ventajas que involucra este método de participación y son las siguientes:

- Mayor transparencia y eficiencia en la gestión municipal, al compartir entre todos el debate acerca de en qué se van a gastar nuestros impuestos.
- Mejora de la comunicación entre administración y ciudadanía, generando espacios de interlocución entre políticos/as, vecinos/as, colectivos y personal técnico.
- Es un proceso abierto a todo el mundo, que posibilita la participación directa de todas las personas, superando así la lógica participación representativa, que se limita a la acción de votar cada cuatro años.
- Se trata de un proceso autorregulado, es decir, que son los propios participantes los que deciden cómo deben ser las «reglas del juego» que deben regir el proceso.
- Fomenta la reflexión activa y la solidaridad por cuanto todos los vecinos y vecinas tienen la oportunidad de conocer y dialogar sobre los problemas y demandas del resto.
- d. Cabildos abiertos: consisten en reuniones públicas convocadas por los Concejos Municipales, las juntas comunales y locales donde la ciudadanía participa directamente con el fin de discutir todos los asuntos de interés por la comunidad.
- e. Consulta ciudadana: proceso por el cual las distintas instituciones de gobierno y autoridades tradicionales, deberán solicitar en las instancias de participación



ciudadana definida por la ley, la opinión, propuesta o sugerencia de la ciudadanía en temas que afectan a la comunidad

f. Consejo consultivo: de forma general podemos entender por consejo consultivo como el acto mediante el cual el gobierno nacional, a través de los Alcaldes y Representantes de corregimientos, convocan a la ciudadanía, a la organizaciones de la sociedad civil y a todos los sectores de las distintas comunidades para que decidan por consenso, sobre la prioridad de las inversiones comunitarias con los fondos provenientes de los excedentes del Canal u otros fondos que puedan crearse, según las necesidades o problemas identificados en los diagnósticos participativos del Distrito, corregimiento y comunidades previamente.

Nos parece interesante señalar que esta modalidad de participación está regulada en el Decreto Ley No. 4 de 27 de febrero de 2008, que fue modificado por la Ley No. 16 de 2015, que crea la Autoridad de Turismo de Panamá y dicta otras disposiciones, específicamente en el artículo 19 que crea los consejos consultivos de turismo, que funcionan bajo la supervisión de la Autoridad de Turismo de Panamá y cuyo objetivo es asegurar la participación en cada provincia de los involucrados en las actividades turísticas, incluyendo a un representante del sector de transporte especializado en turismo y coordinar el desarrollo turístico de la región.

- g. Colaboración ciudadana: colaborar significa trabajar en conjunto con otras personas para realizar una obra o alcanzar un objetivo. Entendiendo así el concepto, esto es fundamental en las comunidades a fin de lograr llevar a cabo los proyectos que decidan ejecutar. Sin embargo, este concepto se asimila a la denuncia ciudadana, es decir, aquella persona que hace del conocimiento de las autoridades la comisión de un delito.
- h. Congresos comarcales: es el mecanismo de participación utilizado por los pueblos indígenas y para guisa de ejemplo tenemos la Ley No. 10 de 1997 y el Decreto que lo reglamenta a través de la Carta orgánica de la Comarca Ngábe Buglé, les permite la toma decisión en cuanto al uso de las tierras comarcales en el área de los recursos naturales.

La "Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana de la Gestión Pública", reconoce la participación de los pueblos indígenas, de acuerdo a sus normas, prácticas, procedimientos, gestión e institucionalidad propia, a través del reconocimiento de sus principios y valores de reciprocidad, complementariedad y solidaridad, conforme a sus cosmovisiones, en armonía con la comunidad y la naturaleza (punto 19 de la precitada Carta).

En resumen, los mecanismos contemplados en la Ley 37 de 2009, modificada por la Ley 66 de 2015, pueden ser utilizados para los fines del mejoramiento de la gestión pública local, sin embargo, de las definiciones expuestas consideramos que debe ser reducida la lista antes mencionada, a aquellos que verdaderamente cumplirán la función de reforzar la posición de los ciudadanos y las ciudadanas para que éstos puedan expresarse y defender los intereses de la comunidad a la que pertenecen, por un lado, y por otro, la ley establece que la forma y método serán desarrollados a través de un reglamento, considero que debe contemplar lo siguiente: una definición clara del método, los requisitos, el procedimiento a seguir, la obligatoriedad y su carácter vinculante, para la ejecución o no de las obras, ya que con esto, favorecería a la sensibilización de los ciudadanos en el derecho fundamental de participación.

CONCLUSIÓN

El desarrollo de las comunidades en nuestro país, será enormemente beneficiado con la implementación adecuada y pertinente de los mecanismos de participación ciudadanía contemplados en la ley, y que bajo nuestra humilde opinión, éstos deben ser adecuados a la realidad actual, y tomarse en cuenta, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, un conocimiento por parte de las autoridades locales de aquellas áreas que introducen tipos de participación y que los municipios deben aplicar en su momento a fin de ejecutar los actos conforme al principio de legalidad, a guisa de ejemplo tenemos, la consulta ciudadana en el área ambiental y los consejos consultivos en el área turística.

BIBLIOGRAFÍA

"Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública", aprobada por el Consejo Directivo del CLAD en reunión presencial – virtual celebrada desde Caracas el 10 de octubre de 2013.

"Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública aprobada por la XI Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública",



y Reforma del Estado. Lisboa, Portugal, 25 y 26 de julio de 2009 y adoptada por la XIX Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno. Estoril, Portugal, 30 de noviembre y 1ro. De diciembre de 2009 (Resolución NO. 38 del "Plan Acción de Lisboa").

Audiencia Pública. Recuperado el 11 de julio de 2016 de https://residuoszarate.wordpress.com/programa-de-contrataciones-publicas-transparentes/audiencias-publicas/que-es-una-audiencia-publica

AVILA, Marlin Oscar. Auditoria Social. Recuperado el 20 de julio de 2016 de http://revistaprobidad.info/020/012.html Presupuestos participativos: Recuperado el 12 de julio de 2016. http://www.presupuestosparticipativos.com/que-son/_C3VTDDatmVEmYYYsYdvRIjMSVCoaepIl

Ley de participación ciudadana para Panamá. Recuperado el 12 de julio de 2016 http://leyparticipacionciudadana. blogspot.com

RENTERÍA RODRIGUEZ, María Teresa. "Tipos y Modos de la participación ciudadana en los procesos de ordenación del territorio: dos casos para su ilustración" Recuperado el 6 de julio de 2016 de http://www2.inecc.gob.mx/publicaciones/libros/670/cap18.pdf

Ley 33 de 13 de septiembre de 1977. Gaceta Oficial No. 18422 de 19 de septiembre de 1977.

Ley 37 de 29 de junio de 2009. Gaceta Oficial No. 26314 de 30 de junio de 2009.

Ley 66 de 29 de octubre de 2015. Gaceta Oficial No. 27901-A de 30 de octubre de 2015.

www.infojurídica.com



EL PRINCIPIO DE NO REGRESIÓN COMO PARÁMETRO DE LEGALIDAD

Su Aplicación en el Control de las Actuaciones Administrativas en Materia Ambiental¹



Doctor en Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y Máster en Derechos de Aguas, ambos titulos en la Universidad Zaragoza. Postgrado en Docencia Superior por la Universidad de Panamá. Diplomado en Derecho Administrativo Iberoamericano por la Unversidad de La Coruña. Magister en Derecho Procesal y Licenciado en Derecho y Ciencias Politicas por la Universidad de Panamá.

Profesor de la Universidad de Panamá, en la Universidad Latina de Panamá, en el Centro

Regional Universitario de Veraguas, en la Universidad Autónoma de Chiriquí, y en la Universidad Católica Santa María La Antigua. Actualmente es Asistente de MAgistrado en la Corte Suprema de Justicia. Autor del libro "El Derecho al Agua. Naturaleza juridica y protección legal en los ambitos nacional e internacional".

RESUMEN

El principio de no regresión ambiental deriva del principio de progresividad contenido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Su comprensión y aplicación jurisdiccional sirve de canon o parámetro de control de la legalidad administrativa. Un referente en este sentido, es la Sentencia de 23 de diciembre de 2013, de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, a partir de la cual se incorpora este principio en la doctrina de la Corte y se abre el camino a su aplicación en las decisiones jurisdiccionales como parámetro de interpretación y de control legal de las actuaciones de las autoridades ambientales.

Palabras clave: No regresión ambiental, principio de progresividad, control de la legalidad.

Por: Eduardo José Mitre Guerra

I. INTRODUCCIÓN

1. Concepto doctrinal

En esencia la razón de las leyes ambientales es prevenir los riesgos y efectos contrarios en el medioambiente y asegurar la calidad de vida de los individuos. Sin embargo, hoy por hoy, sabemos que el Derecho Ambiental no solo tiene por principal desafío prevenir el desarrollo de acciones que directa o indirectamente causen contaminación o daño ambiental, sino que también se encuentra frente a la necesidad de establecer mecanismos que eviten el desmejoramiento de los niveles de protección.

Evitar la regresión o el retroceso en los avances alcanzados en torno a la protección medioambiental, es pues una necesidad de nuestro tiempo, y ya no solo por la importancia que reviste mantener un uso racional y equilibrado de los recursos naturales, sino porque producto del progreso los planes y objetivos ambientales adoptados desde la mitad de siglo veinte a la fecha, parecen haber llegado a un techo sin que ello se traduzca en muchos casos en un verdadero desarrollo sostenible y sustentable. Es un hecho incuestionable que a pesar de que la mayoría de los países cuenta con un número plural de leves y reglamentos en materia ambiental; que se han ratificado docenas de instrumentos internacionales referidos a las distintas materias especiales y sectoriales del derecho ambiental y aun cuando los Estados promueven y suscriben todo tipo de compromisos prospectivos, lo cierto es que la constante sigue siendo contraria a la pretensión ambiental o cuanto menos no logra alcanzar los estándares de protección requeridos.

Es así que en la actualidad, el derecho del medio ambiente ya no trata tanto de ver si la ley es verdaderamente efectiva y/o aplicable; aspecto que no deja de ser importante y necesario. Lo que sucede es que en la actualidad del derecho ambiental, resulta imprescindible que la ley no solo sea oportuna en

¹ Este trabajo es parte del texto que originalmente apareció publicado en la obra "Agua, Energía, Cambio Climático y otros Estudios de Derecho Ambiental. En recuerdo del maestro Ramón Martín Mateo", dirigida por el profesor Antonio Embid Irujo (2015).



cuanto regula y compromete la protección medioambiental, sino también que invierta las tendencias o prácticas que perjudiquen la gestión ambiental, en sintonía con los fines y principios propugnados en la Constitución y en el contenido de los derechos fundamentales—que actúan como límites a los retrocesos.² En otras palabras, para el derecho ambiental del siglo veintiuno tanto es fundamental que el Estado prevenga las posibles amenazas o impactos al medio ambiente como que evite retroceder en la regulación, implementación y desarrollo normativo de las políticas públicas en materia de medio ambiente y recursos naturales.

No retroceder o evitar el desmejoramiento de la protección ambiental, en el ámbito jurídico encuentra amparo bajo la rúbrica de lo que Michel Prieur ha denominado "principio de no regresión ambiental". De acuerdo con el profesor emérito de la Universidad de Limoges, Francia, lo que está en juego con la formulación del principio de no regresión "es la protección de los avances alcanzados en el contenido de las legislaciones ambientales", es decir que, desde la óptica del derecho ambiental moderno "los retrocesos constituyen regresiones en la protección del medio ambiente, incluso cuando, [...], no se pueda producir una no regresión absoluta, sino únicamente unos grados de regresión".³

Michel Prieur, teórico pionero en la defensa del principio de no regresión, sostiene que los retrocesos ambientales pueden producirse de diferentes formas, por un lado, con la abrogación, modificación, derogación de la ley o de los instrumentos de protección ambiental contemplados en la ley, y por el otro, como resultado "de la interpretación del derecho por parte del juez, que, al aplicar el principio de desarrollo sostenible, favorecerá la conciliación de los intereses ambientales y los intereses económicos y sociales y, por tanto, podrá arbitrar a favor de los intereses no ambientales y, de este modo, poner en entredicho los avances en derecho ambiental".4

Fernando López Ramón, señala que pueden ser manifestaciones de regresión ambiental, la aprobación de leyes encaminadas a rebajar los niveles de protección ambiental para permitir la construcción o la legalización de variadas obras y actividades; la falta de continuidad

en las estructuras administrativas, su sometimiento a la pura y dura decisión, sin adecuada justificación; y la desprotección de espacios naturales a través de sentencias por prácticas indebidas del Estado o por la falta de capacidad para la concreción de las medidas dispuestas en torno a la declaración de espacios protegidos.⁵

En tanto que, Mario Peña Chacón, principal defensor de este principio en América Latina, sostiene que el "principio de no regresión enuncia que la normativa y la jurisprudencia ambiental no deberían ser revisadas si esto implicare retroceder respecto a los niveles de protección alcanzados con anterioridad". De ahí que de acuerdo con el profesor de la Universidad de Costa Rica, esta orientación "[t]iene como finalidad evitar la supresión normativa o la reducción de sus exigencias por intereses contrarios que no logren demostrar ser jurídicamente superiores al interés público ambiental, ya que en muchas ocasiones, dichas regresiones pueden llegar a tener como consecuencias daños ambientales irreversibles o de difícil reparación".6

El principio de no regresión ambiental o principio de standstill, de antirretorno o de intangibilidad de los derechos fundamentales, como se le conoce también en el derecho comparado⁷, es pues un mandato a las autoridades públicas jurídicamente vinculante en virtud de que su fundamentación jurídica se apoya en Tratados y Convenios Internacionales ratificados por el país⁸, como lo es principalmente el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADDH o Pacto de San José), instrumentos que, además, en el caso de Panamá, forman parte del Bloque de Constitucionalidad, lo que ahonda mayormente en el carácter obligatorio de su aplicación.

2. Enfoque de la doctrina jurisprudencial

En el ámbito panameño el principio de no regresión ingresa en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia a partir de la Sentencia de 23 de diciembre de 2013, en la que se falla a favor de la protección irrestricta del área protegida Humedal Bahía de Panamá, sobre la base de los compromisos

² EMBID IRUJO, A. (2011): p. 119.

³ PRIEUR, M. (2010): p. 64.

⁴ Ibíd., p. 60.

⁵ LÓPEZ RAMÓN, F. (2011): pp. 19-24.

⁶ PEÑA CHACÓN, M. (2013): p. 16.

⁷ PRIEUR, M., (2010): p. 63.

⁸ AMAYA ARIAS, Á. (2015).



adquiridos por el Estado panameño al suscribir el Convenio Relativo a los Humedales de Importancia Internacional ("Convenio Ramsar").

En esta sentencia, la Sala Tercera Corte de la Corte Suprema de Justicia, bajo la ponencia del magistrado Víctor Benavides Pinilla, adoptó como concepto y fundamento de este principio:

[...] que la estimación de la no regresión en materia ambiental, proviene de un principio del derecho reconocido por la doctrina como principio de no regresión, principio bajo el cual se "enuncia que la normativa y la jurisprudencia no deberían ser revisadas si esto implicare retroceder respecto a los niveles de protección alcanzados con anterioridad" (vid. Peña Chacón, Mario (dir.). El Principio de No Regresión Ambiental en el Derecho Comparado Latinoamericano. PNUD, San José, 2013, p. 16).

Este principio se desprende del principio de progresividad, el cual "ya no solamente surge como una obligación en la esfera de los derechos humanos, sino que aparece según la doctrina, como un principio en materia ambiental, (pues) es una derivación del principio de desarrollo sostenible, que impone un progreso solidario con las generaciones futuras, y cuya solidaridad implica no retroceder nunca en las medidas de protección del medio ambiente".

Al referirnos al principio de no regresión ambiental, nos remitimos a un concepto, que además encuentra pleno soporte en la jurisprudencia de distintos países. En ese sentido, por mencionar alguno, podemos hacer mención a la Sentencia 5538/2012 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo Español, en la cual se expone que:

"El principio de no regresión, ha sido considerado como una "Cláusula de statu quo" o "de no regresión", con la finalidad, siempre, de proteger los avances alcanzados en el contenido de las normas medioambientales, con base en razones vinculadas al carácter finalista del citado derecho medioambiental, como es el caso del Dictamen del Consejo 3297/2002, que si bien referido a modificación de zonas verdes, salvo existencia acreditada de un interés público prevalente. En otros términos, la superficie de zona verde en un municipio

se configura como un mínimo sin retorno, a modo de cláusula *standstill* propia del derecho comunitario, que debe respetar la Administración. Solo es dable minorar dicha superficie cuando existe un interés público especialmente prevalente, acreditado y general; no cabe cuando dicho interés es particular o privado, por gran relevancia social que tenga".

Pues bien la viabilidad de este principio puede contar con apoyo en nuestro derecho positivo, tanto interno estatal como propio de la Unión Europea. Ya nos hemos referido, en concreto, al denominado "Principio de desarrollo territorial y urbano sostenible; del que se ocupa el citado artículo 2ª del vigente TRLS08, que impone a las diversas políticas públicas "relativas a la regulación, ordenación, ocupación, transformación o uso del suelo" la obligación de proceder a la utilización del mismo "conforme al interés general y según el principio de desarrollo sostenible"; por tanto, este principio, ha de estar presente en supuestos como el de autos, en el que si bien no se procede a la supresión de suelos especialmente protegidos resulta incuestionable la afectación negativa que sobre los mismos se puede producir por su inclusión en una actuación urbanizadora y, en consecuencia, este principio ha de actuar como límite y como contrapeso de dicha actuación, dadas las consecuencias irreversibles de la misma.

En consecuencia, y sin perjuicio de su particular influencia en el marco de los principios, obvio es que, con apoyo en los citados preceptos constitucional (artículo 45 Constitución Española) y legales (artículo 2 y concordantes del TRLS08), el citado principio de no regresión calificadora de los suelos especialmente protegidos implica, exige e impone un plus de motivación razonada, pormenorizada y particularizada de aquellas actuaciones administrativas que impliquen la desprotección de todo o parte de esos suelos.

