

Odair Marcelo Morales Marquez  
Juan Pablo Medina Arostegui



25  
ANIVERSARIO

# FUNDAMENTOS Y LÍMITES

de la responsabilidad patrimonial de la  
Administración pública y la responsabilidad  
penal de la persona jurídica en Nicaragua



# Fundamentos y límites de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública y la responsabilidad penal de la persona jurídica en Nicaragua

ODAIR MARCELO MORALES MÁRQUEZ

JUAN PABLO MEDINA AROSTEGUI

Prefacio

Sergio J. Cuarezma Terán

Prólogo

Marcelo A. Castillo Monterrey



# Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ)

Consejo Académico y Administrativo

Rector

*Mario A. Houed Vega* (Costa Rica)

Vicerrector General

*Sergio J. Cuarezma Terán* (Nicaragua)

Secretario General

*Silvio A. Grijalva Silva* (Nicaragua)

Vicerrector Académico

*Darvyn I. Centeno Mayorga* (Nicaragua)

Vicerrector de Investigación

*Manuel Vidaurri Aréchiga* (México)

Vicerrector Administrativo Financiero

*Sergio J. Cuarezma Zapata* (Nicaragua)

Equipo editorial

Autor : Odair Marcelo Morales Márquez  
Juan Pablo Medina Arostegui

Diseño de interiores : Alicia Casco Guido

Diseño de portada : María Fernanda Obando Bravo

ISBN: 978-99924-21-48-2

Todos los derechos reservados conforme a la Ley

© INEJ, 2020

La presente investigación cuenta con el apoyo de la Facultad de Derecho,  
Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Pilar,  
Ñeembucú, Paraguay.

El INEJ, Nicaragua, es una institución académica de educación superior, autónoma y sin fines de lucro, que aporta conocimiento novedoso e innovador de calidad y al más alto nivel, para contribuir al desarrollo humano, institucional, social y económico de la nación nicaragüense y la región a través de la investigación científica y los estudios de postgrados: diplomados, posgrados, especializaciones, maestrías y doctorados. El INEJ fue creado por la Ley No 604/2006, Ley Creadora del Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), aprobada el día 26 de octubre de 2006 y publicada en La Gaceta, Diario Oficial de la República, No. 229, del día 24 de noviembre del 2006.

Sitio web: [www.inej.net](http://www.inej.net)

E-mail: [info@inej.net](mailto:info@inej.net)

El contenido de la presente publicación es responsabilidad exclusiva de los autores, y en ningún caso debe considerarse que refleja la opinión la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Pilar, Ñeembucú, Paraguay, y el Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua.

Impreso en Nicaragua

# Índice general

<i>PREFACIO</i> .....	7
<i>PRÓLOGO</i> .....	21
<i>RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN NICARAGUA: UN PILAR EN CONSTRUCCIÓN</i> .....	25
Odair Marcelo Morales Márquez	
Introducción.....	25
I. Generalidades sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.....	28
1. Clases de responsabilidad de la Administración Pública .....	29
2. Funciones de la responsabilidad extracontractual .....	32
3. Sistemas de responsabilidad patrimonial: el funcionamiento de los servicios públicos.....	34
II. La responsabilidad patrimonial en la Constitución Política nicaragüense.....	38
1. Constitucionalización del principio de responsabilidad patrimonial en Nicaragua .....	38
2. Noción del servicio público en la Constitución .....	40
3. Intereses legítimos en la responsabilidad patrimonial .....	42
4. Responsabilidad patrimonial directa de la Administración Pública en Nicaragua .....	44
III. Configuración legal del sistema de responsabilidad patrimonial en Nicaragua .....	46
1. Lesión patrimonial.....	48
2. Relación de causalidad .....	57
3. La imputación de la responsabilidad patrimonial .....	58
4. Eximentes de responsabilidad.....	61
5. Sistema de responsabilidad objetivo en Nicaragua .....	63
6. Viabilidad de la responsabilidad objetiva en Nicaragua.....	69
IV. Vía Administrativa y jurisdicción competente en la responsabilidad patrimonial .....	74
1. Procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial.....	75
2. La acción de regreso .....	81
3. ¿Orden jurisdiccional exclusivo? .....	83
Conclusiones .....	97

Recomendaciones.....	99
Bibliografía.....	101

*RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA EN NICARAGUA: PROPUESTA DE LEGE FERENDA.....* 109

Juan Pablo Medina Arostegui

I. Introducción.....	109
II. Estado actual de la cuestión.....	112
III. Fuentes de imputación.....	122
IV. Modelos de responsabilidad .....	127
V. Reforma o ley especial .....	133
VI. Noción de persona jurídica .....	138
VII. <i>Compliance</i> y responsabilidad penal.....	159
Conclusiones .....	168
Bibliografía.....	170

## PREFACIO

.....

Odair Marcelo Morales Márquez y Juan Pablo Medina Arostegui nos presentan una obra con dos temas sensibles para el Estado de Derecho y la seguridad de las personas: *Fundamentos y límites de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública y la responsabilidad penal de la persona jurídica en Nicaragua*, que, por cierto, va más allá de una reflexión nacional, ambos trabajos se suman a la discusión de la comunidad científica global sobre estos temas. La obra también confirma el valor y la importancia de la *investigación* (poco común en nuestra realidad) como presupuesto para la edificación de una nación respetuosa de sus instituciones democráticas, y su aplicación, su transformación y desarrollo económico, social, cultural, tecnológico y político.