3. Contextualización y justificación

A. Progresividad y no regresividad

Son varias las razones que justifican la formulación del principio de no regresión. Michel Prieur, los sintetiza en tres aspectos fundamentales⁹. En primer lugar, señala que la consideración de la no regresión se justifica en el carácter finalista del derecho ambiental, es decir, que toda manifestación que disminuya la legislación ambiental y sus políticas se encuentra en contraposición a los fines que persigue el derecho ambiental. En segundo lugar, propone

⁹ PRIEUR, M. (2010): p. 65.



que está intrínsecamente relacionado con el derecho ambiental internacional en cuanto que de éste emerge la idea de que el objetivo fundamental es la progresión de la protección del medio ambiente. Y finalmente, plantea que para entender la base jurídica del principio de no regresión sólo basta con reconocer el carácter de irreversibilidad con el que han sido consagrados los derechos económicos, sociales y culturales; derechos entre los cuales se cuentan los de carácter ambiental.

Desde esta perspectiva, podemos colegir que el principio de no regresión ambiental se sustenta en la noción de desarrollo sostenible y en referencia al principio de progresividad en la aplicación de los derechos humanos. Dicho de otro modo, se trata "de una derivación del principio de desarrollo sostenible, que impone un progreso solidario con las generaciones futuras, solidaridad que implica no retroceder nunca en las medidas de protección del medio ambiente"¹⁰.

Así lo explica, además, el reciente Informe del Experto Independiente de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos y Medio Ambiente, el cual pone atención que entre las obligaciones que tienen los Estados de adoptar y aplicar marcos jurídicos e institucionales que prevengan daños ambientales, está la obligación de ajustar la legislación a los efectos de que no sea regresiva o interfiera en el aseguramiento de los derechos y libertades de los individuos¹¹.

En la doctrina se sostiene que el principio de no regresión en materia ambiental debe su significado y alcance al principio de desarrollo progresivo consagrado en el ámbito de la protección internacional de los derechos humanos (art. 2 del PIDESC y art. 26 de la CADH). En ese sentido, entonces, su fundamentación a nivel interamericano obedece a lo dispuesto en el artículo 26 del Pacto de San José, disposición a partir de la cual los Estados Partes asumen, junto al deber de "respetar los derechos y libertades reconocidos" en la Convención, el deber de "garantizar su libre y pleno ejercicio" (art.1.1 convencional).

Cuando hablamos de desarrollo progresivo debemos entender conforme al referido artículo 2 del PIDESC, que entre las responsabilidades del Estado está la de "adoptar [...] las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades". Así, teniendo como base el artículo 2 del PIDESC en concordancia con el artículo 26 de la Convención ("Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias la plena efectividad de los derechos [...] en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados"), se tiene que las autoridades públicas están en la obligación de garantizar la protección y realización progresiva de los derechos humanos a través de su perfeccionamiento legislativo, político-administrativo y judicial.

Bajo el paraguas del principio de progresividad resulta prohibitivo, salvo excepciones expresamente previstas en la ley¹², la ejecución de medidas contrarias a las conquistas obtenidas en el desarrollo del contenido de los derechos y libertades fundamentales. En otras palabras, como sostienen Víctor Abramovich y Christian Courtis, de la obligación de progresividad se deduce una obligación mínima de no regresividad, es decir, "la obligación de adoptar políticas y medidas y, por ende, de sancionar normas jurídicas, que no empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales, pues el Estado se obliga a mejorar la situación de estos derechos, y simultáneamente asume la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes, o, en su caso, de derogar los derechos ya existentes". ¹³

B. La inversión de la carga de la prueba

En el Derecho internacional existe un mandato según el cual si un Estado parte adopta medidas deliberadamente regresivas de los derechos y libertades¹⁴, corresponde a las autoridades del mismo demostrar que tales medidas se han aplicado tras un examen cuidadoso de todas las alternativas posibles y que tales medidas se hacen ineludibles en virtud de los derechos e intereses que se pretenden asegurar.¹⁵

¹⁰ LÓPEZ RAMÓN, F. (2011): p. 14.

¹¹ KNOX, J. (2013): párr. 55 y 56.

¹² PEÑA CHACÓN, M. (2014).

¹³ ABRAMOVICH, V., y COURTIS, C. (2004): p. 94.

¹⁴ En el mismo tenor, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que: "Correlato de lo anterior, se desprende un deber – si bien condicionado – de no-regresividad, que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho. Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha señalado que "las medidas de carácter deliberadamente re[gresivo] en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto [Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que [el Estado] disponga". En la misma línea, la Comisión Interamericana ha considerado que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la Convención Americana, se deberá "determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso". Por todo lo expuesto, cabe afirmar que la regresividad resulta justiciable cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate". Vid. Corte IDH, Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú. Sentencia de 1 de julio de 2009 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 103.

¹⁵ MITRE GUERRA, E. (2012): pp. 210-213.



Este mandado al ser trasladado a un juicio de control jurisdiccional de la actividad del Estado, pone en éste la responsabilidad de sustentar y de probar las razones que justifican la adopción de la medida que se considera regresiva.

Desde esta perspectiva, el principio de no regresión genera entonces una inversión en la carga de la prueba. Esto quiere decir que ante una medida o hecho regresivo existe una "fuerte presunción"¹⁶ de que estas han sido adoptadas en contra del alcance de protección conseguido, de manera que la autoridad está en la obligación de comprobar que la actuación se encuentra justificada, de acuerdo a criterios de razonabilidad.¹⁷

En términos procesales, el hecho de que las autoridades estatales deban respetar el marco jurídico o fáctico previamente creado para la satisfacción de las obligaciones públicas ambientales, hace que este principio se constituya en una verdadera garantía de la confianza legítima del individuo frente a las actuaciones del Estado. 18 De aceptarse su transgresión a través de alguna manifestación de retroceso, se estarían vulnerando los derechos o situaciones jurídicas subjetivas adquiridas o nacidas de actos u operaciones administrativas.

II. EL PRINCIPIO DE NO REGRESIÓN EN LA LEGISLACIÓN AMBIENTAL PANAMEÑA

En Panamá, como en muchos otros países, aun no se cuenta con una norma que expresamente se refiera al principio de no regresión¹⁹, en lo menos con rango constitucional o como mandato legal de la política de ambiente. En donde sí encuentra expresa alusión es en el artículo 399 numeral 9 del Código Penal, en el que se establece la regresión como una

agravante del tipo básico del delito ecológico. Así, señala la norma punitiva que la pena de prisión de tres a seis años prevista en el artículo 399, se aumentará de una tercera parte a la mitad entre otros casos "cuando el daño sea irreversible". De acuerdo con la disposición "son irreversibles los efectos que supongan la imposibilidad de retornar a la situación anterior".

En otro supuesto, como decimos es notoria la ausencia de un precepto que claramente alude a la prohibición de regresividad como parámetro de las políticas públicas en esta materia. Sin embargo, si hacemos un ejercicio similar al que propone Michel Prieur, inmediatamente nos encontramos con una serie de disposiciones constitucionales y legales que sugieren esta orientación y otras que directamente hacen referencia a las características de este principio.

Como punto de partida, debemos tener como base la norma constitucional. El artículo 118 de la Constitución Panameña consagra el deber del Estado de garantizar un ambiente sano y libre de contaminación, es decir, establece la obligación positiva de garantizar y proteger el ambiente, lo que lleva implícito una condición de acción, es decir, de avanzar hacia tal garantía mediante la adopción de medidas legislativas e institucionales progresivas. Por otro lado, tenemos normas constitucionales que expresamente establecen entre las obligaciones del Estado la de -mantener el equilibrio ecológico y evitar la destrucción de los ecosistemas- (art. 119), de -evitar la depredación de los bosques, tierras y aguas y asegurar su preservación, renovación y permanencia-(art. 120), y de –evitar que se deriven perjuicios sociales, económicos y ambientales- (art. 121).20 Como vemos, estas disposiciones establecen un deber de "evitar" que aunque no entraña una prohibición de retroceso, presupone una condición de cautela en la protección que invalida posiciones

¹⁶ ALBURQUERQUE, C. (2013): párr. 13.

¹⁷ Ibídem., párr. 15.

¹⁸ ARANGO, R. (2006): p. 158.

¹⁹ Existen, sin embargo, posiciones que defienden su configuración normativa e incluso países en donde el ordenamiento jurídico alude explícitamente a este principio. Por ejemplo, la Resolución B7 0522/2011 de 29 de septiembre de 2011 del Parlamento Europeo, como posición común de la Unión Europea de cara a la Conferencia de Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible (Río+20), pidió el "reconocimiento del principio de no regresión en el contexto de la protección ambiental y de los derechos fundamentales" (párr. 97). En tanto que de forma expresa se encuentra establecido en el artículo 423 (3) de la Constitución de Ecuador de 2008 (armonización de las legislaciones con énfasis en los derechos y regímenes ambientales [entre otros], de acuerdo a los principios de progresividad y no regresividad). En otros países, tal reconocimiento no ha sido necesario pues en su ordenamiento se encuentran fundamentos suficientes para la aplicación del mismo (es el caso de España, Costa Rica, Colombia, Argentina, Brasil, etc.).

²⁰ Artículo 119: El Estado y todos los habitantes del territorio nacional tienen el deber de propiciar un desarrollo social y económico que prevenga la contaminación del ambiente, mantenga el equilibrio ecológico y evite la destrucción de los ecosistemas.

Artículo 120: El Estado reglamentará, fiscalizará y aplicará oportunamente las medidas necesarias para garantizar que la utilización y el aprovechamiento de la fauna terrestre, fluvial y marina, así como de los bosques, tierras y aguas, se lleven a cabo racionalmente, de manera que se evite su depredación y se asegure su preservación, renovación y permanencia.

Artículo 121: La Ley reglamentará el aprovechamiento de los recursos naturales no renovables, a fin de evitar que del mismo se deriven perjuicios sociales, económicos y ambientales.



en contra del deber de cuidado. Entiéndase entonces, la disposición constitucional obliga a los poderes públicos a "evitar desproteger", "evitar desregular", "evitar desmejorar o perjudicar", etc.

En nuestro medio, este principio cuenta también con el apoyo de la Ley 41 de 1 de julio de 1998, General de Ambiente, modificada por la Ley 8 de 25 de marzo de 2015, que crea el Ministerio de Ambiente. Así, el artículo 1 establece que al Estado le corresponde la administración del ambiente, mientras que el artículo 2 párrafo 36 prescribe el principio de desarrollo sostenible como el "proceso o capacidad de una sociedad humana de satisfacer las necesidades y aspiraciones sociales, culturales, políticas, ambientales y económicas actuales, de sus miembros, sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las propias". De modo más expreso, la misma norma en su párrafo 57 define "protección" como el "conjunto de medidas y políticas para mejorar el ambiente natural y combatir sus amenazas, y evitar su deterioro".

Así pues, como fundamento básico del principio de no regresividad ambiental, puede deducirse que la protección ambiental implica además de su consideración positiva, evitar el deterioro de las medidas y políticas de mejora al ambiente natural; aspecto que subyace al principio de desarrollo sostenible establecido en la Ley 41 de 1998 y la Declaración de Río de 1992 (principio 3), que como se anotó antes, cabe relacionar con la cláusula de progresividad prevista en ordenamiento internacional de derechos humanos.

A tal efecto, la Corte ha sostenido en el caso del Humedal Bahía de Panamá que:

"En nuestro medio jurídico, este principio se debe deducir de lo establecido en el artículo 2 de la Ley N° 13 de 27 de octubre de 1976 (que aprueba el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), con relación al artículo 1 (La administración del [ambiente] es una obligación del Estado) y 2 (principio de desarrollo sostenible) de la Ley N° 41 de 1998; en particular a partir de la norma convencional que establece el principio de progresividad, el Estado se obliga a cumplir con ciertas prestaciones sociales, entre las cuales se encuentran las de carácter ambiental, desarrolladas en la Ley General del Ambiente, y demás regulación sectorial.

En el contexto del señalado artículo 2 lex cit, como explica el profesor de Derecho Ambiental de la Universidad de Costa Rica, Mario Peña Chacón, se entiende que el principio de no regresión tiene por "finalidad evitar (la) supresión normativa o la reducción de sus exigencias por intereses contrarios que no logren demostrar ser jurídicamente superiores al interés público ambiental, ya que en muchas ocasiones, dichas regresiones pueden llegar a tener como consecuencias daños ambientales irreversibles o de difícil reparación."

Ahora bien, al margen de las disposiciones señaladas, en la ley general de ambiente se encuentran también otras prescripciones que aluden al principio de progresividad y que por tanto ahondan en la tesis de la no regresividad. En esa línea, el artículo 22 de la Ley General de Ambiente dispone que el "ordenamiento ambiental del territorio nacional se ejecutará en forma progresiva por las autoridades competentes". Ha de destacarse que esta misma disposición contempla una prohibición de regreso, así: "Las actividades que se autoricen no deberán perjudicar el uso o función prioritaria del área respectiva, identificada en el Programa de Ordenamiento Ambiental del Territorio Nacional".

Como vemos, la ley condiciona la actividad pública ambiental al "principio de gradualidad, como dice la misma. Así, se insiste en el artículo 33, al señalar que las "normas ambientales que se emitan serán aplicadas por la autoridad competente, en forma gradual y escalonada, preferiblemente en base a procesos de autorregulación y cumplimiento voluntario por parte de las empresas, y de conformidad con el reglamento respectivo".

Otra norma que contempla una cláusula de progresividad es el artículo 38, en el que se dice que en la "determinación de los nuevos niveles de calidad, se aplicará el principio de gradualidad, permitiendo ajustes progresivos a dichos niveles". La norma, como se aprecia, refuerza la idea de que el proceso de revisión y actualización de los instrumentos económicos y de regulación ambiental (que se realiza como mínimo cada cinco años), en cualquier caso será progresivo y no en otras condiciones.

En términos similares, se refiere el artículo 2 (7) del Decreto Ejecutivo 480 de 23 de abril de 2013, en el que se establece como principio de la política nacional de recursos hídricos el principio de gradualidad y flexibilidad. "De acuerdo a este principio, la política debe ser flexible y su implementación



debe darse en forma gradual, avanzando de enfoques sectoriales a enfoques ecosistémicos integrales, acorde con las diversas realidades territoriales". La disposición legal señala que los "planes y programas de gestión del recurso hídricos, representan un proceso que debe desarrollarse en forma paulatina".

En tanto que la flexibilidad en la aplicación del principio de gradualidad supone que "que el avance del plan de implementación pueda incorporar nuevos elementos que surgen de la evolución de las necesidades de la población, sin que ello afecte el cumplimiento cabal de los deberes y derechos de los usuarios".

Por otro lado, en el marco de las responsabilidades convenidas con la firma de ciertos Tratados de Libre Comercio, podemos identificar la referencia expresa a este principio ambiental. De ese tenor son el artículo 17.02 (b) del Tratado de Libre Comercio de Panamá y Canadá, aprobado mediante Ley 69 de 26 de octubre de 2010, en el que se establece "el compromiso de no derogar leyes ambientales nacionales para estimular el comercio o la inversión".

La Ley 53 de 13 de diciembre de 2007, que aprueba el Tratado de Promoción Comercial entre la República de Panamá y los Estados Unidos de América, por su parte consagra en el artículo 17.3 numeral 2 que:

"Las Partes reconocen que es inapropiado promover el comercio o la inversión mediante el debilitamiento o la reducción de las protecciones contempladas en sus respectivas legislaciones ambientales. En consecuencia, una Parte no dejará sin efecto o derogará, ni ofrecerá dejar sin efecto o derogar, dicha legislación de manera que debilite o reduzca la protección otorgada por aquella legislación de manera que afecte el comercio o la inversión entre las Partes".

En tanto que, la Ley 4 de 7 de abril de 2014, por la cual se aprueba el Tratado de Libre Comercio entre los Estados AELC (Islandia, Noruega, Liechtenstein y Suiza) y los Estados Centroamericanos, de forma mucho más abarcadora, contempla en su artículo 9.4 lo que denomina como "principio de mantenimiento de los niveles de protección", el cual supone que: "(a) las Partes reconocen que es inapropiado debilitar o reducir los niveles de protección contemplados en sus leyes, regulaciones y estándares medioambientales y laborales, con la única intención de promover la inversión de otra Parte, o de buscar o mejorar una ventaja competitiva

de comercio para productores o proveedores de servicios que estén operando en su territorio"; y que "(b) una parte no dejará ni derogará, ni ofrecerá dejar sin efecto o derogar sus leyes, regulaciones y estándares medioambientales y laborales, con el fin de promover la inversión de otra Parte, o de buscar o mejorar una ventaja competitiva de comercio para productores o proveedores de servicios que estén operando en su territorio".

III. EL APORTE DE LA JURISPRUDENCIA EN LA CONSTRUCCIÓN DEL PRINCIPIO DE NO REGRESIÓN AMBIENTAL EN PANAMÁ

En la doctrina de la Corte Suprema de Justicia se advierte una importante referencia al principio de no regresión ambiental en la señalada Sentencia de 23 de diciembre de 2013. Antes de este fallo, la Corte hizo alguna alusión a la no regresividad en Sentencia de 1 de diciembre de 2009. Ésta última, si bien no trata materia ambiental, conviene atenderla pues en ella se precisó la relación del principio de progresividad con su complemento o derivación el principio de no regresión antes que se introdujera como criterio de tutela ambiental.

En concreto, solo interesa destacar que a través del pronunciamiento de 1 de diciembre de 2009 la Corte reconoció que la cláusula de progresividad en materia de derechos humanos "exige que los Estados tomen "medidas legislativas o de cualquier otro carácter" para avanzar en el logro de dicha efectividad, o por lo menos para evitar retrocesos en esta materia". Así, bajo el planteamiento de la Corte la "exigencia del requisito de las certificaciones de eficacia terapéutica comprobada, de equivalencia terapéutica y de la calidad de medicamento intercambiable, en las adquisiciones de medicamentos genéricos por parte de instituciones públicas de salud", constituye "una medida de desarrollo progresivo del derecho a la salud de la colectividad". En tanto que, en contraposición, "la no exigencia del referido requisito en la adquisición del Interferón Beta 1B, 250 MCG, invectable [...] pese a tratarse de la adquisición de un medicamento para el tratamiento de una condición grave o crítica como lo es la esclerosis múltiple", supone "una medida regresiva no justificada que signific[a] un retroceso en el logro de la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales".

1. El Caso del Humedal Bahía de Panamá

Ya en el ámbito ambiental, la precitada Sentencia de 23 de diciembre de 2013, como se adelantó, aplica por primera vez el principio de no regresión bajo la consideración de que



la pretensión de exclusión del Humedal Bahía de Panamá, del régimen jurídico de protección y conservación de áreas protegidas, es contraria al régimen jurídico de áreas protegidas y desconoce los compromisos adquiridos por el país con respecto a la Convención Ramsar.

Como aspecto preliminar, cabe señalar que la demanda que resolviera la Corte a través del fallo que mantuvo la categoría de área protegida del humedal, no es la única que fue presentada antes las instancias jurisdiccionales. La defensa de la protección de este humedal ha sido una de las más enérgicas que se han escenificados en el país en los últimos años²¹, de ahí la alta demandabilidad que se generó con el fin de evitar las actuaciones de distintas entidades públicas que buscaban, contrario a la tendencia actual "que concibe el humedal como un elemento imprescindible para la pervivencia de la variedad biológica"²², allanar el camino al desarrollo de proyectos inmobiliarios y al relleno sobre manglares ubicados dentro del área protegida en la zona costera al Este de la ciudad de Panamá.

Una breve reseña de las acciones legales y constitucionales promovidas, refleja que la Corte resolvió, primero, la demanda que pretendía la anulación en sede contencioso-administrativa de la resolución que creaba el área protegida Humedal Bahía de Panamá. Ésta se falló mediante la precitada Sentencia de 23 de diciembre de 2013 que mantuvo la legalidad del mismo, lo que dio lugar, además, que perdiera efecto pronunciarse sobre otras dos acciones judiciales que fueron instauradas en contra del mismo acto administrativo.

Por otro lado, también fueron impugnados los actos de la Autoridad de los Recursos Acuáticos que variaban y disminuían las tasas, impuestos y multas por tala de manglar. Estos actos fueron suspendidos por la Sala Tercera de la Corte mediante Autos de 3 de diciembre de 2015 y 18 de enero de 2015. En tanto que, otras acciones fueron propuestas en atención a que el Órgano Ejecutivo, posterior al fallo de 23 de diciembre de 2013 y al final del período de la administración 2009-2014, propuso a la Asamblea

Nacional en esa última legislatura, un proyecto de ley que si bien reforzaba el área protegida al elevar su protección a la ley, lo cierto es que disminuía de forma sustancial los límites antes definidos en la Resolución N° AG-0072-2009. Esta actuación generó en lo menos dos acciones de amparo de garantías constitucionales que fueron atendidas por el Pleno de la Corte, al admitir y suspender sus efectos.²³

Al margen de lo anterior, lo que nos interesa resaltar ahora es sobre las consideraciones emitidas por la Corte en el fallo que sienta las bases de la no regresión ambiental en este medio jurídico.

En ese supuesto, la Corte panameña estableció en fallo de 23 de diciembre de 2013 que la anulación (en este caso en vía jurisdiccional) de un acto administrativo de interés general o público de carácter ambiental, a menos que sea por un interés superior a estos, acarrea una regresión en el desarrollo de las medidas de protección del medio ambiente.

Para la Sala Tercera "el establecimiento de un área protegida trae de suyo un interés general y público, dado que su importancia va ligada a la protección de todo un ecosistema; en este caso, especialmente integrado "como hábitat de aves acuáticas que comprenden extensiones de marismas, pantanos y turberas o superficies cubiertas de agua, sean éstos de régimen natural o artificial, permanentes o temporales, estancadas o aguas marinas, cuya profundidad de mareas bajas no exceda de 6 metros".

De ahí pues, que el fallo sostenga que la declaración de área protegida del Humedal Bahía de Panamá y su inclusión como sitio RAMSAR, "no hace más que reconocer la importancia socio-ambiental de tal superficie, así como la necesidad de salvaguardar los procesos biológicos que allí se desarrollan". Por consiguiente, la Corte señaló "que si se contempla[...] la anulación del acto administrativo en cuestión, se estaría en clara contradicción con los fines, principios y lineamientos que protege la legislación ambiental panameña". Es decir, que "se daría paso a una regresión en materia ambiental. Regresión que resultaría de excluirse el Humedal Bahía de

²¹ El área protegida comprende una superficie total de 856.52 km2 + 0.045 m2; de los cuales, 396.91 km2 + 0.570 m2 son terrestres, y 459.60 km2 + 9.474 m2 son parte marina. Este área tiene una superficie de 489.19 km2. Es el sitio Ramsar número 1319 de la Lista de Humedales de Importancia Internacional. Es una de las áreas más importantes para aves playeras migratorias en las Américas. "El conteo total más alto de un solo día fue de más de 362,952 aves playeras en octubre de 1997 (Watts et al., 1998). El 90% de las aves playeras de entremareas que pasan el invierno en Panamá, lo hacen en una zona de 30 km, que va desde Juan Díaz hasta un poco antes de la desembocadura del río Bayano. Ha sido el primer sitio de Centroamérica en unirse a la Red Hemisférica de Reservas para Aves Playeras (RHRAP) en 2005". Vid. CREHO (2010): pp. 27-32.

²² EMBID IRUJO, A. (1998): p. 82.

²³ Luego de la vorágine legal reseñada, al comienzo de la legislatura de la administración 2014-2019, por fin se aprobó mediante Ley 1 de 2 de febrero de 2014, declarar área protegida al refugio de vida silvestre Sitio Ramsar Humedal Bahía de Panamá (GO. 27717 de 9 de febrero de 2015), lo que impide el desarrollo de proyectos hasta tanto se elabore un plan de gestión de la reserva.



Panamá, del régimen jurídico de protección y conservación de los ecosistemas existentes en la referida área protegida".

La Corte toma como referencia para determinar las posibles consecuencias adveras de no mantenerse la condición de área protegida, el mismo acto administrativo que emitiera la Autoridad Nacional del Ambiente declarando sitio RAMSAR al Humedal Bahía de Panamá. Tal resolución (JD-N° 09-94 de 1994) en su artículo 10 enuncia una serie de acciones que se pretenden evitar con la declaratoria de área protegida, las que a juicio de la Corte podrían darse de no conservarse el régimen de protección especial de dicho área:

Tales actividades, como razonablemente advierte el artículo 10 de la Resolución JD-No 09-94 de 1995, podrían ser: 1.) La remoción, tala, desmonte, relleno, desecación, extracción y cualquier otra actividad que afecte el flujo hidrológico de los manglares; 2.) El hostigamiento, recolección, captura, cacería, transporte y/o comercialización de especímenes de la fauna silvestre; 3.) La introducción de especies exóticas dentro del Humedal Bahía de Panamá; 4.) El depósito de desechos sólidos, orgánicos e inorgánicos, y de aguas residuales; 5.) El vertimiento de sustancias que contaminan las aguas marinas y fluviales, tales como agroquímicos, hidrocarburos, aguas servidas (industriales, riego, agropecuarias y domésticas) y otras, sin el debido tratamiento de dichas sustancias; 6.) La entrada de nuevos ocupantes a los terrenos que conforman el área protegida; 7.) El establecimiento de actividades que atenten contra la integridad y el mantenimiento de las características ecológicas del ecosistema, así como sus bienes y servicios ambientales, y los fines de conservación y uso sostenible del que pretende dicho Humedal Bahía de Panamá; 8.) La roza y quema de rastrojos mayores de 5 años; 9.) El desmonte (expansión de frontera agrícola), dentro del área; 10.) La pesca, más allá de artesanal o de subsistencia; entre otras que puedan causar daños al Humedal v a sus ecosistemas asociados o interferir con las acciones de manejo del área protegida.

En definitiva, en su razonamiento la Corte estimó que si se desamparaba el humedal, las amenazas que se intentaban evitar podrían realizarse, dándose así un claro retroceso en la protección ambiental. Más en concreto que: [...] si se deslegitiman los mínimos de protección alcanzados a través de la Resolución N° AG-0072-2009, se dejaría sin resguardo jurídico-ambiental el denominado Humedal Bahía de Panamá, poniéndose en estado de vulnerabilidad el ya frágil ecosistema, y los procesos ecológicos de dicha área.

Dicho de otro modo, la desprotección de la superficie marino-costera establecida dentro del área protegida, expondría al humedal y su zona de amortiguamiento, a actividades incompatibles con la política de protección y conservación de los recursos naturales y culturales que se establece en la legislación vigente, y en el Plan de Manejo del área protegida, que exigen la garantía y mantenimiento de las características ecológicas de los ecosistemas de humedales del área (aspecto que advierte el artículo 8 del acto acusado en concordancia con los establecido en la Convención RAMSAR y la Conferencia de las Partes que establece el Marco de Referencia para la Aplicación de la Convención de RAMSAR).

[...]

Así las cosas, esta Sala después de la ponderación cuidadosa de las normas alegadas y las circunstancias que giran en torno a los efectos jurídicos de la declaratoria del área protegida Humedal Bahía de Panamá, arriba a la conclusión de que el acto demandado, no infringe las normas aducidas así como tampoco afecta el ordenamiento jurídico en general; el cual, vale la pena insistir, en el peor de los casos, sí se vería lesionado con la adopción de una medida legal, administrativa o judicial, que retrotraiga los efectos de protección hasta ahora conseguidos a través de la Resolución N° AG-0072-2009.

2. Otros pronunciamientos relacionados

En algunos otros precedentes se hace implícita referencia al principio de no regresión. En esa línea, se encuentran los Autos de 26 de mayo de 2014 y 5 de junio de 2014 a través de los cuales el Pleno de la Corte Suprema de Justicia hace referencia indirecta a la prohibición de regresividad al admitir y suspender los efectos de una orden del Órgano Ejecutivo que autorizaba al titular del Ministerio de Economía y Finanzas a proponer ante la Asamblea Nacional un proyecto de ley que de acuerdo con la Corte disminuía



los límites del área protegida Humedal Bahía de Panamá. En efecto, la referencia indirecta a la no regresividad sirvió de fundamento para que una vez admitida la demanda, se surtiera la suspensión de la orden (art. 2621 del Código Judicial), previniéndose así, de forma preliminar que se propusiera y diera debate a un proyecto que tenía por pretensión reducir el territorio del área protegida, en contraposición a los compromisos internacionales suscritos por el país con relación a la Convención Ramsar.

En términos similares, la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo en Auto de 8 de enero de 2015 decidió también suspender provisionalmente los efectos de una resolución administrativa en la que se variaban y disminuían las tasas, impuestos y multas por tala de manglar. A juicio de la Corte la acción cautelar era procedente en virtud de los efectos regresivos que preliminarmente se advertían sobre el ordenamiento jurídico ambiental.

IV. CONCLUSIONES

Como queda visto, la consideración judicial en torno a la prohibición de regresividad ambiental debe su fundamentación al principio de desarrollo progresivo previsto en el Derecho internacional de los derechos humanos con respecto a los derechos de carácter positivo. La introducción del principio de no regresión ambiental en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia panameña, es apenas un primer paso hacia su desarrollo y perfeccionamiento. De momento son escasos los pronunciamientos en este sentido, siendo la referida Sentencia de 23 de diciembre de 2013 la más importante en esa dirección. Sin embargo, puede decirse desde ya que la incorporación del principio de no regresión ambiental como parámetro de legalidad incide en lo menos en tres aspectos a tener en cuenta: 1) como canon de interpretación para el juzgador a la hora de resolver causas en las que se controviertan intereses y derechos fundamentales asociados con la tutela del medio ambiente; 2) en cuanto supone una directriz a las autoridades públicas que advierte sobre la necesidad de actuar conforme a planes de desarrollo ambiental progresivos y por tanto no injustificadamente regresivos; y 3) en cuanto opera como herramienta de argumentación para los recurrentes al momento de preparar acciones legales pro natura.

V. BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, V., y COURTIS, C. (2004): Los derechos sociales como derechos exigibles, Trotta, Madrid.

ALBURQUERQUE, C. (2013): Informe de la relatora especial del derecho humano al agua potable y el saneamiento, Consejo de Derechos Humanos, 24ª período de sesiones, A/HRC/24/44 de 11 de julio.

AMAYA ARIAS, Á. (2015): El principio de no regresión en el Derecho Ambiental, Justel: Madrid.

ARANGO, R. (2006): "La prohibición de retroceso en Colombia", en COURTIS, C. (comp.), Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales, CEDAL, Buenos Aires, 2006.

CREHO (2010): Inventario de los humedales continentales y costeros de Panamá, Autoridad Nacional del Ambiente, Panamá.

EMBID IRUJO, A. (2011): "El derecho público de la crisis económica", en BLASCO ESTEVE, A. (coord.), Actas del VI congreso de la asociación española de profesores de derecho administrativo, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid.

EMBID IRUJO, A. (1998): "La evolución del derecho de aguas y las características de la actual problemática del agua", en EMBID IRUJO, A. (dir.), El nuevo derecho de aguas: obras hidráulicas y su financiación, Civitas, Madrid.

KNOX, J. (2013): Informe del experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, Consejo de Derechos Humanos, 25 período de sesiones, A/HRC/25/53 de 30 de diciembre.

LÓPEZ RAMÓN, F. (2011): "El principio de no regresión en la desclasificación de los espacios naturales protegidos en el derecho español", en: Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, No. 10, pp. 13-27.

LÓPEZ RAMÓN, F. (2011): "Introducción general: regresiones del derecho ambiental", en LÓPEZ RAMÓN, F. (dir.), Observatorio de políticas ambientales 2011, Aranzadi, Thomas-Reuters, Navarra.



MITRE GUERRA, E. (2012): El derecho al agua. Naturaleza jurídica y protección legal en los ámbitos nacionales e internacional, Iustel, Madrid.

NU, CEPAL, División de Desarrollo Sostenible y Asentamientos (2012): La sostenibilidad del desarrollo a 20 años de la cumbre para la tierra. Avances, brechas y lineamientos estratégicos para América Latina y el Caribe, CEPAL, Santiago.

PEÑA CHACÓN, M. (2014), "Límites, restricciones y excepciones del principio de prohibición de regresividad ambiental", en Revista Electrónica de Derecho Ambiental, No. 26-27, noviembre.

PEÑA CHACÓN, M. (2013): "El principio de no regresión ambiental en la legislación y jurisprudencia costarricense", en PEÑA CHACÓN, M. (dir.), El principio de no regresión ambiental en el derecho latinoamericano comparado, PNUD, San José.

PRIEUR, M., MONÉDIAIRE, G., et al (2012): "El principio de no regresión en Río+20", en Revista de Derecho Ambiental, No. 32, octubre-diciembre, pp. 39-51.

PRIEUR, M. (2010): "El nuevo «principio de no regresión en derecho ambiental»", en Acto de Investidura del Grado de Doctor Honoris Causa, Prensas Universitarias, Zaragoza.



GOBIERNO ABIERTO EN PANAMÁ Y SUS CARACTERÍSTICAS DISTRITALES - MUNICIPALES

Por: Dra. Ernestina Torres Cedeño



Licenciada en Administración de Empresas por la Universidad de Panamá. Posee un Doctorado en Ciencias de la Educación. Ha ejercido la docencia en diferentes universidades de la localidad como investigadora, formadora de formadores y evaluadora del desempeño docente.

Ha colaborado como coordinadora académica en el área de Gestión Pública, desarrollando seminrarios, cursos y diplomados presenciales y virtuales. Ha escrito libros sobre educación

superior y liderazgo en las organizaciones. Actualmente es la Sub Directora del Centro de Capacitación de la Procuraduría de la Administración (CECPA).

1. INTRODUCCIÓN

En un país con muchas riquezas naturales, humanas y profesionales, abordamos este tema que rompe esquemas rígidos en el sector público. En una primera parte, estudiamos el marco institucional y legal que tienen los gobiernos locales desde sus construcciones sui géneris. En Panamá, a partir de la Constitución Política adoptada en 1972 y la Ley 106 de 1973, Orgánica de los Municipios, se introducen cambios sustanciales en el Régimen Municipal, señalando nuevos alcances de las funciones, no solo como organización política para prestar servicios públicos, sino también, como empresa de producción de la comunidad; consagrando nuevas fuentes de ingreso, sobre la actividades particulares de cada Municipio que puede ir desde el degüello de ganado, la extracción de recursos minerales, la tala y explotación de bosques, como fuente de ingresos tributarios para fortalecer el tesoro municipal. Hoy día se habla de nuevas potencialidades que le da autonomía a cada Municipio del país a través del Proyecto de Descentralización que se considera política de Estado.

En una segunda parte, trataremos el concepto y alcance de la Provincia, Distrito, Municipio. El municipio panameño como forma de organización política y administrativa, ha tenido transformaciones recientes mediante reforma legal, como se establece en la Ley N°37 de 29 de junio de 2009,

que descentraliza la administración pública, y desarrolla en el Título VIII de la Constitución Política, un proceso de descentralización sistemática de la administración pública de los municipios para el logro del desarrollo sostenible e integral del país, mediante la delegación y el traslado de competencias administrativas, económicas, políticas y sociales del Órgano Ejecutivo, en forma gradual, progresiva y ordenada.

El nuevo gobierno, que asume el poder el 1 de julio de 2014, adopta una posición muy firme con respecto a la Ley de Descentralización, donde los actores son 78 alcaldes y 648 representantes de corregimientos del país1 quienes podrán responder ante las necesidades de sus áreas, de acuerdo con la Presidencia de Panamá, pues lo mínimo que recibirán será 500.000 dólares anuales, de los cuales el 90 % tiene que destinarse a proyectos. El traslado de competencias y la transferencia de recursos de la administración central a los gobiernos municipales requieren de un estudio y examen responsable para evitar el fracaso de este proceso político, administrativo y financiero. De igual manera, la organización municipal y la capacitación a las autoridades locales, es esencial para enfrentar los retos y desafíos del nuevo modelo de gestión pública. Estas consideraciones, conlleva al actual gobierno, suspender mediante la Ley N° 77 de 7 de noviembre de 2009, la vigencia de la Ley que descentraliza la administración pública en Panamá hasta el 30 de junio de 2014.