El trabajo de Morales Márquez, nos lleva a reflexionar sobre las prioridades en las cuales el Estado debe centrarse estratégicamente para promover y articular los principios del Estado de Derecho y, en consecuencia, el reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales de las personas. Estos esfuerzos deben dirigirse hacia la creación y fortalecimiento de las condiciones necesarias para lograr un desarrollo integral, para la gobernanza y la estabilidad en el proceso democrático del país. Y, en aspectos concretos implica generar la confianza para la inversión privada como actor importante en el fortalecimiento económico de los países. La promoción del Estado de Derecho permite fundamentalmente a los sectores menos favorecidos o vulnerables la reivindicación de sus derechos y libertades con

la promoción de la seguridad jurídica. El Estado debe aunar esfuerzos para la identificación y aplicación de una estrategia de gestión para fortalecer y profundizar el proceso de construcción o transformación del Estado de Derecho.

Dentro de la amplia perspectiva del Estado Democrático y Social de Derecho, uno de los principios que con valor superior establece nuestra Constitución es precisamente el Estado de Derecho pues, fija un conjunto de preceptos que sujetan a las personas y a los poderes públicos a la Constitución y a las leyes; establece y garantiza un sistema de derechos sociales, económicos, políticos y de libertades públicas, bajo la primacía de la dignidad humana. Estas prestaciones vitales a que está obligado el Estado frente a la comunidad son instrumentadas en gran medida por la Administración pública y la forma de desarrollarlas es amplia y abierta, y está determinada por la variabilidad misma de las actividades que deben ser satisfechas. Ello condiciona también la elección de los sectores de actuación que serán objeto de dichas prestaciones -educación, salud, trabajo, cultura, seguridad social, seguridad personal, familia, industria- así como su intensidad (ver arts. 57, 58, 59, 63 y 64 Constitución Política). Esa amplitud del concepto de prestaciones exige que la Administración pública se modernice y se adapte a las características del sector elegido para actuar.

En este sentido, la existencia del Estado de Derecho es esencial para la vigencia de la seguridad jurídica de la persona, y se apoya en tres presupuestos: La vigencia de un orden jurídico, el principio de legalidad (bajo el cual el Estado somete su actividad) y la separación de funciones de los poderes del Estado. Incluye en su

noción la creación del derecho supeditado al hecho de que la Constitución es la Ley Suprema. También que las leyes han de contribuir al desarrollo pleno y profundo del marco de acción constitucional y que deben estar inspiradas en los principios y valores superiores inherentes al orden democrático: libertad, seguridad, igualdad, justicia social y respeto a la dignidad humana. Estos principios y valores de rango constitucional se organizan en libertades individuales, derechos sociales, económicos y políticos.

Las características del Estado de Derecho son, entre las fundamentales, la sujeción al principio de legalidad, la jerarquía normativa, la legalidad administrativa, la separación o división de funciones de los poderes, el reconocimiento y respeto a los Derechos fundamentales de la persona, y el control constitucional de los actos administrativos. Estas características del Estado de Derecho se traducen en seguridad para la realización de los valores sociales y su respeto frente a probables actos arbitrarios de los poderes públicos. Así lo expresa la sentencia No. 2/2008, diez de enero, de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua,

“...la Constitución Política del país, derivado del modelo de Estado que consagra, el Estado Social de Derecho, determina que una de las funciones del Derecho es servir de límite al poder estatal y controlar su ejercicio, para ello, y bajo el Estado de derecho y el principio de la separación de poderes que constituyen el Estado, el Poder Judicial es el guardián de garantizar la supremacía de la Carta Magna, la jerarquía de las normas, el imperio de la legalidad y la protección y tutela de los derechos

humanos y, por tanto, evitar que los actos de poder desborden los preceptos previamente establecidos por la norma primaria.”

El Estado de Derecho tiene como base el principio de legalidad, garantía contra el abuso del Estado en contra de las personas. El principio de legalidad nace y resulta de identificar la acción del Estado con la ley, se refiere a la forma, cómo el Estado desarrolla su acción limitada y sujeta a la norma jurídica. En este sentido la persona queda protegida cuando el Estado se ve imposibilitado a infringir la ley, o sea, que la relación Estado-Persona está fundamentada en el fin primordial y razón de ser del Estado de Derecho: la seguridad jurídica.

Como advierte la sentencia No. 2/2008, diez de enero, de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua,

“... el poder del Estado constituye una poderosa oportunidad para servir a los intereses generales del pueblo, pero también puede generar una gran tentación para quienes lo ostentan y desnaturalizar tal interés. El deseo de ponerle límites eficaces y de garantizar que solo se usará de acuerdo con los intereses de la sociedad y con justicia, solo es posible si el mismo se desarrolla en el marco constitucional y las leyes vigentes. El poder está limitado por la soberanía que radica en el pueblo (art. 2 Constitución Política) y debe estar concebido para el desarrollo, progreso y crecimiento de los habitantes. Por ello, la Constitución considera nulos los actos del poder público violatorios de los derechos que ella garantiza, señalando inclusive la responsabilidad patrimonial de las

instituciones del Estado por los daños y perjuicios causados por funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o función (art. 131 Constitución Política)”.