A pesar de esta realidad, el municipio panameño, al igual que en otros países de la región, el sistema jurídico que han aprobado, les ha permitido adaptar esta figura, dándole caracteres particulares.

En este sentido, nuestra legislación presenta varias posturas, que explica la naturaleza de estas organizaciones políticas y le da a través de la autonomía, poder para gestionar proyectos sociales que son demandados por la comunidad. Estas potestades son:

¹La Estrella de Panamá. Entró hoy en Panamá, la Ley de Descentralización. Panamá, 1 de enero de 2016.



- a. El municipio como base de la organización política administrativa del Estado y de la división territorial tiene responsabilidades administrativas-jurídicas.
- b. El municipio con gobierno propio adquiere potestad para manejar con autonomía sus recursos a través de la descentralización que entra en vigor el 1 de enero de 2016.
- c. El municipio, como poder público con competencia propia.
- d. El municipio con autonomía administrativa, toma de decisiones y debe estar presto a la auditoría social.

En una tercera parte, abordaremos el tema de Gobierno Abierto que caracteriza el ámbito territorial entre todos los que gobiernan, los gobernados, su territorio, sus acciones en un tiempo histórico, sus normas y capacidades para generar resultados a las demandas sociales siguiendo una metodología lógica de estudio - inversión - ejecución - control y resultados.

En una cuarta parte veremos una Jurisdicción Municipal y su capacidad como empresa, generador de consenso, promotor de acciones estratégicas, gestor de calidad y una unidad gubernamental representativa en cada Distrito como competidor.

Dentro de una metodología de planificación ventilamos los logros, riesgos y retos en cada Autoridad denominada Alcalde, Representante, Corregidor, residente y territorio.

2. CONCEPTOS GENERALES

2.1. Génesis del concepto municipio

El municipio es una voz latina derivada de dos locuciones: *munus*, que quiere decir, carga u oficio y también función u obligación de hacer algo; y el verbo *capere*, que quiere decir tomar, hacerse cargo de algo, asumir ciertas cosas. La conjugación de estos dos vocablos, dio origen al *municipium*, con el que se identificaba "a las ciudades en las que los ciudadanos tomaban para así las cargas, tanto personales como patrimoniales, necesarias para atender lo relativo a los asuntos y servicios locales de las comunidades".

2.1.1 Concepto y alcance del municipio

Sobre la base de lo anterior, es conveniente precisar algunas definiciones: para el tratadista Alberto Elquera, el municipio es jurídicamente una persona de Derecho Público, constituida por una comunidad humana, asentada en un territorio determinado , que administra sus propios y peculiares intereses y que depende siempre en mayor o menor grado, de una entidad pública superior, el Estado Provincial o Nacional.²

Otto Gonnenwein, sostiene que el municipio "es una agrupación con carácter de corporación de derecho público y, como tal, participa en la administración pública. El Estado le otorga facultades que lo autorizan y, a veces, le obligan también a realizar tareas de la comunidad local, con independencia y bajo su propia responsabilidad, adoptando la forma de poder coactivo".³

En un enfoque interno, el estudioso Reynaldo Robles, al definir al municipio mexicano, señala que, éste es una persona jurídica, integrada por una asociación de vecindad, asentada en una circunscripción territorial, que es la base de la división política, administrativa y territorial; constituye un nivel de gobierno con capacidad jurídica, política y económica, para alcanzar sus fines y autogobernarse, con sujeción a un orden jurídico superior.

De lo anterior, puede deducirse, que el municipio es la organización de una comunidad local asentada en un territorio delimitado, que cuenta con un gobierno y tiene facultades para gestionar con autonomía, los intereses propios de esa comunidad.

Como datos históricos, es preciso expresar que el municipio de Panamá, al igual que en otros países de América Latina, tiene su fundamento en el cabildo español que construía una forma de concejo local con gobierno autónomo.

El primer cabildo abierto en el istmo de Panamá, fue convocado por Vasco Núñez de Balboa, en Santa María La Antigua del Darién, primera ciudad fundada en el istmo de Panamá, con el propósito de disputarle a la corona española, el derecho a otorgarle el título a Nicuesa, para tomar posesión de las tierras descubiertas y colonizadas en el nuevo mundo.

² Universidad de San Carlos de Guatemala. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Alberto Elquera. Necesidad de Regular las Contribuciones por mejoras municipales. Guatemala, 2011. Pág. 8.

³Otto Gönnenwein. (1967), citado por FERNÁNDEZ RUÍZ, Jorge. Servicios públicos municipales, INAP, México, 2002, p. 85.



Al igual que en América Latina, en donde el municipio ha jugado un factor importante en la emancipación de los pueblos, en Panamá fue el cabildo abierto, convocado por los próceres, el que declaró la independencia de nuestro país.

Conviene recordar, que el 10 de noviembre de 1821, el Alcalde y Presidente del municipio de La Villa de Los Santos, convocó a sus miembros, quienes en conjunto, firmaron el acta de independencia del gobierno español, experiencia ésta seguida, después de intensas deliberaciones por el municipio de Panamá.

En 1903, el Consejo Municipal de Panamá en sesión extraordinaria celebrada el 3 de noviembre de ese mismo año, aceptó y sostuvo la separación del istmo, proclamada en esa misma fecha, por un grupo de notables integrado por Rafael Aizpurú, Ricardo M. Arango, Agustín Arias, Fabio Arosemena, Demetrio Brid, José María Chiari, Manuel Cucalón, Alcides Domínguez, Samuel Lewis, Enrique Linares, Oscar Mackay, Manuel María Méndez y Darío Vallarino.

El 4 de noviembre de 1904, el Consejo Municipal de Panamá dicta una resolución en la que se declaraba en forma solemne que los pueblos de su jurisdicción se separan, desde esa fecha, de Colombia, para formar parte con las demás poblaciones del Departamento, el Estado de Panamá, con miras a construir una República, con gobierno independiente, responsable, democrático y representativo. Estos hechos históricos constituyen esa potestad de que gozan los municipios como ente de derecho público de tutelar los intereses de las comunidades.

Sin definirlo con precisión, la Constitución Política de la República de Panamá, señala en el artículo 229, que el "municipio es una organización política autónoma de la comunidad establecida en un distrito, y que ésta organización municipal será democrática y responderá al carácter esencialmente administrativo del gobierno local".

Uno de los avances que se obtiene con la reforma constitucional que entró en vigor en el año 2004, es que se reconoce al municipio como una entidad fundamental de la división política administrativa del Estado, con gobierno propio, democrático y autónomo, que le corresponde prestar los servicios públicos y construir las obras públicas que determine la ley, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación ciudadana, así como el mejoramiento social y cultural de sus habitantes.

El municipio es una instancia que tiene la función de promover el desarrollo de las comunidades para satisfacer los intereses comunes, prestar los servicios públicos enmarcados en sus competencias, fomentar el desarrollo económico local, construir infraestructuras u obras públicas, ordenar el territorio del distrito, promover la participación de sus ciudadanos en la toma de decisiones en la gestión pública local y regular la vida jurídica de sus habitantes.

2.2.2. Elementos del municipio

La Constitución Politica, contiene todos los elementos esenciales del municipio; a saber: población, o sea, una comunidad integrada por un grupo considerable de seres humanos; territorio, esto es, un área definida como distrito sobre la superficie de la tierra en la cual se asienta la población; gobierno, es decir, una organización política a través de la cual, la voluntad o la Ley es expresada y administrada; y autonomía, considerada en la potestad jurídica de administrar y disponer de sus propios bienes.

La falta de uno de estos elementos desnaturaliza al Municipio. Todos ellos deben existir de forma integral, porque el Municipio no solo se conforma con el territorio, ni la población, ni el gobierno, sino de la conjugación de todos los elementos al mismo tiempo, y posee además, una unidad e independencia legal que lo hace una entidad política autónoma.

2.2.2.1. La población es el elemento humano del municipio.

Es necesario que en el territorio de un municipio haya habitantes, pero unos pocos, no basta para formar un municipio. Se requiere cierto número y que estén integrados en una forma especial, al conjunto social que denominamos municipio. El municipio requiere para su existencia, cierta cantidad de población, ésta puede ser poco o muy numerosa, pero es necesario que cuente con el número mínimo que establece la Ley, es decir, 6,000 habitantes que permita la diferenciación entre asuntos públicos y privados, entre los que administran el municipio y los ciudadanos beneficiados.

Según la Contraloría General de la República en el Censo de Población del año 2002, el índice de población de varios municipios de nuestro país varió así, municipios con gran número de población, como Panamá, San Miguelito, Arraiján, La Chorrera, David y Colón, a municipios de tan



poca población, muy por debajo de lo que exige la Ley, como Taboga, Remedios, Santa Isabel, Sambú y Balboa, son solo por mencionar algunos de su gran mayoría. (Ver gráfica)

Cuadro 1
Población total por distrito al 1° de julio de 2005
Municipios con gran número de población

Provincia – Distrito	Población estimada		
Provincia: PANAMÁ	1,493,036		
Distritos :			
Panamá	813,097		
San Miguelito	339,039		
Arraiján	189,781		
La Chorrera	146,720		
Provincia: COLÓN			
Distrito Colón	198,551		
Provincia: CHIRIQUÍ			
Distrito David	138,241		

Fuente: Contraloria General de la República, INEC.

Cuadro 2
Población total por distrito al 1° de julio de 2005
Municipios con poca población

Provincia - Distrito		Población estimada		
Provincia:	PANAMÁ			
Distritos :	Taboga	1,676		
	Balboa	2,722		
Provincia:	COLÓN			
Distrito :	Santa Isabel	3,702		
Provincia:	CHIRIQUÍ			
Distrito:	Remedios	3,625		

Fuente: Contraloria General de la República, INEC.

Cuadro 3
Algunas características de la división política administrativa en la República de Panamá, según provincia, comarca indígena y distrito: año 2014

Provincia y distrito	Cabecera de provincia y distrito	Año de creación	N° de corregimiento	N° de lugares poblados	Población estimada 1/7/2014
PANAMA	PANAMÁ	1719	54	598	1,489,925
Balboa	San Miguel	1864	6	26	3,104
Chepo	Chepo	1855	8	347	54,184
Chimán	Chimán	1886	5	61	3,519
Panamá	Ciudad	1519	23	151	1,076,913
San Miguelito	San Miguelito	1970	9	9	350, 949
Taboga	Taboga	1855	3	4	1,256
Panamá Oeste	La Chorrera	2013	59	816	540,032
Arraiján	Arraiján	1855	8	95	262,517
Capira	Capira	1855	13	247	43,895
Chame	Chame	1855	11	114	28,652
La Chorrrera	La Chorrera	1855	18	151	182.991
San Carlos	San Carlos	1848	9	209	21,997

Para algunos países, el exceso de población en algunas de sus municipalidades, es el problema más grande que enfrentan, para otros la escasa población es su principal dificultad. En este último caso, están la mayoría de los municipios en Panamá y más aún, si esta escasa población es dispersa; presentando características diferentes; como limitaciones de tipo económico, institucional, acompañada de grandes extensiones territoriales, que conlleva a garantizar un desarrollo económico en ciertas regiones. Esta preocupación incentiva en buscar la forma de encontrar criterios que permitan entregar elementos para la reflexión, respecto de las oportunidades que podamos desarrollar y proveer al desarrollo de municipios de escasa población.

Si comparamos las cifras de la Contraloría General de la República de Panamá en el cuadro siguiente la población estimada, nos podemos dar cuenta como aumenta la población, sutilmente por Chepo y Chimán. Habría que ver si así mismo, está el desarrollo humano y el crecimiento económico en las Provincias de Panamá y Panamá Oeste.

2.2.2.2. El territorio es el elemento físico del municipio

El municipio requiere de un territorio delimitado en que tenga competencia y responsabilidad social. En este sentido podemos clasificar a los municipios en cuanto a la naturaleza de sus territorios. Hablamos así de municipios marítimos, o sea, con acceso al mar; municipios mediterráneos o territoriales, sin acceso a éste, y municipios insulares, esto es, rodeados por mar.

Podemos mencionar también, municipios de territorio compacto, cuando su suelo, por diferentes causas, no permite solución alguna de continuidad, y de municipios de territorio fraccionado, cuando su jurisdicción territorial no se extiende de manera continua sino que se encuentra geográficamente separado por mar o por territorios de otras divisiones políticas administrativas o áreas territoriales sujetas a la administración y jurisdicción de entidades del gobierno central.

A diferencia del territorio del Estado, que comprende no solo la superficie de su suelo, sino también, su subsuelo, el espacio atmosférico, que cubre su suelo, las extensiones marítimas y fluviales: mar territorial, ríos que cubren su suelo, puertos, bahías, radas y la plataforma continental submarina; el territorio del municipio, sólo comprende la superficie de su suelo, que se extiende al respectivo distrito.



2.2.2.3. El Gobierno Local o Municipal como autoridad o poder público

El municipio es una estructura de poder, que organiza la cooperación de los miembros de su comunidad, y por lo tanto, es necesario, que cuente con un aparato que se encargue de tomar las decisiones colectivas, orientar la acción social y satisfacer los fines para lo cual está creado; ese aparato es el gobierno local o municipal integrado por un conjunto de órganos o instancias, emanados de procesos de elección democrática, facultados por la Ley. Si se hace un estudio de la ubicación territorial de los municipios en un Distrito, por qué no hablar de mancomunidades: organizaciones que llevan una misma visión, con características comunes, poblaciones heterogéneas en religiones, culturas, *modus vivendis* y quizás con otros mecanismos de supervivencia.

El gobierno local se ejerce, de forma coordinada por las instancias u órganos de poder. El Alcalde del Distrito, quien representa el ejecutivo municipal y demás servidores públicos del municipio; con funciones inherentes a la gestión municipal y dentro de la jerarquía administrativa, en su función policiva para administrar la justicia local.

El Consejo Municipal, con facultades deliberativas para regular su vida jurídica del municipio, con competencias para formular la política de desarrollo del distrito y de los corregimientos, crear empresas municipales o mixtas para la explotación de bienes y servicios, empresas de utilidad pública, deslindar las tierras que forman parte de los ejidos del municipio y del corregimiento con la cooperación de la Junta Comunal respectiva.

2.2.2.4. La Autonomía municipal elemento esencial del municipio.

La Real Academia de la Lengua Española, define la autonomía, como la potestad que dentro del Estado pueden gozar municipios, provincias, regiones u otras entidades de él, para regir intereses peculiares de su vida interior, mediante normas y órganos de gobierno propio.

La autonomía es uno de los conceptos más importantes para explicar el funcionamiento del municipio. Es la capacidad para autogobernarse mediante la elección directa de los titulares de los órganos que representan al municipio, o los mecanismos de democracia directa establecidos en las leyes, asociada a la libre administración de la hacienda, la gestión

de los intereses de su población, la expedición de normas que rigen la vida local y la definición de los fines colectivos, sin subordinarse a directrices del Estado.

El carácter de autonomía en los municipios, se encuentra reconocido por la Constitución Política de la República y se refiere a la organización política autónoma de la comunidad, establecida en cada jurisdicción distrital, inmersa dentro del territorio del Estado. Crea una barrera jurídica y política que se opone a los poderes del Estado e impide que excedan sus intervenciones absolutas en el ámbito local.

La autonomía se presenta en tres fases: política, administrativa y financiera. La autonomía política es la capacidad para elegir democráticamente a las autoridades locales, que por mandato de la constitución y la Ley, se le atribuye este derecho, y dotarse, por consecuencia, de gobierno propio.

La autonomía administrativa es la capacidad de gestionar los asuntos locales mediante el ejercicio directo de sus funciones, la prestación de servicios públicos y la definición de la organización interna.

La autonomía financiera y económica es la facultad del municipio de proveer sus propios recursos para atender los servicios públicos que debe prestar. La capacidad económica de los municipios depende de la formas de financiamiento y sobre todo del ejercicio de la facultad impositiva o tributaria para crear y cobrar impuestos, tasas, derechos y contribuciones municipales.⁴

La legislación municipal faculta a los municipios crear mediante acuerdo municipal, los cargos municipales, con funciones que serán determinadas por el Consejo Municipal.

Estas corporaciones tienen además, la facultad de establecer y regular cualquier servicio público que de conformidad con la Constitución y la Ley, no esté reservado a otras entidades públicas o a instituciones autónomas o semiautónomas del Estado.

De acuerdo con la jurisprudencia panameña, son elementos constitutivos del municipio, los siguientes:

Territorio: Hace referencia al factor geográfico, a través del cual se extiende la jurisdicción del municipio. En nuestro país recibe el nombre de Distrito. La creación de ésta división política corresponde a la Asamblea Legislativa, según lo

⁴ QUINTERO, César. Principios de ciencias politicas, Editorial Manfer, San José, Costa Rica, 1991, p. 67.



preceptuado en el artículo 5° de la Constitución Nacional, siempre y cuando concurran las siguientes circunstancias:

- a. Que tengan seis mil habitantes por lo menos;
- Que cada uno de los Distritos de donde se toma el territorio para el nuevo, cuente con una población de doce mil habitantes por lo menos;
- Que el territorio que se va a erigir en Distrito haya un caserío donde residan habitualmente cien familias por lo menos:
- d. Que haya entre los habitantes de la localidad personas capaces de servir los destinos públicos o municipales, o recursos suficientes para dotar los que no puedan servir los vecinos;
- e. Que soliciten la creación del Distrito por lo menos las dos terceras partes de ciudadanos que residan en el territorio que ha de formar la nueva entidad; y
- f. Que tengan locales adecuados para la casa municipal, cárcel, escuela.

Población: Esta constituida por el conjunto de personas que habitan el municipio, pero lo más significativo que caracteriza a sus habitantes son las necesarias relaciones de vecindad.

Gobierno propio: El Gobierno Municipal está conformado por un Alcalde; jefe de la administración municipal y un Concejo deliberante, constituido por Representantes de Corregimientos que en el consejo municipal adoptan el nombre de concejales, sumado a aquellos concejales de números que funcionan en aquellos municipios integrados con menos de cinco corregimientos.

3. EL GOBIERNO ABIERTO

Al hablar de un gobierno abierto procuramos lograr una mayor receptividad y mejor respuesta a las necesidades y prioridades de los ciudadanos en lo refe-rente a la prestación de los servicios de la administración pública, estableciendo los principios y criterios generales que propendan a la mejora de la calidad de los mismos y reafirmando los derechos de los que goza el ciudadano.

Para el constitucionalista César Quintero, en su obra "Principios de Ciencia Política", concibe la Constitución, en su sentido técnico, como un documento jurídico en el que se establece la forma de gobierno de un Estado y en el que se consagra un sistema de derechos y garantías individuales y sociales; los órganos que han de ejercer el poder público,

con sus atribuciones, límites y relaciones.

En este sentido, es necesario dejar expuesto que la Constitución de cada país, es la norma suprema de un Estado. Viene a ser un conjunto de normas jurídicas fundamentales, que reconoce derechos e impone deberes tanto al gobierno como al pueblo.

"Artículo 1. La Nación Panameña está organizada en Estado soberano e independiente, cuya denominación es República de Panamá. Su Gobierno es unitario, republicano, democrático y representativo".⁵

Su forma de Gobierno se refiere al conjunto de principios, instrumentos y normas que organizan el Estado, distribuyen la titularidad del poder público y definen las atribuciones y funciones propias de cada órgano del Estado. El artículo 2 de la Constitución Política de la República de Panamá establece que "El poder público sólo emana del pueblo. Lo ejerce el Estado conforme esta Constitución lo establece, por medio de los Órganos Legislativo, Ejecutivo y Judicial, los cuales actúan limitada y separadamente, pero en armónica colaboración".

3.1. Componentes y lineamientos de la Carta de Compromiso con el Ciudadano:

En el momento que se habla de un compromiso se rige el mismo por parámetros que determinan el servicio público con calidad y miras a atender las necesidades y expectativas del usuario que en este momento priva en como urgente.

Los componentes son los siguientes:

Estándares de calidad de los servicios: constituye uno de los aspectos más importantes del Programa Carta Compromiso desde el inicio, ya que implica la definición de las metas de calidad de los servicios que la organización se compromete a alcanzar. Para su desarrollo, el documento de la Carta se divide en dos subcomponentes: Servicios Esenciales / Servicios en los Puntos de Contacto - "Atención al Público".

Es importante destacar que este componente se refiere tanto a la calidad misma de los productos - servicios esenciales que brindan los organismos, como a la calidad de dicha prestación que tiene en el lugar y en el momento de la interacción entre el ciudadano y la Administración, denominado punto de contacto.

⁵Ciencia Política I. Una aproximación a la noción de Estado, al ideal de gobierno y de ciudadanos políticos. Anotaciones del Prof. Gian Carlos Candanedo Páez. Panamá, 2014.



Comunicación e información: no se remite exclusivamente a brindar la información necesaria para la difusión de los servicios, sino que apunta a la necesidad de generar acciones de comunicación integral con la ciudadanía, que favorece el mejoramiento de la gestión, la transparencia y la democratización.

El desarrollo del componente se sustenta, por lo tanto, en la convicción de que mediante la comunicación con los ciudadanos, la Administración facilita la posibilidad de elección de estos; permite adecuar sus expectativas acerca de los niveles de calidad que pueden esperar de los servicios de acuerdo con los recursos disponibles; incrementa su influencia para lograr mejoras en los servicios; induce a los organismos a cumplir con los objetivos de desempeño; contribuye a restaurar la confianza en el sector público; y fortalece la legitimidad democrática.

Participación ciudadana: es la expresión de la capacidad que tienen los ciudadanos de intervenir, de muy diversas formas y en muy distintos grados, en una amplia serie de asuntos públicos que modelan algunas de las políticas del Estado y en la gestión, evaluación y control de las organizaciones de la Administración Pública que producen los bienes y servicios.

El fortalecimiento de la participación ciudadana propuesto por el Programa Carta Compromiso constituye un instrumento necesario para:

- Aumentar la capacidad de respuesta de la administración a la evolución de la demanda de los ciudadanos (receptividad).
- Mejorar la calidad de los servicios que producen y prestan las organizaciones públicas para dar concreción a las políticas definidas.
- Construir una administración pública más democrática, que rinda cuentas a la ciudadanía de su gestión y resultados; y que sea más transparente, efectiva y responsable, con el incremento de legitimidad que esto comporta para el sector público en particular y para el Estado y la sociedad en general.

Monitoreo: Cada Autoridad, instancia administrativa, fiscalizadora debe monitorear periódicamente las mediciones

de nivel de cumplimiento de los compromisos incluidos en la Carta y realizar una evaluación de los resultados obtenidos, con la finalidad de generar información sustantiva para la toma de decisiones de las autoridades.

Para desarrollar un control y monitoreo de lo planificado es necesario si lo tiene a bien elaborar o regirse por un Tablero de Monitoreo en el puede visualizar en forma clara y rápida:

- 1. La descripción precisa de los estándares de calidad y compromisos incluidos en las Cartas, su nivel de cumplimiento progresivo en el período anual, información complementaria sobre ellos (atributos de calidad que se miden, destinatarios de los servicios, etc.) y una síntesis del procedimiento de verificación de cuya calidad depende la utilidad del monitoreo.
- Los gráficos y Reportes de evolución mensual del nivel de cumplimiento de cada uno de los componentes de la Carta, así como de los estándares que se miden a través de indicadores cuantitativos.⁶

3.2. ¿Por qué es necesario una planificación previa ante un proyecto?

El estudio sistemático de la planificación para un gobierno abierto data del siglo XIX, según las investigaciones de Taylor y Fayol. La planificación es un pensamiento que precede a la acción, considerándola como un proceso de orientación o guía en las otras etapas del ciclo.

En un territorio tan heterogéneo como lo es un municipio es primordial pensar en primera instancia en un proceso de planificación. En concordancia con lo expresado por Manuel Castells señala que la planificación es: "La intervención de lo político sobre las diferentes instancias de una formación social (incluido lo político) y/o sobre sus relaciones, con el fin de asegurar la reproducción ampliada del sistema; regular las contradicciones no antagónicas, asegurando de esta forma, los intereses de la clase social dominante y la reproducción estructural del modo de producción dominante" (Castells, 1974). Esta noción de un proyecto colectivo capaz de implementar las transformaciones necesarias en la realidad que lleven a un futuro deseado" (Buarque, 1999). 8

⁶ Rut Vieytes. Hacia los compromisos de calidad en gobierno abierto: la reformulación del marco conceptual del Programa Carta Compromiso con el Ciudadano. XVIII Congreso del CLAD.

⁷Castells, Manuel (1974), La cuestión urbana, México, D.F., Siglo XXI Editores.

⁸ Buarque, Sergio (1999), Metodología de Planejamento do Desenvolvimento Local e Municipal Sustentável Recife, Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura (IICA).



A nivel de distrito, se reafirma la unidad de Gobierno, con circunscripción territorial propia, al definir en el artículo 232 de la Constitución Política de la República de Panamá que el "Municipio es la organización política autónoma de la comunidad establecida en un Distrito. La Organización será democrática y responderá al carácter esencialmente administrativo del gobierno local".

Se definen los organismos de poderes del Gobierno y de la administración local: El Consejo Municipal, como una corporación integrada por todos los Representantes de Corregimientos que han sido elegidos dentro del distrito, con facultad para regular la vida jurídica por medio de acuerdos municipales, dentro del marco competencial que le confiere la Ley.

El alcalde, jefe de la administración municipal, con funciones constitucionales muy definidas; a saber:

- 1. Presentar proyectos de acuerdos, especialmente el de presupuesto de Rentas y Gastos.
- 2. Ordenar los gastos de la administración local, ajustándose al presupuesto y a los reglamentos de contabilidad.
- Nombrar y remover a los funcionarios públicos municipales cuya designación no corresponda a otra autoridad.
- Promover el progreso de la comunidad municipal y velar por el cumplimiento de los deberes de sus funcionarios públicos.

Las normas administrativas y legales que rigen un proyecto en un territorio se basan en esquemas metodológicos y que a su vez se transforman en fases prioritarias en un gobierno abierto donde los gobernantes no solamente deben participar, sino también los residentes y organizaciones que se establecen en ese determinado territorio deben ser partícipes activos. La reforma a Ley 35 de 2009, señala al municipio la responsabilidad de promover la participación ciudadana, cuyo aspecto ya ha sido catalogado en el ámbito municipal como un componente indispensable para la calidad de la gestión pública. Determina además, la obligación del Ejecutivo de garantizarle al municipio el cumplimiento de sus fines a través del proceso descentralizador, trasladando competencias y transfiriendo recursos hacia los gobiernos municipales; mecanismo éste que por mandato constitucional, que se desarrolla conforme a la ley. La reforma al régimen jurídico municipal ha establecido estos mecanismos orientadores al cumplimiento de los objetivos.

Se expresa claramente la obligación constitucional del Órgano Ejecutivo de garantizar el cumplimiento de estos fines dentro del proceso de descentralización de la competencia y función pública que el Estado panameño promoverá y realizará con base en los principios de autonomía, subsidiaridad, equidad, igualdad, sostenibilidad y eficiencia; considerando la territorialidad, población y necesidades básicas de las municipalidades. Además, del traslado de competencias y la transferencia de los recursos, que por mandato de la Ley se tiene definido.

4. NORMA REGULATORIA DEL RÉGIMEN MUNICIPAL

4.1. Justificación de las reformas al régimen Jurídico municipal

En la última década del siglo pasado y en los primeros años del siglo XXI, se han presentado cambios sustantivos en el contexto social, político y económico mundial a través del proceso de apertura de los mercados económicos. Entre estos cambios tenemos la globalización que ha implicado promover una transformación radical de nuestro marco de referencia que abarque el conjunto de la población, rompa esquemas y trascienda asimismo con las fronteras nacionales de la política, de las representaciones culturales y tradicionales, y de los estilos de vida de la sociedad panameña.

El fortalecimiento de los municipios constituye una de las metas propuestas; pero este objetivo no será posible sin emprender acciones orientadas hacia el aumento de la capacidad de gestión de los gobiernos locales. Fortalecer el gobierno local pasa por un proceso de modernización de la gestión de desarrollo.

4.2. Visión del municipio

Este enfoque requiere de una clara separación entre la política y la administración; es decir, las autoridades locales (Consejo Municipal) se preocupan "del qué hacer" y el aparato administrativo (alcaldía) del "cómo hacer".

4.2.1. Un municipio empresa, prestadora de servicios

Las relación de los ciudadanos – administración no puede seguir circunscribiéndose únicamente cada cinco años en los torneos electorales para elegir a las autoridades locales (Alcaldes, Representantes de Corregimiento y Concejales).



Esta participación estática de los ciudadanos no es suficiente para asentar la legitimidad política de la administración municipal. Para los ciudadanos el Estado y el Municipio no sólo se justifican por el respeto a las leyes y los procedimientos en la toma de decisiones, sino por la efectividad y eficiencia en la prestación de los servicios públicos y solución de los problemas que demanda la comunidad.

La modernización de la administración municipal implica orientarla hacia el ciudadano; se trata de transformar una administración de potestades a una administración prestadora de servicios y de desarrollo, a nivel local.

4.2.2. Constructor de consensos

Debe fundamentarse un doble rol para los municipios, el papel de conductor a través de un proceso sistemático de negociaciones, hacia arriba con el nivel provincial y el gobierno central; hacia los lados con los otros municipios y hacia dentro, con la comunidad local; y el rol de animador expresado en un proceso sistemático de recirculación estructurada de la información y en actividad permanente de carácter catalítico capaz de generar nuevas iniciativas a partir de las voluntades individuales.

4.2.3. Promotor de acciones estratégicas

Incorporando en el ámbito municipal una visión del desarrollo a través de alianzas estratégicas aportadas por la empresa privada y agentes sociales para aumentar la calidad de vida de los ciudadanos.

4.2.4. Gestor de calidad Total

Considerando a los ciudadanos como clientes importantes del gobierno municipal. El objetivo central de cualquier corporación local ha de ser la satisfacción del ciudadano. Los contribuyentes exigen que lo pagan en impuesto debe ser retribuido en servicios de calidad compensado al valor del dinero en concepto de impuestos pagados. La finalidad del enfoque de la calidad total aplicado al ámbito local consiste en que los municipios consulten a los ciudadanos lo que quieren; busca y promueve el mejoramiento de todas las áreas y funciones del municipio que involucra al recurso humano municipal y fija su objetivo final en la satisfacción plena del ciudadano, en las esferas del trabajo, servicio, información, sistema, y en todas sus manifestaciones.

4.3. Competitivo

Lo esencial de la acción del gobierno local no solo consiste en prestar servicios sino en asegurar que los servicios prestados sean de calidad y se ofrezcan a través de algunas herramientas, licitación de servicios administrativos o transferir a terceros actividades propias de la administración, que pueden constituir instrumentos viables para abaratar los costos y mejorar los servicios. En este sentido nuestra Constitución Nacional faculta a los municipios crear empresas municipales o mixtas para la explotación de bienes o servicios.

Las disposiciones sobre aspectos como el uso de suelo, zonificación, equipamiento, relaciones viales, la localización de la infraestructura pública requiere de límites para desarrollo urbano. Estas fases se comprometen a seguir un orden lógico.⁹

CONCLUSIÓN

Si hablamos de un gobierno abierto debemos preservar la evolución histórica del territorio, la preservación cultural, el mapeo de indicadores de movilidad e inserción, mapeos de infraestructura urbana y rural, expectativas de la comunidad, inserción en mancomunidades y consideración de los riesgos al momento de planificar operativamente un Plan o Proyecto Distrital, Municipal por hacerlo más microeconómico. Al realizar una planificación con expectativas y sin considerar lo que puede pasar mañana en contra de esa propuesta, no se convierte en un buen manejo de los recursos del Estado, sino en un gasto que amerita rendición de cuenta ante las instancias administrativas políticas del país. Hagamos de nuestro Panamá un territorio con expectativas alcanzables y participativa con toda la población que aquí habita y cohabita.

BIBLIOGRAFÍA

Buarque, Sergio (1999), Metodología de Planejamento do Desenvolvimento Local e Municipal Sustentável Recife, Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura (IICA).

⁹ CEPAL. ILPES. Carlos Sandoval Escudero. Serie Desarrollo Territorial. Métodos y aplicaciones de la planifica ción regional y local en América Latina. Naciones Unidas, agosto 2014.



Candanedo Páez, Gian Carlos, Profesor. Ciencia Política I. Una aproximación a la noción de Estado, al ideal de gobierno y de ciudadanos políticos. Panamá, 2014. Castells, Manuel (1974), La cuestión urbana, México, D.F., Siglo XXI Editores.

CEPAL. ILPES. Carlos Sandoval Escudero. Serie Desarrollo Territorial. Métodos y aplicaciones de la planificación regional y local en América Latina. Naciones Unidas, agosto 2014.

La Estrella de Panamá. Entró hoy en Panamá, la Ley de Descentralización. Panamá, 1 de enero de 2016.

Rut Vieytes. Hacia los compromisos de calidad en gobierno abierto: la reformulación del marco conceptual del Programa Carta Compromiso con el Ciudadano. XVIII Congreso del CLAD.



MARCO LEGAL DEL ARBITRAJE EN PANAMÁ

Por: Juan Pablo Fábrega



Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas. Egresado de la Universidad Católica Santa María La Antigua. Posee Martes of Law in Private International comparative Law, Southern Methodist University (Dallas, Texas). Miembro de la firma de abogados Fabrega, Molino y Mulino. Perito en derecho comercial y derecho societario panameño en procesos arbitrales y procesos judiciales en Panamá y Estados Unidos.

Experto en rendir opiniones legales en derecho

societario y comecial panameño. Árbitro del Centro de Solución de Conflictos (CESCON). Ha escrito varios libros, publicaciones y artículos sobre las áreas de su ejercicio profesional. Conferencista nacional e internacional.

Antes de la adopción del Decreto Ley No. 5 de 8 de julio de 1999 (en adelante el "Decreto Ley 5"), por el cual se aprobó un marco jurídico especial para el arbitraje, este se regía por reglas contenidas en el Código Judicial, que lo concebía como un proceso adscrito a la jurisdicción ordinaria, regentada por el Órgano Judicial. El mismo estaba fundamentado en el artículo 200 de la Constitución Nacional, según el cual "El Órgano Judicial está constituido por la Corte Suprema de Justicia, los tribunales y los juzgados que la Ley establezca."

El Decreto Ley 5 derogó las disposiciones del Código Judicial sobre arbitraje e introdujo la institución arbitral, regida por un cuerpo normativo moderno, pero subordinada y tutelada por la jurisdicción ordinaria como regente de la administración de justicia al amparo del citado marco constitucional. Ello daba lugar a la interposición de recursos y acciones judiciales contra las actuaciones de los centros administradores de arbitrajes y las decisiones de los tribunales arbitrales, con lo que se le restaba autonomía e independencia a la instancia arbitral.

Mediante Acto Legislativo No. 1 de 2004, por el cual se adoptaron modificaciones a la Constitución Nacional, se introdujo un trascendental cambio a la tradicional conformación de la administración de justicia, al incorporarse a la misma la jurisdicción arbitral. El citado

texto constitucional, ahora identificado como artículo 202, dispone, luego de la referida reforma, que "El Órgano Judicial está constituido por la Corte Suprema de Justicia, los tribunales y los juzgados que la Ley establezca. La administración de justicia también podrá ser ejercida por la jurisdicción arbitral conforme lo determine la ley. Los tribunales arbitrales podrán conocer y decidir por sí mismos acerca de su propia competencia". (El resaltado es nuestro y corresponde a la modificación introducida).