Para alcanzar de manera integral ese Estado de Derecho es necesario convertir en leyes los postulados constitucionales aún pendientes de desarrollar y articular. Existe un consenso entre los juristas nicaragüenses que el texto de la Constitución requiere un desarrollo legislativo acorde con sus amplios horizontes y con la complejidad del momento actual. Habrá que redoblar esfuerzos políticos, administrativos y económicos para la creación de leyes cada vez más ajustadas tanto a la realidad actual como a las más ambiciosas visiones de futuro de la nueva Nicaragua.

Desde su perspectiva actual, el texto constitucional nicaragüense requiere de un desarrollo legislativo amplio y complejo, pues todavía no hay una total correspondencia entre la titularidad formal de los derechos en él consagrados y su ejercicio real y efectivo, debido a que es un proceso en desarrollo legislativo, judicial y cultural. El Estado nicaragüense necesita de un ordenamiento jurídico adecuado a la realidad social que garantice, en primer lugar, que el Estado esté conceptualizado, estructurado y organizado de forma coherente a su naturaleza o modelo constitucional, Estado democrático y social de Derecho (art. 6 Constitución Política). En este sentido, el Estado estaría organizado con los procedimientos adecuados y seguros para desarrollar su actividad estatal y administrativa (por ejemplo: Ley de Organización del Estado; Ley General de la Administración Pública, Ley de Procedimiento Administrativo Común, Ley de Procedimiento Con-

tencioso-Administrativo y Ley de Responsabilidad Patrimonial del Estado), es decir, el Estado nicaragüense debe experimentar una reforma profunda en el plano formal e institucional, social y económico. Ya que no es posible, por la propia naturaleza de su modelo y exigencia de la sociedad, pretender la existencia de un Estado pasivo, provincialista, artesanal y contemplativo, solo de carácter formalista.

Así, como destaca la sentencia No. 2/2008, diez de enero, de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua,

“la fórmula del Estado Social que establece la Constitución Política **estaría al servicio de las personas** (art. 131 Constitución Política), **y tomando partido efectivo en la vida activa de la sociedad**, sin temor de que se desborde de los controles del Estado de Derecho. En este sentido, la dinámica de la interacción entre las instituciones estatales y la ciudadanía o viceversa, está determinada, no sólo por la necesidad de que las instituciones públicas actúen o intervengan de forma positiva en la colectividad, sino además de que la misma se realice bajo reglas previas, taxativas y estrictas del Estado de derecho”. (En negrilla es mío)

La sociedad nicaragüense tiene un elevado nivel de expectativas en torno a la actividad de los poderes públicos. Sin desconocer el papel positivo que ha jugado el sistema político en la transformación de la sociedad nicaragüense, en el curso de su evolución se han generado algunas disfunciones que le impiden acompañar y sostener las transformaciones que son una exigencia perentoria; impidiendo la plena realización de las

garantías sociales, económicas, políticas e individuales contempladas en la Constitución.

La Administración pública es un instrumento de ejecución de las políticas del Estado, sin embargo, en su estructura reproduce los desajustes del sistema político y su pérdida de dinamismo e incapacidad para dar adecuadas respuestas a las crecientes y heterogéneas demandas emanadas de la sociedad civil. Se evidencia así una marcada falta de capacidad para impulsar el proceso de transformaciones requerido y atender debidamente a la persona en los aspectos que la ley pone a su cargo. La disfunción básica de la Administración pública puede estar en el llamado “sistema del botín”.

En el sistema del botín –*spoil system*– al implicar la sobrepoblación de todas las decisiones que afectan el aparato público, aumenta la discrecionalidad en las decisiones públicas, y sustenta la selección y precaria continuidad de los funcionarios públicos, en lealtades partidistas y personales. Se basa en que el poder público, el «botín», pertenece y es distribuido por el partido triunfador.

La presencia excesiva de la *ratio* política, signada por el sistema del botín, si bien encontró su razón de ser en circunstancias históricas y en contextos determinados, hoy se yergue como un obstáculo fundamental para el desarrollo de una administración eficaz y eficiente. La Administración pública debe caracterizarse por la estabilidad en la función pública, y estar dotada de funcionarios competentes, capaces de orientar hacia la atención de las demandas de las mayorías y no de cerrados criterios clientelistas. Una administración que se configure sobre esta base será capaz de estable-

cer y administrar reglas iguales para todos, estables en el tiempo, y seguridad a la comunidad.

Como indica la sentencia No. 2/2008, diez de enero, de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, las formas de interactuar entre los servidores y usuarios de la Administración pública, la relación administración-administrado,

“debe llevarse a cabo en el marco de las normas jurídicas que ponen la función pública al servicio de los intereses del pueblo, con base al control de la legalidad. Esto supone que la función pública es una institución al servicio de la sociedad, pero regulada y diseñada para que el usuario acceda al mismo bajo una serie de principios anidados en la Constitución Política como, por ejemplo, el de igualdad, eficacia y profesionalismo”.

La idea de fortalecer el Estado de Derecho, cobra mayor necesidad si se toma en consideración la naturaleza constitucional del Estado nicaragüense: Estado democrático y social de derecho. La sentencia No. 2/2008, diez de enero, de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, desarrolla y articula con claridad la conceptualización y los alcances del modelo, expresa,

“Este modelo de Estado, el social de derecho, producto de la unión de los principios del Estado liberal y del Estado social, supone la superación del Estado guardián, para convertirse en un Estado de carácter interventor en los asuntos sociales, por lo menos en teoría.