Al institucionalizarse la jurisdicción arbitral como parte de la administración de justicia, se le dio al arbitraje rango constitucional, con lo que adquirió autonomía e independencia frente a la jurisdicción ordinaria, ubicando, así, a ambas, en un plano de igualdad respecto de sus competencias. De esta forma, quedó consignado constitucionalmente que los tribunales ordinarios de justicia carecen de capacidad para decidir sobre la competencia de los tribunales arbitrales al ser una prerrogativa constitucional de estos.¹

Al respecto de la potestad jurisdiccional de los árbitros, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que: "De lo señalado se desprende que el arbitraje es un medio o cauce reconocido para que tanto los particulares como el Estado puedan resolver sus controversias, cuya esencia radica en la identidad de fondo de la función jurisdiccional otorgada a los tribunales, instituida por ley y de modo excepcional a los jueces privados que son los árbitros. Es decir, que el arbitraje constituye un verdadero juicio, cuyo resultado es un laudo con autoridad de cosa juzgada, igual a lo que acontece con las sentencias proferidas por los jueces estatales. Vemos entonces, que el arbitraje es un auténtico proceso en el cual las partes tienen la oportunidad de reclamar sus derechos y en el cual los árbitros se encuentran investidos de carácter jurisdiccional para proferir una decisión que será de obligatorio cumplimiento para las partes".2

De este entorno legal deriva que, si de conformidad con el artículo 228 del Código Judicial, "Jurisdicción es la facultad de administrar justicia" (jurisdicción deriva del latín *jurisdictio*-

¹ Sala Cuarta. Corte Suprema de Justicia; Sentencia de 14 de febrero de 2005; Pleno Corte Suprema de Justicia; Sentencia de 24 de agosto de 2010.

² Sentencia de 22 de junio de 2010.



dictar el derecho), por jurisdicción arbitral debe entenderse la atribución de los árbitros de resolver de manera privativa las controversias que se sometan a arbitraje, "conforme lo determine la ley", como señala la Constitución Nacional, es decir, en lo procesal, en apego a las disposiciones de la Ley de Arbitraje y, en lo sustantivo, observando las normas de derecho que se apliquen al fondo de la controversia. Así lo ha consignado el Pleno de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de 14 de febrero de 2011 al indicar que "Tal como hemos señalado en ocasiones anteriores, nuestro derecho positivo ha elevado a rango constitucional la institución del arbitraje, siendo la jurisdicción arbitral un medio de administrar justicia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 202 de la Constitución Política".

Bajo este nuevo marco constitucional se adoptó, mediante Ley 131 de 2013 (en adelante la "Ley de Arbitraje")³, un innovador cuerpo normativo para regir el arbitraje nacional e internacional en Panamá, en el que, entre otras cosas, se consignaron los efectos sustantivos y procesales de la cláusula arbitral y otorgó a los árbitros capacidad plena y máxima discrecionalidad para la toma de sus decisiones en atención a la autonomía que les ha dado el nuevo precepto constitucional, terminando con la intervención judicial en el desarrollo de los procesos arbitrales.

Así, el artículo 11 de la Ley de Arbitraje establece que "En los asuntos que se rijan por esta Ley, no intervendrá ni tendrá competencia ningún tribunal judicial, salvo en los casos en que esta así lo disponga".

Como complemento de dicha disposición, el artículo 17 de la Ley de Arbitraje señala que "El efecto sustantivo obliga a las partes a cumplir lo pactado y a formalizar la constitución del tribunal arbitral, colaborando con sus mejores esfuerzos de manera expedita y eficaz, para el desarrollo y finalización del procedimiento arbitral. El efecto procesal consiste en la declinación de la competencia, por parte del tribunal judicial, a favor del tribunal arbitral y la inmediata remisión del expediente al tribunal arbitral. El juez o tribunal ante quien se presente una demanda, acción o pretensión relacionada con una controversia que deba resolverse mediante arbitraje, se inhibirá del conocimiento de la causa, rechazando de plano la demanda, sin más trámite, y reenviando de inmediato a las partes al arbitraje, en la forma que ha sido convenido por ellas y de conformidad con lo previsto en la presente Ley. En todo

caso, si se ha presentado ante un tribunal judicial cualquier reclamación sobre un asunto que sea objeto de arbitraje, se podrá iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo mientras la cuestión esté pendiente ante el tribunal judicial, sin perjuicio de la competencia del tribunal arbitral para juzgar acerca de su propia competencia en la forma establecida en la presente Ley y de los recursos contra el laudo que se establecen en esta. También deben inhibirse los organismos o entes reguladores estatales, municipales o provinciales, que deban intervenir dirimiendo controversias entre las partes, si existiera un convenio arbitral previo".

El alcance de este precepto normativo ha sido validado por la Sala Civil de nuestra máxima corporación de justicia, al señalar que, "A juicio de la Sala, el efecto procesal que produce una cláusula arbitral en un Proceso tramitado en la jurisdicción civil es la consecuente declaratoria de nulidad por distinta jurisdicción, tal como acertadamente lo resolvieron los Juzgadores de la Primera y Segunda instancia, toda vez que, en la reforma constitucional de noviembre del año dos mil cuatro (2004), el legislador panameño instituyó la jurisdicción arbitral como una jurisdicción especializada, separada y excluyente de la jurisdicción civil".⁴

Esos efectos han sido reconocidos por la Corte Suprema de Justicia al extremo de señalar que, si bien las normas procesales son de orden público, el Código de Procedimiento Civil es un cuerpo normativo de carácter general, mientras que el arbitraje, como jurisdicción especial y autónoma, además de contar con un sustento constitucional, está regulado por un texto legal propio, que le hace independiente, por lo que cualquier controversia que surja de una relación en la que medie una cláusula compromisoria, el juez de la jurisdicción ordinaria tendría que declinar competencia sin (que) siquiera tengan que alegarle falta de competencia, de manera que "[...] de acuerdo al efecto procesal, el Tribunal Ordinario debió remitir sin mayor reparo el expediente a la jurisdicción pactada, en este caso la arbitral, sin observar siquiera en el estado en que se encontraba el proceso ordinario ni tampoco entrar a verificar si existió o no prórroga tácita de la competencia. [...] De allí la importancia del efecto procesal del convenio arbitral establecido en el artículo 11 del Decreto Ley 5, ya que la celebración de dicho convenio genera consecuencias jurídicas inmediatas para las partes, en el sentido de que si algún tribunal ordinario pretenda aprehender el conocimiento de una causa en donde exista un

³ Por lo reciente de la Ley de Arbitraje, nuestros tribunales de justicia no han tenido oportunidad de pronunciarse sobre todos los aspectos de la misma, por lo que en este ensayo hacemos referencia a pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia que guardan relación con el Decreto Ley 5 por tratar la misma materia.

⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia de 22 de enero de 2014.



convenio arbitral, el mismo deberá declinar de inmediato la competencia a favor del tribunal de la jurisdicción pactada."⁵

En consecuencia, como ha consignado la Corte en dicha Sentencia, un tribunal ordinario no podría adentrarse a valorar su competencia para conocer de una controversia que deriva de una relación contractual en la que se ha pactado una cláusula arbitral. Como ha reconocido nuestra más alta corporación de justicia, en estos casos, el tribunal ordinario deberá remitir sin mayor reparo el expediente a la instancia arbitral, sin observar siquiera el estado en que se encontraba el proceso ordinario ni tampoco entrar a verificar si existe o no prórroga tácita de la competencia.

La referida autonomía del arbitraje y su independencia de la instancia jurisdiccional también está reconocida para la adopción de medidas cautelares. El artículo 18 de la Ley de Arbitraje preceptúa que "No será incompatible con un acuerdo de arbitraje ni se entenderá como una renuncia a ese convenio que una parte, ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicite de un tribunal judicial la adopción de medidas cautelares y/o provisionales de protección, ni que el tribunal judicial conceda esas medidas."

Dicha disposición admite el auxilio de la justicia ordinaria a la instancia arbitral para la práctica de medidas precautorias sin que con ello la parte que la solicita la renuncie implícitamente al arbitraje.

La autoridad y competencia del tribunal arbitral también se hace extensiva para dictar medidas cautelares de manera privativa. Por disposición del artículo 33 de la Ley de Arbitraje, salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán ordenar medidas cautelares. Dicha norma define estas como "toda medida temporal, otorgada en forma o no de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordene a una de las partes alguna o algunas de las siguientes medidas: 1. Que mantenga o restablezca el estatus quo en espera de que se dirima la controversia. 2. Que adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo. 3. Que proporcione medios para preservar ciertos bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente. 4. Que preserve elementos de prueba que sean relevantes para resolver la controversia."

La amplitud de los efectos procesales de la cláusula arbitral frente a las actuaciones de la justicia ordinaria llega al extremo de permitir al tribunal arbitral "modificar, suspender o revocar toda medida cautelar u orden preliminar que haya otorgado el tribunal arbitral o un tribunal judicial, ya sea a instancia de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación a las partes", como dispone el artículo 38 de la Ley de Arbitraje.

El referido auxilio de la instancia ordinaria a los tribunales arbitrales es validada por el artículo 42 de la Ley de Arbitraje al señalar que "Toda medida cautelar u orden preliminar ordenada por un tribunal arbitral cuya sede del arbitraje se encuentre en la República de Panamá se reconocerá como vinculante y, salvo que el tribunal arbitral disponga ejecutarla por sí mismo, será ejecutada de inmediato al ser solicitada tal ejecución ante el tribunal judicial competente. [...] Cuando se requiera el auxilio judicial para la ejecución de una medida cautelar u orden preliminar, la petición será dirigida al juez competente del lugar donde se ejecutará la medida, quien procederá a ejecutarla con simple presentación de copias de los documentos que acrediten la existencia del arbitraje y de la decisión cautelar. El juez competente contará con un término no mayor de diez días, contado a partir de la recepción de la solicitud, para ejecutar la medida sin admitir recursos ni oposición alguna. El tribunal judicial no tiene competencia para interpretar el contenido ni los alcances de la medida cautelar ordenada. Cualquier solicitud de aclaración o precisión sobre la orden o sobre su ejecución cautelar será solicitada por el tribunal judicial o por las partes al tribunal arbitral. Ejecutada la medida, el tribunal judicial informará al tribunal arbitral y remitirá copia certificada de lo actuado".

La aludida autonomía e independencia del tribunal arbitral se hace extensiva a lo relativo a la práctica de pruebas. El artículo 53 de la Ley de Arbitraje señala que "El tribunal arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de los medios probatorios que estime necesarios. El tribunal arbitral está facultado así mismo para prescindir de las pruebas ofrecidas y no actuadas, según las circunstancias del caso. El tribunal arbitral, salvo acuerdo en contrario de las partes, podrá por iniciativa propia ordenar pruebas como: 1. Nombrar uno o más peritos o citar testigos para que le informen sobre materias concretas que determinará el tribunal arbitral. 2. Solicitar a cualquiera de las partes

⁵ Sala Cuarta, Sentencia de 8 de mayo de 2015.



que suministre al perito toda la información pertinente o que le presente para su inspección todos los documentos, mercancías u otros bienes pertinentes, o le proporcione acceso a ellos. Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando una parte lo solicite o cuando el tribunal arbitral lo considere necesario, el perito, después de la presentación de su dictamen escrito u oral, deberá participar en una audiencia en la que las partes tendrán oportunidad de hacerle preguntas y de presentar peritos para que informen sobre los puntos controvertidos."

De dicha norma deriva que son los árbitros quienes tienen el control y la administración de las pruebas en el desarrollo del procedimiento arbitral. Salvo pacto en contrario de las partes, o en el evento de que el reglamento que pudiera aplicar al proceso, si fuera administrado, dispusiera otra cosa, la propuesta, aducción, presentación, admisión o rechazo, la forma y procedimiento de practicarse y decisión sobre valoración de las pruebas se encuentra libre de rigurosidades y formalismos, al contrario de lo que suele ocurrir en la jurisdicción ordinaria, siendo potestad del tribunal arbitral darle a todo lo relativo a las pruebas el tratamiento que estime conveniente.

Ello comprende, también, la capacidad de limitar la cantidad de peritos o testigos propuestos por las partes e, incluso, designar peritos propios y de requerir por adelantado la indicación del objeto de la prueba y las preguntas que se les harán, a fin de que la contraparte pueda preparar sus repreguntas. La fase probatoria del arbitraje está, en consecuencia, pre¬sidida por la máxima libertad de las partes y de los árbitros, siempre que se respeten el dere¬cho de defensa y el principio de igualdad. Esta flexibilidad no constituye una limitación al derecho de defensa de las partes al no violarse el debido proceso legal.

Esta amplitud en el tratamiento de las pruebas se sustenta en la celeridad del proceso arbitral; una de sus características fundamentales. Con la potestad discrecional del tribunal arbitral se evitan las pruebas innecesarias o inconducentes, que nada aportarán para la solución de la controversia y cuya producción generará dilaciones y costos evitables.

Es de destacar que en Sentencia de 8 de mayo de 2015, distinta a la previamente citada, la Sala Cuarta de la Corte Suprema de Justicia ha dictaminado que "[...] no podemos entrar a valorar las pruebas presentadas, porque estaríamos conociendo el fondo del fallo emitido por el Tribunal Arbitral, y eso nos está vedado por Ley." Con este pronunciamiento se reiteran las plenas atribuciones de los tribunales arbitrales

en la toma de sus decisiones.

Como corolario de las amplias facultades discrecionales de los tribunales arbitrales para la conducción del proceso y su autoridad para resolver todas las cuestiones relativas a la forma y fondo del mismo, el artículo 46 señala que "Con sujeción a las disposiciones de la presente Ley, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones, pudiendo someterse al procedimiento contenido en un reglamento de una institución de arbitraje. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto en la presente Ley, dirigir el arbitraje de la forma que considere apropiada y sin necesidad de acudir a las normas procesales de la sede del arbitraje. En ningún caso, las partes podrán interponer incidentes o cualquier acción judicial ante los tribunales judiciales respecto de las decisiones tomadas por los árbitros o por una institución arbitral durante el curso del proceso arbitral."

Como cualquier sentencia dictada por un tribunal ordinario, los laudos arbitrales también pueden ser objeto de impugnación, pero únicamente por la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, como señala el artículo 66 de la Ley de Arbitraje. La impugnación se formalizará mediante recurso de anulación y solo por alguna de las siguientes circunstancias, tipificadas en el artículo 67:

"1. Que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 15 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido o, si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley panameña; o 2. Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; o 3. Que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, solo estas últimas podrán anularse; o 4. Que la designación del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta Ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley; o 5. Que los árbitros



han decidido sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje; o 6. Que el laudo internacional es contrario al orden público internacional. En el caso de laudo nacional, el orden público a considerar será el orden público panameño".

Obsérvese, sin embargo, que el recurso de nulidad no permite la revisión de fondo del laudo ni las consideraciones del tribunal arbitral para resolver la controversia. La Corte Suprema de Justicia ha sido uniforme y sistemática en señalar que dicha instancia jurisdiccional no es tribunal de segunda instancia y que el recurso de nulidad debe circunscribirse a las causales enunciadas en el referido artículo 67 de la Ley de Arbitraje.

Con este nuevo marco constitucional y legal, se ha desjudicializado el arbitraje y puesto fin a la intervención de los tribunales de justicia en los conflictos que deben resolverse ante la jurisdicción arbitral. Ello ha frenado las prácticas dilatorias que solían seguir abogados de las partes en el litigio, de interponer recursos ante los tribunales ordinarios de justicia que producían la obstrucción de la justicia arbitral, logrando con ello alcanzar el objeto del arbitraje: ser una forma expedita de solución de conflictos dentro del marco del debido proceso que garantiza el derecho de defensa y contribuye a la modernización del Estado al reconocerle a las partes en conflicto el derecho de decidir la forma de resolver sus diferencias.



APROXIMACIÓN A LA JURISDICCIÓN DE CUENTAS EN LA REPÚBLICA DE PANAMÁ

Por: Licdo. Guido Alejandro Rodríguez Lugari



Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas, Título obtenido en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia. Ocupó el cargo de Secretario General Adjunto de la Defensoría del Pueblo de la República de Panamá, y Delegado Especial para la Libertad de Expresión y el Acceso a la Información. Conferencista a nivel nacional e internacional. Desarrolló el Nodo de Transparencia en la Gestión Pública, como una estretegia para

materializar los derechos consagrados en la Ley de Transparencia del año 2002. Actualmente labora como Fiscal General de Cuentas.

INTRODUCCIÓN

Desde el mes de enero del año 2009, inició el funcionamiento en la República de Panamá del Tribunal de Cuentas y de la Fiscalía General de Cuentas, componentes institucionales de la Jurisdicción de Cuentas, responsable del juzgamiento de las cuentas de los agentes y funcionarios de manejo.

Siete años y medio después, ambas instituciones desarrollan una prolija actividad jurisdiccional, en busca de la recuperación del patrimonio que ha sido irregularmente erogado de las arcas y/o bienes públicos.

Pretendemos tratar de ilustrar sobre los antecedentes, el desarrollo, las dificultades y los resultados obtenidos hasta ahora, así como los retos que plantea hacia el futuro, el funcionamiento de esta novísima jurisdicción especializada en la República de Panamá.

EL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

A partir de la reforma constitucional de 2004, se introdujo en nuestra carta política la Jurisdicción de Cuentas, en los artículos 280 numeral 13 y 281, en los siguientes términos:

"Artículo 280. Son funciones de la Contraloría General de la República, además de las que le señale la Ley, las siguientes:

13. Presentar para su juzgamiento, a través del Tribunal de Cuentas, las cuentas de los agentes y servidores públicos de manejo, cuando surjan reparos de estas por razón de supuestas irregularidades."

"Artículo 281. Se establece la Jurisdicción de Cuentas, con competencia y jurisdicción nacional, para juzgar las cuentas de los agentes y empleados de manejo, cuando surjan reparos de estas por razón de supuestas irregularidades.

El Tribunal de Cuentas se compondrá de tres Magistrados, los cuales serán designados para un periodo de diez años así: uno por el Órgano Legislativo, otro por el Órgano Ejecutivo y el tercero por la Corte Suprema de Justicia.

La Ley determinará la creación y funcionamiento del Tribunal de Cuentas". 1

Sin embargo, no vino a ser sino a finales del año 2008, mediante la aprobación y posterior sanción de la Ley 67 del 14 de noviembre de ese año, que se desarrolló el mandato contenido en el artículo 281 constitucional.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El primer atisbo de una institución parecida a lo que hoy es el Tribunal de Cuentas lo podemos encontrar alrededor de la promulgación de la Constitución Política del Estado Federal de Panamá de 18 de septiembre de 1855, que aunque en su texto no hace referencia alguna al tema, si fue considerado y creado en la Ley de 28 de septiembre de 1855.