El Estado liberal responde a la preocupación de defender a la sociedad de su propio poder,

lo que pretende conseguir mediante la técnica formal de la división de poderes y el principio de legalidad. El Estado Social, en cambio, supone el intento de derrumbar las barreras que en el Estado liberal separaban a Estado y sociedad. Si el principio que regía la función del Estado liberal era la limitación de la acción del Estado en los temas sociales, el Estado social se edifica a continuación en motor activo de la vida social, está llamado a modificar las efectivas relaciones sociales. La Constitución Política, al crear el modelo de Estado en Social y de Derecho, hace que del Estado-guardián preocupado ante todo de no interferir en el juego social, pasa a configurarse en un Estado intervencionista (Welfare State), para la configuración de los problemas socialmente más sensibles. El Estado liberal y social, representan dialécticamente la tesis y antítesis, la aparición histórica de este último representó un relajamiento y un distanciamiento de las garantías liberales. Esto no significa o implica que la concepción del Estado social o intervencionista sea autoritaria. Lo único esencial al mismo es la asunción de una función de incidencia activa en las relaciones sociales efectivas, y esta función puede ponerse al servicio no sólo de una minoría o de un discutible interés social general, sino también del progreso efectivo de cada una de las personas. Siendo así su naturaleza, no resulta contradictorio con ese Estado Social el imponerse los límites propios del Estado de Derecho, igualmente al servicio de la persona, no obstante, para impedir que se desarrolle en un Estado inter-

vencionista autoritario. El fortalecimiento del Estado de Derecho no sólo supone la tentativa de someter la actuación del Estado social a los límites formales del Estado de Derecho, sino también su orientación material hacia la democracia real o social”.

Este fortalecimiento del Estado de Derecho que refiere la referida sentencia, exige, en materia de la Responsabilidad Patrimonial del Estado (art. 130 Constitución Política), como expresa Morales Márquez, la “regulación legal moderna que apunte a incorporar aspectos técnicos como la noción del funcionamiento de los servicios públicos, los requisitos de la lesión, el tipo de sistema, los títulos de imputación y una vía administrativa previa que junto a la jurisdicción contencioso-administrativa permitan la efectiva implantación de un sistema de responsabilidad hasta ahora inactivo”.

Medina Arostegui desarrolla la *responsabilidad penal de la persona jurídica en Nicaragua: propuesta de lege ferenda*. La investigación, en palabras de su autor, “trata de la problemática que se deriva del hecho de determinar qué tipo de responsabilidad penal ha de ser proporcional a los hechos delictivos cometidos en el ámbito de las personas jurídicas” y expresa la necesidad de “crear una ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, fundamentado en razones políticas criminales nacional e internacional, sobre todo por el impacto de la creciente delincuencia empresarial que el país ha experimentado en las últimas décadas, sobre todo, en el orden socioeconómico.

La delincuencia económica se ha infiltrado en las administraciones públicas, es evidente que el actual modelo de consecuencias accesorias y de la fórmula de actuar

en nombre de otro ha resultado ser insuficiente, debido a la naturaleza de tales medidas y su falta de definición, siendo necesario el modelo de responsabilidad penal corporativa. De estos temas se ocupa el presente trabajo, pasando por un análisis de las fuentes de imputación penal, los modelos de responsabilidad penal, los modelos de prevención de delitos (*compliance* penal) y la figura polémica del oficial de cumplimiento (*compliance officer*), teniendo como referente, en este último caso, la experiencia española.

El tema responsabilidad de las personas jurídicas y lo relacionado al *criminal compliance*, se regula en el Código penal desde el concepto genérico de “actuación en nombre de otro” y, en el supuesto de que algún agente involucre a la empresa, se establecen consecuencias accesorias. Por tanto, el *criminal compliance* en el Derecho penal nicaragüense continúa siendo una asignatura pendiente, como expresa el autor de la investigación.

Las nuevas modalidades de criminalidad relacionadas con el sistema económico y empresarial surgen en el contexto de una economía global marcada por lineamientos liberales, y el Estado se convierte en el responsable de crear los mecanismos para reducir, prevenir y sancionar estas formas nuevas de criminalidad perniciosas para la sociedad. En esta dinámica, se ha creado paralelamente lo que se denomina el *Compliance Program* o Programa de Cumplimiento Normativo, mecanismo que se basa en la autorregulación de las empresas para prevenir y/o evitar la comisión de infracciones ilegales, a través de la implementación de normas o medidas que aseguren los cumplimientos de las reglas dentro de su estructura organizacional.

Esta propuesta, como se explicó anteriormente, está ligada a ideas liberales porque pretende la promoción y aseguramiento del libre mercado. Para el inglés David Harvey, profesor de la Universidad de la Ciudad de Nueva York, se trata de una idea de “bienestar del ser humano” radicada en la no restricción del libre desarrollo de las capacidades y de las libertades empresariales del individuo dentro de un marco institucional caracterizado por derechos de propiedad privada fuertes, mercados libres y libertad del comercio, y el papel del Estado se reduce a crear y preservar el marco institucional apropiado para el desarrollo de estas prácticas. Los valores que predominan en este modelo, según el investigador mexicano Jaime Cárdenas Gracia, son “los valores empresariales como la competencia, el interés, la descentralización, la deslocalización, el fortalecimiento del poder individual y las limitaciones a los poderes centrales. Se estima que las instituciones estatales deben funcionar bajo los parámetros de competencia, eficiencia y eficacia de las empresas privadas y que, en lugar de promover el bien común o el desarrollo de la sociedad civil y de la justicia social, el gobierno debe impulsar la transformación de la mentalidad burocrática y sustituirla por visiones empresariales para garantizar el libre mercado”. Es decir, la visión economicista actual, está orientada para la implementación y el desarrollo del mercado libre, máxima expresión de sus postulados, puedan impulsar, con estas transformaciones (y con otras) un marco jurídico penal y corporativo empresarial que la garantice.

Esto no quiere decir, que el nuevo enfoque esté orientado para abordar o minimizar la pobreza estructural, o retomar las diversas problemáticas que enfrentan las sociedades, sino que sólo se ocupa de las mejores prác-

ticas empresariales (y de quienes tienen mayor poder) para garantizar la transparencia en el tráfico económico y la competencia relativamente leal en el desarrollo y expansión de los intereses económicos, pero no social, claro está. El debate está abierto.

Agradezco a los profesores Odair Marcelo Morales Márquez y Juan Pablo Medina Arostegui, el honor que me brindan al incluir estas reflexiones en su obra, auspiciada por el Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua, y la Facultad de Derecho, Ciencias Política y Sociales de la Universidad Nacional de Pilar, Paraguay, y expreso mi enhorabuena por valiosa contribución al Derecho administrativo y Derecho penal nicaragüense. También, deseo felicitarles, porque hacen lo que no es costumbre en nuestro país, investigar, el valor de la investigación, y la presente no es de menos, es presentar una realidad concreta con la finalidad de transformarla con acciones concretas, sólo así nuestro país podrá desarrollarse y crecer, falta que hace.

Dr. h. c. mult.  
Sergio J. Cuarezma Terán  
Exmagistrado de la Corte Suprema de Justicia  
Profesor e investigador de Derecho penal  
Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ)  
República de Nicaragua  
Managua, Nicaragua, 12 de agosto de 2020



# PRÓLOGO

---

Con sumo gusto prologo la presente obra que el lector tiene en sus manos, la cual está dedicada a cuestiones actuales de responsabilidad en Nicaragua. Ambos artículos académicos que la integran son el fruto de las reflexiones que los autores, dos jóvenes investigadores, realizan sobre aspectos trascendentales de la responsabilidad en el sistema jurídico nicaragüense desde dos ópticas distintas: la responsabilidad de la Administración pública y la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Desde la primera óptica, el LL. M. Odair Marcelo Morales Márquez realiza una pertinente exposición de los antecedentes históricos y situación actual de la responsabilidad patrimonial en Nicaragua, tendencias y principales modelos de regulación en Derecho comparado de esta figura. Esta investigación parte, como no podría ser de otra manera, del principio de responsabilidad patrimonial de la Administración proclamado por la Constitución nicaragüense y aborda críticamente su falta de desarrollo legislativo. De igual forma, este trabajo plantea cuestiones de gran calado que aportan a la configuración legal del sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración pública para de ahí partir en la distinción entre el modelo de responsabilidad contractual y extracontractual y hacer propuestas de *lege ferenda* como respuestas a las lagunas legales detectadas en el ordenamiento jurídico nicaragüense. Además, perfila de forma sugerente el camino para futuras investigaciones en temas vinculados con la res-

ponsabilidad del Estado legislador y la responsabilidad del Estado por actos judiciales.

Por otro lado, el LL. M. Juan Pablo Medina Arostegui en su investigación aborda lo relativo al porqué es útil y necesario sancionar penalmente a las personas jurídicas y propone un modelo legislativo para su regulación. Este autor también realiza una pertinente exposición de la discusión actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tendencias y principales modelos de regulación en Derecho comparado de esta figura, hace un repaso sobre los argumentos en favor y en contra de la necesaria revisión del principio “*Societas delinquere non potest*” que ello implica y la valoración de sus consecuencias.

Claramente el autor se decanta en favor de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas en Nicaragua y para ello, dentro de las fuentes de imputación penal, se sustenta en la falta de organización y control dentro de las corporaciones y en el beneficio o provecho que las mismas hubieran podido obtener. En este sentido, propone una reforma legislativa y determina los posibles modelos de responsabilidad para justificar la responsabilidad penal de las personas jurídicas y define una postura a favor de la creación de una ley especial. El último aspecto clave es la referencia que el autor hace a los *Compliance Program* Penal o programas de cumplimiento normativo penal y sus efectos en la exención y atenuación de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Es denominador común en ambas investigaciones, habida cuenta de la monumental cantidad de literatura extranjera existente al respecto de las dos temáticas abordadas en esta obra, la novedad que implica la in-

roducción de estas discusiones en el foro nacional a través de estos estudios serios y rigurosos sobre los más relevantes aspectos técnico-jurídico-políticos de la responsabilidad. Acabo. Por ello, considero que en ese marco cualquier discusión académica o propuesta político-jurídica sobre estos temas deberá, en lo sucesivo, tener en cuenta las aportaciones de esta obra.