¹ Constitución Política de la República de Panamá, reformada por los Actos Reformatorios N°1 y N°2 de 1978, respectivamente; por el Acto Constitucional de 1983; por los Actos Legislativos N° 1 de 1993 y N° 2 de 1994; y por el Acto Legislativo N° 1 de 2004.



En el primer artículo de dicha disposición, expedida por la Asamblea Constituyente del Estado de Panamá, se establece que: "El examen i fenecimiento de las cuentas que deben presentar los Responsables del Erario, corresponde a un Tribunal especial, establecido en la capital del Estado, i el cual será servido por un Juez Contador, que tendrá su Secretario."²

El artículo 2 dispone que "El Juez Contador durará en su destino cuatro años, será nombrado por la Asamblea, i no podrá ser suspendido ni depuesto sino por motivo criminal, conforme a las leyes. El Secretario será nombrado i removido libremente por el Juez".³

De conformidad con el artículo 3:

"El Tribunal de Cuentas tiene amplia facultad para decidir en lo contencioso de la contabilidad, a fin de allanar los inconvenientes que ocurran en la presentación, examen y fenecimiento de las cuentas. Sus prevenciones i resoluciones jenerales serán consideradas como disposiciones reglamentarias de la contabilidad del Tesoro, i observadas como tales por los Responsables".⁴

Dicha ley sufrió modificaciones en octubre de 1857, relacionadas con el recurso de apelación contra las providencias del Tribunal de Cuentas; en octubre de 1858 relacionadas con las facultades, obligaciones, prohibiciones y faltas absolutas o temporales del Juez de Cuentas y adicionada por la Ley 22 de octubre de 1859 relacionada con el examen de cuentas. Entre 1855 y 1856 el prócer Mariano Arosemena ejerció el cargo de Juez de Cuentas.⁵

En 1863, la Constitución Política del Estado Soberano de Panamá promulgada ese año, sí establecía la figura del Juez Contador y un Juez Suplente, quienes debían ser elegidos por la Asamblea Legislativa por mayoría absoluta de votos.⁶

La Constitución de 1870 también establecía la figura del Juez Contador, y el Código Administrativo del Estado Soberano de Panamá, obra del doctor Justo Arosemena, que entró a regir en 1870 bajo el mandato del General Buenaventura Correoso, Presidente del Estado, regulaba el funcionamiento del Tribunal de Cuentas, como un tribunal especial, servido por un Juez Contador designado por la Asamblea Legislativa y encargado del examen y fenecimiento de las cuentas que debían presentar los responsables del Erario. Las apelaciones contra el Juez Contador eran competencia de un Tribunal conformado por el Secretario de Estado y dos diputados.⁷

También fue incluida la figura del Juez Contador en las sucesivas Constituciones del Estado Soberano de Panamá de 1873 y 1875.

Producida la separación de Panamá de Colombia el 3 de noviembre de 1903, se dio paso al proceso constituyente ya en la Era Republicana. Es así como la Constitución Política de la República de Panamá de 1904 instituyó el Tribunal de Cuentas de la República de Panamá de una manera muy peculiar, ya que el artículo 67 numeral 5° de la carta política solo estableció que "Son funciones administrativas de la Asamblea Nacional....5° Nombrar los Jueces del Tribunal de cuentas".8

Más adelante, la Ley 56 de 25 de mayo de 1904, creó y estableció el régimen organizativo del Tribunal de Cuentas de la República de Panamá, "que se compone de tres Contadores nombrados en propiedad por la Asamblea Nacional y por mayoría absoluta de votos".

La institución del Tribunal de Cuentas, aunque con algunos altibajos de carácter legal, se mantuvo vigente como entidad de creación constitucional hasta la promulgación de la Constitución de 1941.

Sin embargo, a partir de la promulgación de la Ley 84 del 29 de diciembre de 1930, y a sugerencia de una Comisión que estuvo a cargo de George E. Roberts, vicepresidente de The National City Bank of New York, que produjo el "Informe Roberts", por encargo del Gobierno del presidente Florencio Harmodio Arosemena, se estableció la oficina de contabilidad y contraloría, independiente en el ramo administrativo y responsable únicamente ante el Presidente de la República,

² LEI DE 28 DE SETIEMBRE DE 1855 Sobre examen de Cuentas. Biblioteca Digital de la Universidad de Michigan. https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=mdp.35112102275254;view=1up;seq=65

³ Ibídem

⁴ Ibídem.

⁵ El Tribunal de Cuentas, Magistrado Oscar Vargas Velarde, Segunda Edición, Panamá 2014.

⁶ Ibídem.

⁷ Ibídem.

⁸ Constitución Política de la República de Panamá de 1904.

⁹ Ley 56 de 25 de mayo de 1904, promulgada en la Gaceta Oficial N° 27 del 9 de junio de 1904.



denominada Contraloría General de la República, sujeta a la dirección de un funcionario llamado Contralor General de la República, con las funciones de establecer y llevar las cuentas del Gobierno Nacional, examinar y fiscalizar las deudas y los reclamos en contra o a favor del Gobierno Nacional, fijar las fechas y la forma de rendición de cuentas, establecer y mantener un control efectivo sobre los bienes del Estado, examinar y revisar los registros y las cuentas del Tesoro Nacional, entre otras.¹⁰

En la práctica, la creación de la Contraloría General de la República, hizo que el Tribunal de Cuentas dejara de ser funcional, ya que la primera asumió las tareas que le estaban encomendadas a este. A pesar de no estar expresamente contemplada en la Constitución Política al momento de su surgimiento a la vida jurídica, en la Constitución de 1941 si quedó establecida con rango constitucional.

Luego del proceso constituyente de 1946, en el texto de la carta política expedida se le confirió a la Contraloría General de la República la condición de departamento independiente del Órgano Ejecutivo, con las tareas de fiscalizar, regular, vigilar y controlar los movimientos de los tesoros públicos y de examinar, comprobar, revisar e intervenir las cuentas de tales tesoros.

Cuatro años después del golpe militar de octubre de 1968, se promulga en la Gaceta Oficial N° 17,210 del 24 de octubre de 1972, la Constitución Política de la República de Panamá, que vino a reemplazar a la de 1946. En ese estatuto se consagró en su artículo 239 que:

"Habrá un organismo estatal independiente denominado Contraloría General de la República cuya dirección estará a cargo de un servidor público que se denominará Contralor General de la República secundado por un Subcontralor, quienes serán nombrados por un periodo igual al del Presidente de la República, dentro del cual no podrán ser suspendidos ni removidos sino por la Corte Suprema de Justicia en virtud de causas definidas por la Ley. Ambos serán nombrados a partir del primero de enero de cada periodo eleccionario presidencial. Para ser Contralor o Subcontralor General de la

República se requiere ser ciudadano panameño por nacimiento, tener treinta y cinco o más años de edad y no haber sido condenado por delito contra la cosa pública."¹¹

Por su parte el artículo 240 de la Carta Política de 1972, al enumerar las funciones de la Contraloría General estableció en el numeral 13 que le corresponde: "Juzgar las cuentas de los agentes y empleados de manejo, cuando surjan reparos a las mismas por razón de supuestas irregularidades." ¹²

No vino a ser sino hasta el 8 de noviembre de 1984, bajo la administración del presidente Nicolás Ardito-Barletta que se promulga el estatuto legal que rige a la Contraloría General de la República, nos referimos a la Ley 32 de 1984. En ella se consagra y desarrolla la jurisdicción especial de cuentas, al establecer en los artículos 62 a 71 la figura del Tribunal de Cuentas, los Jueces de Cuentas y el Fiscal de Cuentas.

Sin embargo, no se trataba de una jurisdicción propiamente como tal, ya que dependía absolutamente de la Contraloría General de la República.

En efecto, el artículo 62 de la Ley 32 de 1984, estableció que: "se crea la jurisdicción especial de cuentas, que tendrá a su cargo el juzgamiento de las cuentas de los agentes y empleados de manejo cuando surjan reparos a las mismas hechas por la Contraloría General."¹³

Por su parte, el artículo 63 de la mencionada excerta legal, dispuso que: "La jurisdicción de cuentas será ejercida inicialmente por un Juzgado de Cuentas y un Tribunal de Cuentas, que tendrá jurisdicción en toda la República y que forman parte de la Contraloría General, cuyos titulares serán nombrados por el Contralor General de acuerdo a lo que establezca la Ley."¹⁴

El Juez de Cuentas estaba llamado a conocer en primera instancia de los procesos de cuentas y el Tribunal de Cuentas quedaba encargado de conocer en segunda instancia, es decir, en caso de apelación, los negocios que había dirimido el primero.

¹⁰ El Tribunal de Cuentas, Magistrado Oscar Vargas Velarde, Segunda Edición, Panamá 2014.

¹¹ Constitución Política de la República de Panamá, Gaceta Oficial Nº 17,210 del 24 de octubre de 1972.

¹² Ibídem

¹³ Ley 32 de 1984, Gaceta Oficial N° 20,188 del martes 20 de noviembre de 1984.

¹⁴ Ibídem.



El Juez de Cuentas sería nombrado por un periodo de seis (6) años que se iniciarían en la fecha de la primera designación y durante su periodo no podía ser destituido o suspendido sino por abandono del cargo, delito cometido en el ejercicio de sus funciones, negligencia o por incapacidad física o mental para ejercer el cargo. Debía cumplir como requisito los mismos que se exigen para ser nombrado Juez de Circuito y además tener conocimientos básicos sobre contabilidad y auditoría. Tendría dos Suplentes que lo reemplazarían durante sus ausencias temporales o accidentales. Si por alguna causa, no pudieren actuar ninguno de los Suplentes, el Contralor General designaría un Suplente Especial.

El Tribunal de Cuentas estaría conformado por los siguientes funcionarios: "a) Por un Magistrado de Cuentas, quien los presidirá y quien tendrá dos suplentes que lo reemplazarán, por su orden, en sus faltas accidentales o temporales o en caso de impedimento o recusación; b) Por el Director de Contabilidad de la Contraloría General y c) Por uno de los abogados de la Dirección de Asesoría Legal de la Contraloría General, por riguroso orden de rotación, que se iniciará con el Director y seguirá en orden descendente por categoría." 15

El periodo del Magistrado de Cuentas sería de seis (6) años contados a partir de la fecha del primer nombramiento y solamente podría ser suspendido o destituido por el Contralor General cuando mediara algunas de las causales contempladas en la Ley que son las mismas mencionadas para El Juez de Cuentas.

Para ejercer el cargo de Magistrado de Cuentas, se requerían los mismos requisitos que para ser Magistrado de Distrito Judicial y además contar con conocimientos básicos de contabilidad y auditoría.

La Ley 32 contenía una disposición curiosa que podemos calificar de previsora del futuro, y es que cuando el volumen de negocios y los intereses públicos lo justifiquen, el Contralor General quedaba facultado para designar dos Magistrados de Cuentas adicionales, que reemplazarían de manera definitiva al Director de Contabilidad de la Contraloría y al abogado de la Dirección de Asesoría Legal, quedando entonces conformado el Tribunal de Cuentas por tres Magistrados en igualdad de condiciones y quienes elegirían a quien deba fungir como Presidente de la Corporación.

El artículo 70 de la Ley 32 en comento, también estableció la figura del Fiscal de Cuentas. En efecto, tal norma consagró que:

"En el juicio de cuentas, los intereses públicos estarán representados, en todas las instancias, por un Fiscal de Cuentas, designado por el Contralor General de la República, por igual periodo que el del Juez de Cuentas. El Fiscal tendrá dos suplentes, que por su orden lo reemplazarán en los casos de ausencia temporal o accidental. El Fiscal de Cuentas deberá cumplir con los mismos requisitos y tendrá iguales derechos que el Juez de Cuentas. Además de la atribución que este artículo le señala, el Fiscal de Cuentas ejercerá aquellas otras que le asigne el Contralor General y que no sean incompatibles con su función principal." 16

Como puede notarse, la jurisdicción especial de cuentas, no era más que un apéndice de la Contraloría General de la República, con dependencia absoluta del Contralor General, hasta tal punto que al supuesto representante del interés público, el Fiscal de Cuentas, el Contralor General le podría asignar cualquier otra función que no fuera incompatible con las de la Ley.

Curiosamente, el artículo 71 dispuso, a pesar de la dependencia funcional y administrativa de la jurisdicción de cuentas de la Contraloría General, que:

"La función ejercida por los Juzgados y Tribunales de Cuentas se considerarán, para todos los efectos legales, como si fueran ejercidas por un Tribunal Judicial y las decisiones que emitan tendrán carácter jurisdiccional. Las decisiones de segunda instancia serán recurribles en casación ante la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con lo que al efecto dispone el Código Judicial." ¹⁷

Lo cierto es que la letra de esos artículos que pretendieron establecer la jurisdicción especial de cuentas, nunca cobró vida, nunca se puso en práctica ni los despachos que allí se contemplaban en funcionamiento.

Luego de la intervención militar estadounidense del 19 de diciembre de 1989 y una vez restaurado el orden

¹⁵ Ley 32 de 1984, Gaceta Oficial N° 20,188 del 20 de noviembre de 1984.

¹⁶ Ley 32 de 1984, Gaceta Oficial 20,188 del 20 de noviembre de 1984.

¹⁷ Ibídem.



constitucional, fue elegido por la Asamblea Legislativa como Contralor General de la República el profesor Rubén Darío Carles. Bajo su orientación, el gobierno del Presidente Guillermo Endara Galimany creó la Dirección de Responsabilidad Patrimonial (DRP) como un ente incluido en la estructura de la Contraloría General de la República.

La DRP estaba compuesta por tres Magistrados principales y tres Suplentes que debían reunir los mismos requisitos que se necesitaban para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia. La Dirección de Auditoría General de la Contraloría era la encargada de la investigación, aunque también otras direcciones del máximo ente de fiscalización y auditoría podían participar en la etapa investigativa.

De acuerdo con el artículo 2° del referido Decreto de Gabinete:

"Corresponde a los Magistrados de la Dirección Responsabilidad Patrimonial, decidir mediante Resolución, previo el cumplimiento del procedimiento establecido en este Decreto de Gabinete y en el reglamento que en su desarrollo dicte el Contralor General de la República, sobre la responsabilidad patrimonial que frente al Estado le pueda corresponder a los agentes y empleados de manejo de bienes y fondos públicos por razón de su gestión; a los agentes y empleados encargados de su fiscalización; a las personas que a cualquier título o sin él, al haber tenido acceso a fondos o bienes públicos, se hubiesen aprovechado indebidamente de los mismos en su beneficio o en beneficio de un tercero; a las personas que hayan figurado como empleados públicos y en esta condición hayan recibido salarios o emolumentos pagados con fondos públicos sin haber prestado los servicios al Estado, cuya retribución se pretendía con los salarios o emolumentos recibidos; a las personas que por sí o por medio de personas jurídicas, hayan sido beneficiadas de pagos hechos con fondos públicos, sin haberle prestado servicios ni brindado contraprestaciones al Estado o que el valor reconocido de las mismas guarde una desproporción notoria respecto del servicio efectivamente prestado y a las personas que hubiesen adquirido títulos valores del Estado de cualquier clase de un modo indebido y a los funcionarios que voluntariamente lo hubieren propiciado."¹⁸

La DRP también tenía la facultad de ordenar medidas precautorias en cualquier tiempo, una vez se había iniciado el procedimiento correspondiente, a fin de evitar medidas que podían recaer sobre todo o parte del patrimonio del sujeto llamado a responder patrimonialmente así como también de bienes que aunque no hicieran parte del patrimonio del sujeto, respecto de ellos existan indicios de los cuales se deduzca que tales bienes provienen directa o indirectamente de bienes o valores indebidamente sustraídos del patrimonio del Estado.

REFORMA CONSTITUCIONAL DEL AÑO 2004

Luego de que en las elecciones general del mayo del año 2004 resultara electo el candidato de la oposición Martín Torrijos Espino, se retomó por parte del gobierno saliente de la presidente Mireya Moscoso y del equipo del gobernante entrante, la necesidad y conveniencia de reformar la Constitución Política de la República, utilizando el mecanismo previsto en el numeral 1º del entonces artículo 308 según el cual tales reformas requerían de la aprobación de dos Asambleas distintas, la saliente y la entrante conformada por los legisladores elegidos en las últimas elecciones.

Es así que en el proceso de discusión y debate de las reformas a la Constitución, se introdujo el tema de la creación con rango constitucional, de la Jurisdicción de Cuentas, con autonomía e independencia en los presupuestario y en lo administrativo, para de esa manera lograr superar la situación presentada con la DRP, que era según se mencionó en el curso de los debates en la Asamblea, una entidad que "investiga, cautela, procesa, juzga, condena y ejecuta, llevando a cabo todas las actividades del proceso sin la intervención de otros entes" 19

Luego de los debates correspondientes, se aprobó el Acto Legislativo N° 1 de 2004, reformatorio de la Constitución Política de la República, que creó la Jurisdicción de Cuentas en los términos que vimos al inicio de este escrito.

LEY 67 DE 14 DE NOVIEMBRE DE 2008

Una vez elevada nuevamente a categoría constitucional la Jurisdicción de Cuentas, tocaba a la Asamblea Nacional

¹⁸ Decreto de Gabinete № 36 de 10 de febrero de 1990, Gaceta Oficial № 21,479 del martes 20 de febrero de 1990.

¹⁹ Intervención del Legislador Jerry Wilson Navarro, citado en la obra El Tribunal de Cuentas, Magistrado Oscar Vargas Velarde, 2da edición, Panamá 2014.



la tarea del desarrollo legislativo correspondiente a fin de cumplir con el mandato de la Constitución Política. Es así como mediante la Ley 67 del 14 de noviembre de 2008 que fue aprobada en tercer debate el 28 de octubre de 2008 y promulgada en la Gaceta Oficial N° 26,169 el 14 de noviembre de ese año, se estructuró la nueva Jurisdicción de Cuentas, se reglamentó el funcionamiento del Tribunal de Cuentas y se creó la Fiscalía de Cuentas.