Marcelo A. Castillo Monterrey  
Doctor Internacional por la Universidad de Salamanca  
Profesor Titular de Derecho Penal  
Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua, León  
(UNAN-León)  
León, Nicaragua, 2020

## **Acerca de los autores**

Odair Marcelo Morales Márquez. Licenciado en Derecho por la Universidad Centroamericana (UCA), Nicaragua; Máster con excelencia académica en Derecho Administrativo por el Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ), Nicaragua; Máster con excelencia académica en Derecho de Empresas con Especialización en Asesoría Jurídica por la Universidad Centroamericana (UCA), Nicaragua.

Juan Pablo Medina Arostegui. Licenciado en Derecho por la Universidad Centroamericana (UCA), Nicaragua; Especialista en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal por la Universidad Centroamericana (UCA), Nicaragua; Especialista en Derecho Penal por la Universidad Autónoma de Nicaragua, León (UNAN-LEÓN); Magíster Profesional en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal por la Universidad Autónoma de Nicaragua, León (UNANLEÓN); Máster con excelencia académica en Derecho de Empresas con Especialización en Asesoría Jurídica por la Universidad Centroamericana (UCA), Nicaragua.

# RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN NICARAGUA: UN PILAR EN CONSTRUCCIÓN

A María Elena y Héctor  
Flavia y Jahir

## **Introducción**

---

De acuerdo con García de Enterría y Fernández (2008), el principio de responsabilidad patrimonial junto con el de legalidad constituyen los dos grandes soportes estructurales del Derecho Administrativo. En este sentido, Escorcía (2018) dice que el tema de la responsabilidad junto al de la jurisdicción contencioso-administrativa es considerado un pilar para la construcción de un Derecho Administrativo garantizador. En Nicaragua el principio de responsabilidad está consagrado en la Constitución Política, sin embargo, no se encuentra articulado adecuadamente en la legislación administrativa. Se podría decir que la base ha sido colocada pero que el pilar aún está en construcción.

Nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 131 de la Constitución Política, lo regula, al señalar que:

El Estado, de conformidad con la ley, será responsable patrimonialmente de las lesiones que, como consecuencia de las acciones u omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo, sufran los particulares en sus bienes, derechos e intereses, salvo los casos de fuerza mayor. El Estado exigirá las responsabilidades legales correspondientes a los

funcionarios o empleados públicos causantes de la lesión. Los funcionarios y empleados públicos son personalmente responsables por la violación de la Constitución, por falta de probidad administrativa y por cualquier otro delito o falta cometida en el desempeño de sus funciones.

Como se podrá apreciar, tal previsión constitucional, configura este principio centrándose en la actuación u omisión de los funcionarios públicos y no en la noción del funcionamiento de los servicios públicos, además, no concede elementos que permitan determinar si el tipo de régimen es de corte objetivo o subjetivo, si es imputable el daño solo por funcionamiento anormal de los servicios públicos o si también lo es en supuestos de funcionamiento normal. Sin estos elementos en el texto constitucional solo podríamos encontrar respuesta en la legislación vigente, sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico administrativo la responsabilidad patrimonial solo es abordada en la Ley de Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo (2000), pero su contenido pone énfasis en aspectos jurisdiccionales, no en los normativos, entonces ¿En qué tipo de sistema nos encontramos? Y más importante aún ¿Qué sistema elegir ante una posible regulación sobre la materia?

Actualmente no se cuenta con una ley que regule los elementos, características y fundamentos que la doctrina y el Derecho Comparado han atribuido a esta figura, solo así se podría hablar de un régimen de responsabilidad patrimonial que no se confunda con la responsabilidad extracontractual en materia civil, tomando en cuenta que nuestra Constitución somete a

la Administración Pública a un Derecho Administrativo que necesita que la responsabilidad patrimonial se erija como uno de sus pilares. ¿Es acaso la regulación legal actual insuficiente para poner en marcha el instituto de la responsabilidad patrimonial en Nicaragua?

Desde el punto de vista procedimental no se tiene un procedimiento administrativo previo que permita a los administrados exigir primero la indemnización a la Administración y solo en caso que esta no satisfaga sus pretensiones indemnizatorias acudir a la jurisdicción administrativa. Este procedimiento podría activar el sistema de responsabilidad y con ello una cultura de actuación administrativa apegada al principio de legalidad.

El artículo 15.2 de la Ley de Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo (2000, ley 350 en adelante) atribuye la competencia de las cuestiones que se suscitaren sobre la responsabilidad patrimonial del Estado y de la Administración Pública a la jurisdicción contencioso-administrativa, no obstante, también señala que “Se exceptúan aquellas demandas civiles, mercantiles o laborales que por su naturaleza deben tramitarse ante la jurisdicción ordinaria”, lo que hace surgir otras interrogantes ¿existe unidad jurisdiccional en esta materia a favor de la jurisdicción contencioso-administrativa? ¿Puede otro orden jurisdiccional intervenir en estos asuntos?

En estos temas se centra el desarrollo de esta investigación, que primero repasa los fundamentos teóricos de la responsabilidad patrimonial, su concepto, funciones y regímenes para luego enfocarse en el estado actual de esta institución en el ordenamiento jurídico nicaragüense y en una propuesta de regulación nor-

mativa que contribuya a activar el sistema de responsabilidad, garantizado así los derechos e intereses de los administrados, al mismo tiempo que incremente la eficacia y eficiencia de la actividad administrativa.

Este estudio se realiza bajo un método de análisis deductivo, en la revisión y síntesis de la legislación y de la doctrina nacional y extranjera en temas de la responsabilidad patrimonial. Consiste en una investigación documental argumentativa que tiene la aspiración de diagnosticar el estado actual de la institución patrimonial en nuestro país y plantear propuestas para superar los obstáculos y vacíos normativos presentes en nuestro ordenamiento, fortaleciendo así la seguridad jurídica de los administrados.

## **I. Generalidades sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública**

---

García de Enterría y Fernández (2008, p. 343) citan a Hauriou al decir que “hay dos correctivos de la prerrogativa de la administración que reclama el instinto popular, que actúe, pero que obedezca a la ley; que actúe pero que pague el perjuicio.”

Según Ramón Parada (2017):

La responsabilidad es la posición del sujeto a cargo del cual la ley pone la consecuencia de un hecho lesivo a un interés protegido. Esa responsabilidad puede ser contractual, cuando la obligación de resarcir deriva del incumplimiento de un deber nacido de una relación jurídica singular, o extracontractual, originada al

margen de la existencia de aquella relación por una acción u omisión que transgrede el mandato general de no hacer daño a otro. (p. 500)

Por su parte, Sánchez Morón (2012) dice: “se podría definir de una forma simple como el deber legal de la Administración de reparar los daños y perjuicios causados a otros sujetos de Derecho, que deriven de sus actividades” (p. 938)

## 1. CLASES DE RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Para González Pérez (2016), “se concreta, por tanto, en la obligación de resarcir los daños evaluables económicamente ocasionados por acción u omisión a ellas imputables” (p. 181). Continúa este mismo autor diciendo que en atención al régimen jurídico de la responsabilidad de la Administración Pública se impone la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual

La Administración Pública para la realización de sus fines recurre a la contratación, que bien puede sujetarse al Derecho Administrativo o al Derecho Privado —tal es el caso de las empresas públicas— (González Pérez, 2016). En nuestro país la responsabilidad contractual se manifiesta, por ejemplo, en la Ley de Contrataciones Administrativas del Sector Público (2010) y en la Ley de Contrataciones Administrativas Municipales (2012).

Distinta a la responsabilidad creada a partir de los daños causados por la relación contractual entre el Estado y los particulares, ya sea por incumplimiento de contratos o de concesiones administrativas se encuen-

tra la responsabilidad extracontractual, sobre la cual versará esta investigación.

Para Gordillo (2014), es la que se produce cuando una persona sufre un daño, material o moral, causado directamente por el Estado. Para este autor es “aquella que surge no de la violación de una obligación contractualmente (de mutuo acuerdo contraída—la que corresponde estudiar al referirse a los contratos administrativos— sino de una conducta cualquiera de los órganos del Estado no referida a un acuerdo previo de voluntades con el sujeto damnificado” (p. 312).

La responsabilidad patrimonial no es sino una consecuencia de la actividad administrativa, es algo inevitable si se piensa en el sinnúmero de actuaciones administrativas que se desarrollan para la prestación de los servicios públicos. Brewer Carías (2013) sostiene:

La actividad administrativa, como resultado del ejercicio de competencias de los órganos de la Administración Pública legalmente establecidas en forma expresa y cuyo cumplimiento es generalmente de carácter obligatorio, como toda actividad en el mundo del derecho, puede producir daños a los administrados, tanto en el ejercicio lícito de sus poderes como por hecho ilícito. Si estos daños se producen, tanto los titulares de los órganos del Estado o de su Administración Pública (los funcionarios públicos) como las personas jurídicas estatales deben responder por los mismos. (p. 38).

A pesar que la institución de la responsabilidad contractual y extracontractual surgen de la doctrina civilista, en la actualidad, ya no dependen de los criterios

y principios elaborados por el derecho civil, porque el Derecho Administrativo se ha encargado — a través de la jurisprudencia y de la legislación administrativa— de elaborar principios y criterios específicos para la responsabilidad patrimonial del Estado. Al respecto, Gordillo (2014) nos dice que a la responsabilidad del Estado “se le llama todavía, a veces, responsabilidad civil del Estado, pero ello es un eufemismo, porque ni se trata de la clásica “responsabilidad” del derecho privado, ni es tampoco “civil” en el sentido de regirse por las normas de dicho Código” (p. 311). Existen excepciones como en el caso del Derecho italiano, su sistema gira en torno al Código Civil, lo que quiere decir que si responde en gran medida a criterios y principios del Derecho Civil.

En este contexto, la utilización del artículo 2509 del Código Civil de la República de Nicaragua (1904) como normativa principal o general, no es adecuado en asuntos de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, ya que podría estar pensado para la responsabilidad extracontractual entre particulares sin hacer referencia directa al Estado o a sus agentes a como si lo disponía el artículo 1903 del Código Civil Español —artículo derogado— que decía que el Estado podía ser responsable cuando actuaba a través de un agente especial (Garrido Falla, 1989).

Con el principio de responsabilidad patrimonial consagrado en el artículo 131 de la Constitución y la Ley de reforma parcial a la Constitución Política de la República de Nicaragua (2014) que somete a la Administración Pública a un régimen de Derecho Administrativo y a la Jurisdicción de lo contencioso-administrativo, sería recomendable pensar en una normativa de esa natura-

leza que regulase ese principio teniendo a la Administración Pública como sujeto responsable, teniendo a las disposiciones civiles como un marco de referencia e incluso como una base jurídica, en temas de responsabilidad estatal, pero recordando las palabras de Tena Ibarra (1951), al señalar que no es aconsejable aplicar a la Administración los criterios del Derecho Privado.