El 16 de enero de 2009 inició el funcionamiento de la nueva Jurisdicción de Cuentas, con la instalación del Tribunal de Cuentas y del Fiscal de Cuentas. Correspondiendo tal dignidad a los abogados Ileana Turner, designada por la Corte Suprema de Justicia para un periodo de seis (6) años, Óscar Vargas Velarde, designado por el Órgano Ejecutivo para un periodo de ocho (8) años y Álvaro Vizuetti designado por el Órgano Legislativo para un periodo de diez (10) años. Vale decir que por tratarse de los primeros magistrados designados, sus periodos fueron escalonados en virtud de lo establecido en el artículo 93 (Transitorio) de la Ley 67 de 2008. El Fiscal de Cuentas designado por el Presidente de la República fue el abogado Carlos Danilo Quintanar, para un periodo de diez años.

Sin embargo, en virtud de la Ley 30 del 6 de junio de 2010, bautizada por los medios de comunicación social panameños como "Ley Chorizo" (por abarcar temas muy diversos de materias totalmente distintas en una misma Ley), el gobierno de Ricardo Martinelli intentó poner fin abruptamente al periodo del Fiscal de Cuentas designado por el gobierno anterior. La oposición a la Ley 30 fue el detonante para protestas que se suscitaron en la Provincia de Bocas del Toro, especialmente en Changuinola, por cuanto la disposición introducía reformas al Código de Trabajo que fueron consideradas lesivas a los derechos de los trabajadores. El gobierno se vio forzado a retroceder en algunos de sus propósitos, y tuvo así que derogar la "Ley Chorizo" para tratar de retornar a la calma. Entonces se dividieron los temas en varias leyes, y el 27 de octubre de 2010, en la Gaceta Oficial N° 26,651-A, se promulgó la Ley 66 de 26 de octubre de 2010 que estableció en su Artículo 3. lo siguiente: "El artículo 24 de la Ley 67 de 2008 queda así: Artículo 24. Son aplicables al Fiscal de Cuentas los artículos 205, 208, 210, 211, 212, 213 y 216 de la Constitución Política y podrá ser suspendido o removido de su cargo por la autoridad nominadora. Esta disposición es de orden público y tiene efecto retroactivo".20

Fue así como mediante Decreto Ejecutivo N°1039 del 16 de noviembre de 2010, con la firma del Presidente de la República Ricardo Martinelli Berrocal y del Ministro de la Presidencia Demetrio Papadimitriu, se destituyó al primer Fiscal de Cuentas de la República, Carlos Danilo Quintanar. Para la posición y mediante Decreto Ejecutivo N° 1040 del 18 de noviembre de 2010 se designó en reemplazo de Quintanar al abogado Harry Alberto Díaz González de Mendoza.

El 14 de abril de 2011 el entonces Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, José Abel Almengor Echevarría, presionado por grupos de la sociedad civil organizada que pedían su renuncia, luego de un escándalo desatado por revelaciones de que habría hecho parte de una conspiración para defenestrar a la Procuradora General de la Nación, Ana Matilde Gómez Ruiloba, puso su cargo a disposición. Al día siguiente le fue aceptada su renuncia y el 20 de abril de ese año, el Consejo de Gabinete acordó la designación del entonces Fiscal de Cuentas, Harry Díaz, como Magistrado de la Corte Suprema de Justicia en sustitución de Almengor. Encargado de la Fiscalía quedó el Fiscal de Cuentas Suplente Armando Fuentes, hasta que en julio de ese mismo año el Presidente Martinelli designó al catedrático universitario Andrés Sue González como Fiscal de Cuentas.

LEY 81 DE 23 DE OCTUBRE DE 2013

Luego de cinco años de expedida la Ley que desarrollaba la jurisdicción especial de cuentas, y teniendo en cuenta las experiencias acumuladas, se inicia un proceso para lograr introducir algunas modificaciones que se consideraron oportunas y necesarias a fin de fortalecer y facilitar el funcionamiento de las instituciones que la conforman, específicamente de la Fiscalía de Cuentas. El anteproyecto fue consultado con importantes sectores de la sociedad, tales como la Iglesia Católica, el Consejo de Rectores y la Oficina de las Naciones Unidas Contra las Drogas y el Delito (UNODC), así como con el Tribunal de Cuentas. La Comisión de Economía y Finanzas aprobó unánimemente en primer debate el proyecto de Ley 657, que tenía como objetivos principales permitir que la Fiscalía General de Cuentas recibiera denuncias sobre posibles lesiones patrimoniales y establecer un régimen de carrera a los funcionarios de la institución. Finalmente, la Ley fue sancionada y promulgada en la Gaceta Oficial N°27,403 del viernes 25 de octubre de 2013.

²⁰ Gaceta Oficial N° 26,651-A del miércoles 27 de octubre de 2010; Ley 66 del 26 de octubre de 2010.



LA SITUACIÓN ACTUAL

Una vez hubo tomado posesión del cargo el actual Presidente de la República, Juan Carlos Varela Rodríguez, su gobierno se abocó a la tarea de revisar la estructura institucional del Estado, que en opinión de algunos estudiosos había sido gravemente averiada durante la administración anterior, entre otras cosas al prolongar el periodo de determinados funcionarios, más allá del periodo presidencial, en una figura que recibió el mote de "gobierno paralelo". Para lograr ese propósito, el Consejo de Gabinete aprobó que el Ministro de la Presidencia presentara ante la Asamblea Nacional el Proyecto de Ley correspondiente, tarea que se cumplió el 14 de julio de 2014. Finalmente y luego de los tres debates correspondientes, el 15 de octubre de 2014 se aprobó el Proyecto 3 de 2014, que fue sancionado y promulgado como Ley 24 del 28 de octubre de 2014. Durante el segundo debate al proyecto de Ley, se introdujo una modificación en el proyecto original, incluyendo a la Fiscalía General de Cuentas dentro de las instituciones cuyo periodo se haría coincidir con el del Presidente de la República, y por ende, el periodo del titular en ejercicio vencería el 31 de octubre de 2014.

El 13 de noviembre de 2014, Día del Periodista, el Presidente Juan Carlos Varela designó mediante Decreto Ejecutivo N° 880 al actual titular de la Fiscalía General de Cuentas, Guido Alejandro Rodríguez Lugari.

Al vencimiento del término de la Magistrada Ileana Turner en enero de 2015, la Corte Suprema de Justicia designó como Magistrado del Tribunal de Cuentas al abogado Alberto Cigarruista Cortez, quien fue elegido por sus colegas como actual Presidente del Tribunal de Cuentas, sucediendo al Magistrado Oscar Vargas Velarde en esa dignidad.

LOS PRINCIPIOS BÁSICOS

De acuerdo con el Magistrado Oscar Vargas Velarde, quien ha sido uno de los más prolijos estudiosos de la jurisdicción de cuentas en la República de Panamá y que, además, ha tenido la oportunidad de ejercer desde la práctica, primero como Magistrado de la Dirección de Responsabilidad Patrimonial y luego como Magistrado del Tribunal de Cuentas en dos etapas distintas del desarrollo de la Jurisdicción, los principios básicos en los que se funda son siete, a saber:

- 1. La preservación de los fondos y bienes públicos.
- 2. La lucha contra la corrupción.
- 3. La independencia judicial.
- 4. La Imparcialidad.
- 5. La justicia expedita.
- 6. La garantía del debido proceso.
- 7. La igualdad ante la Ley.²¹

La jurisdicción de cuentas está conformada pues, por el Tribunal de Cuentas, de única instancia, independiente en lo funcional, en lo administrativo y en lo presupuestario, con jurisdicción y competencia en todo el territorio nacional y con sede en la ciudad de Panamá, integrado por tres Magistrados que deben reunir los siguientes requisitos:

- 1. Ser panameño.
- 2. Haber cumplido treinta y cinco (35) años de edad.
- 3. Hallarse en pleno goce de los derechos civiles y políticos.
- 4. Ser graduado en Derecho y haber inscrito el título universitario en la oficina que la ley señale.
- 5. Haber completado un periodo de diez (10) años durante el cual haya ejercido indistintamente la profesión de abogado, cualquier cargo del Órgano Judicial, del Ministerio Público, del Tribunal Electoral, de la Defensoría del Pueblo u otro cargo público cuyo ejercicio requiera título universitario en Derecho, o haber sido profesor de Derecho o investigador jurídico en un establecimiento de enseñanza universitaria.

También hace parte fundamental e inseparable de la jurisdicción de cuentas, la Fiscalía General de Cuentas, como agencia de instrucción independiente en lo funcional, administrativo y presupuestario, coadyuvante del Tribunal de Cuentas, que ejercerá sus funciones en todo el territorio de la República y tendrá su sede en la ciudad de Panamá. Dicha oficina estará a cargo de un Fiscal General de Cuentas, quien tendrá un Suplente y será asistido por un Secretario General y los servidores públicos que se requieran para el desarrollo de sus funciones.

Para ocupar el cargo de Fiscal General de Cuentas se debe cumplir con los mismos requisitos que se exigen para ser Magistrado del Tribunal de Cuentas y el Suplente debe cumplir con iguales requisitos.

Algo importante que quedó plasmado en la Ley 81 de 2013, fue el retorno de la estabilidad como garantía de la

²¹ El Tribunal de Cuentas del Estado de Panamá (1855) hasta la República de Panamá en nuestros días (2015), Magistrado Oscar Vargas Velarde, Panamá 2015.



independencia del Fiscal General de Cuentas. En efecto, el artículo 24 de la Ley luego de la reforma estableció que: "El Fiscal General de Cuentas solo podrá ser suspendido o removido de su cargo por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia por faltas o delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones y le son aplicables los artículos 205, 208, 210, 211, 212, 213 y 216 de la Constitución Política de la República." ²²

Las funciones que desarrolla el Fiscal General de Cuentas, al ejercer en nombre del Estado la acción de cuentas, se resumen en las siguientes:

- Instruir la investigación patrimonial correspondiente, una vez la Contraloría General de la República formule reparos en las cuentas de los agentes y empleados de manejo o detecte irregularidades que afecten fondos públicos.
- 2. Practicar las pruebas y las diligencias que sean necesarias para comprobar o esclarecer los hechos contenidos en los reparos de las cuentas o en las investigaciones que haya realizado la Contraloría General de la República sobre irregularidades que perjudiquen fondos o bienes públicos.
- 3. Solicitar a la Contraloría General de la República, cuando se tenga conocimiento por cualquier medio de la comisión de un hecho irregular que afecte el patrimonio del estado, el examen correspondiente con el fin de determinar la corrección o incorrección de las operaciones en el manejo de los fondos o bienes públicos, así como la ampliación o la complementación del informe o de la auditoría que fundamentó los reparos.
- 4. Remitir al Tribunal de Cuentas, luego de concluida la investigación patrimonial, una Vista Fiscal en la cual explique razonadamente los motivos de hecho y de Derecho que justifiquen la medida procesal que recomiende.
- Ejercer la acusación pública en la etapa plenaria del proceso patrimonial que se surta ante el Tribunal de Cuentas.
- 6. Asegurar que en la investigación se cumpla con la garantía del debido proceso de cuentas.
- 7. Promover las acciones cautelares ante el Tribunal de Cuentas.
- 8. Promover las acciones o los recurso constitucionales o legales que sean procedentes de acuerdo con la ley.
- 9. Dar aviso al Ministerio Público, si no lo ha hecho antes la Contraloría General de la República, de la posible

comisión de delitos por el empleado o el agente de manejo, cuyas cuentas fueron objeto de reparos por parte de la Contraloría General de la República, o por cualquier persona o servidor público en contra de los fondos o bienes públicos.²³

MEDIDAS CAUTELARES

Un tema interesante que consideramos pertinente abordar en este ensayo, es el de las medidas cautelares contempladas dentro de la legislación que regula la jurisdicción de cuentas, con el propósito de evitar que los efectos del proceso de cuentas sean ilusorios, es decir, que devenga en un proceso sin resultados de recuperación efectiva del patrimonio del Estado. Se trata por supuesto de medidas cautelares de carácter real y no personal. Tales medidas pueden ser decretadas por el Tribunal de Cuentas en cualquier etapa del proceso, a petición motivada del Fiscal General de Cuentas en la etapa de investigación, o de oficio durante las etapas intermedia o plenaria.

Dichas medidas cautelares podrán ser decretadas sobre todo o parte del patrimonio de las personas investigadas o procesadas; también sobre los bienes respecto de los cuales, a pesar de que no figuren como parte del patrimonio del investigado o procesado, existan indicios de los cuales se deduzca que provienen de manera directa o indirecta de bienes, fondos o valores sustraídos indebidamente del patrimonio del Estado.²⁴

FACULTADES DEL FISCAL GENERAL DE CUENTAS

Como quiera que nos estamos refiriendo a una agencia de instrucción de la investigación patrimonial, la Ley le ha otorgado al Fiscal General de Cuentas amplias facultades a fin de poder cumplir con su misión de manera exitosa. Así tenemos que el Fiscal puede recabar documentos públicos o privados, requerir informes, interrogar a testigos, hacer careos, realizar inspecciones o reconstrucciones, practicar peritajes o cualquier prueba lícita con el objeto de determinar la existencia de la lesión patrimonial y su monto, la identidad de los involucrados y su grado de responsabilidad. También puede, en caso de ser necesario, practicar diligencia de allanamiento, le que tiene que ser solicitada al y aprobada por el Tribunal de Cuentas. Esto porque la filosofía que inspiró la creación de la nueva Jurisdicción de Cuentas en Panamá, es garantista.

²² Artículo 24, Ley 67 de 2008, modificado por el artículo 4 de la Ley 81 de 2013.

²³ Artículo 26 de la Ley 67 de 2008, modificado por el artículo 7 de la Ley 81 de 2013.

²⁴ Artículo 27 de la Ley 67 de 2008.



Además, tanto los servidores públicos como las personas naturales y jurídicas tienen el deber de proporcionar copias, documentos, informes, datos y demás informaciones que solicite el Fiscal General de Cuentas en el cumplimiento de sus obligaciones.

El Fiscal General de Cuentas también podrá requerir información a las instituciones bancarias, públicas y privadas, incluyendo información relativa a cuentas cifradas, cuando considere que dicha información sea relevante para la investigación que adelanta.

Puede también disponer las medidas razonables y necesarias para proteger y aislar los lugares donde se investigue una lesión patrimonial para evitar la desaparición o destrucción de rastros, evidencias y otros elementos materiales.²⁵

CARÁCTER Y TÉRMINOS DE LA INVESTIGACIÓN PATRIMONIAL

Los términos establecidos en la Ley para culminar la fase de investigación son de cuatro (4) meses, cuando se trate de un solo vinculado y de seis (6) meses cuando se trate de dos (2) o más vinculados. Sin embargo, cuando se trate de investigaciones complejas y las mismas no sean concluidas en los periodos señalados, el expediente tendrá que ser remitido al Tribunal de Cuentas con el fin de que este decida sobre la necesidad de autorizar un término adicional, que no podrá ser mayor de dos meses, para que la investigación sea culminada.

Tanto la investigación que efectúa el Fiscal General de Cuentas, así como la Vista Fiscal Patrimonial que emiten, tienen carácter reservado, esto es, que solamente podrán tener acceso a ellas, las personas involucradas, sus apoderados judiciales o los pasantes autorizados por estos, los funcionarios de la Contraloría General de la República, del Ministerio Público o del Órgano Judicial por razón de sus cargos, los abogados en ejercicio, los estudiantes de Derecho o las personas autorizadas por el Fiscal General o por el Secretario General con fines de docencia.²⁶

Como puede verse, se trata de una reserva relativa y no absoluta, pero dicha relatividad tiene sus límites establecidos taxativamente en la Ley.

DESARROLLO Y GESTIONES

Desde el nacimiento de la nueva Jurisdicción Especial de Cuentas en enero del año 2009, se ha producido una prolija actividad, que a partir de enero de 2015 ha incluido cuantiosos casos y ha llevado a manejar voluminosos expedientes, como no se había visto nunca antes en la historia de la Jurisdicción de Cuentas.

Para efectos de ilustrar a los lectores, en los diecinueve años de funcionamiento de la Dirección de Responsabilidad Patrimonial de la Contraloría General de la República, desde 1990 hasta el 14 de enero de 2009, se manejaron un total de 2,231 procesos patrimoniales con sentencias condenatorias proferidas por un total de B/.67,963,505.34.²⁷

Al cierre del 30 de junio de 2016, en el Tribunal de Cuentas se manejan un total de doscientos treinta y nueve expedientes de procesos patrimoniales, con un monto estimado de la lesión patrimonial por el orden de B/.256,170,771.08.²⁸

De esos ya hay 86 expedientes con sentencias condenatoria proferidas por un total de B/.11,226,025.43; existen 45 expedientes con medidas cautelares que suman un total de B/.176,815,361.75 y hay 7 expedientes en análisis con una lesión patrimonial estimada en B/.51,213,757.53.²⁹

LOS RETOS INMEDIATOS

A pesar del notable y prolijo desarrollo que ha tenido la nueva Jurisdicción de Cuentas, hay que decir que enfrenta en el presente, diversos retos que tendrán que ser sorteados, a fin de mejorar la tarea de recuperación patrimonial. Entre ellos vale destacar la necesidad de contar con un Juzgado Ejecutor propio, que se encargue de la ejecución de las sentencias que profiera el Tribunal de Cuentas una vez se encuentren en firme. También es deseable materializar lo que proclama la Ley 67 con respecto a que el Tribunal de Cuentas es de única instancia. Esto es, que sus decisiones, solo deberían poder ser atacadas por inconstitucionalidad ante el pleno de la Corte Suprema de Justicia, tal como ocurre con las decisiones del Tribunal Electoral, de instancia única en la jurisdicción especializada electoral.

²⁵ Artículos 41, 42 y 43 de la Ley 67 de 2008. ²⁶ Artículos 45 y 46 de la Ley 67 de 2008.

²⁷ Archivos de la Dirección de Responsabilidad Patrimonial citados en El Tribunal de Cuentas Del Estado de Panamá (1855) hasta la República de Panamá en nuestros días (2015), Magistrado Oscar Vargas Velarde, Panamá 2015.

²⁸ Página Web del Tribunal de Cuentas, https://tribunaldecuentas.gob.pa/wp-content/uploads/2010/11/Estadistica-de-Gestion-Junio-2016.pdf

²⁹ Ibídem.