En otras palabras, el punto de partida para el análisis y desarrollo de la responsabilidad patrimonial podría partir desde el artículo 131 de la Constitución y el contenido de la ley 350, en pro de una ley que regule y articule el fundamento legal de la responsabilidad patrimonial. Sin olvidar, que actualmente, la utilidad práctica del artículo 2509 C en nuestra realidad, sin contar con una normativa específica que regule la responsabilidad patrimonial del Estado, es indiscutible, e incluso cuando aquella exista, también la poseerá desde una perspectiva supletoria, tanto de esa posible normativa como de la contencioso-administrativa.

Actualmente, se está abordando la responsabilidad del Estado legislador y la responsabilidad del Estado por actos judiciales, en palabras de González Pérez (2016), “la responsabilidad del Estado legislador y del Estado juzgador todavía se encuentra en proceso de consolidación” (p. 58). Esta investigación se centrará en la responsabilidad de la Administración Pública, entendida esta como la que deriva de la actuación administrativa causante de daños patrimoniales.

## 2. FUNCIONES DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

En cuanto a sus funciones, Martín Rebollo (1999) sostiene que “la responsabilidad es, desde luego, siempre y en primer lugar, un mecanismo de garantía. Pero es

también un medio al servicio de una política jurídica” (p. 370).

La responsabilidad extracontractual de la Administración debe satisfacer las funciones que la doctrina civilista atribuye a dicha responsabilidad, la función reparatoria, siendo la más trascendental en la institución de la responsabilidad patrimonial será vista desde el ámbito civil o del Derecho Administrativo (Mir Puigpelat, 2002).

En resumen, para Mir Puigpelat (2002), las funciones de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública son:

1. La función reparatoria o compensatoria: persigue asegurar la integridad patrimonial de los particulares, sirve como una garantía patrimonial. Cabe resaltar que la función reparatoria será más intensa en un sistema de responsabilidad objetiva que en uno basado en la culpa.
2. Función preventiva: sirve junto a otros instrumentos como la responsabilidad penal o disciplinaria para tratar de evitar los daños causados por el poder público.
3. Función de control: se refiere al control de buen funcionamiento de los servicios públicos. García de Enterría (1984) sostuvo que, a través de la imputación de los supuestos de funcionamiento anormal de la administración, la jurisdicción administrativa ejerce un control sobre el grado de rendimiento social de los servicios públicos. En otras palabras, además de asegurar la integridad patrimonial de los administrados, se ejercita un saludable control sobre el funcionamiento administrativo, imponiendo

una carga de diligencia funcional media —similar al termino buen padre de familia en materia civil—. Esta función, aunque solo tenga aplicación en los supuestos de imputación de la responsabilidad por funcionamiento anormal, supone que la Administración aprenda como debe actuar en el futuro para evitar ser condenada (Martín Rebollo, 1999).

### 3. SISTEMAS DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL: EL FUNCIONAMIENTO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

En la actualidad existen fundamentalmente dos sistemas de responsabilidad patrimonial, el de tipo objetivo y el subjetivo, para diferenciarlos es preciso tener claridad sobre lo que se considera funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Para empezar, se necesita conocer el alcance del término “servicio público”, ya que en temas de responsabilidad patrimonial este amplía su noción. Parada Vázquez (2017) nos dice al respecto:

El término servicio público que usa la ley debe entenderse como sinónimo de actividad administrativa, comprendiendo la actividad de servicio público en sentido estricto o prestacional, así como la de policía o limitación, la actividad sancionadora y la arbitral; incluso puede imaginarse la producción de daños a través de una actividad de fomento cuando favorezca a unos administrados en detrimento injustificado para otros. (p. 506)

Aclarada la amplitud de la noción de los servicios públicos en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, es conveniente abordar el funcionamiento de los servi-

cios públicos, el cual puede ser considerado como funcionamiento anormal —sirve de base a la imputación en sistemas de responsabilidad tipo subjetivo— y funcionamiento normal —como modalidad de imputación en sistemas de responsabilidad de tipo objetivo y con carácter restringido en los sistemas de tipo subjetivo.

### 3.1 Sistema de responsabilidad patrimonial de corte objetivo

En el Derecho Administrativo la responsabilidad objetiva también es entendida como el tipo de responsabilidad extracontractual en la que no intervienen los elementos de la culpa o la negligencia. En palabras, de García de Enterría y Fernández (2008), cuando el administrado no tiene el deber jurídico de soportar un daño ocasionado existe responsabilidad.

La responsabilidad objetiva es una responsabilidad sin falta del funcionario o del servicio (Parada Vázquez, 2017). Es muy favorable a la víctima, ya que admite la responsabilidad sin falta fundada únicamente en el riesgo, de cierto modo se sustituye la noción de culpa por la de lesión.

En España la responsabilidad patrimonial es objetiva, su Ley de Régimen Jurídico del Sector Público (2015), en su artículo 32.1, dice que “los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”. La expresión “funcionamiento normal o anormal” indica la respon-

sabilidad objetiva, ya que el sistema objetivo permite, de manera general, la imputación en ambos supuestos.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo español admite la responsabilidad por funcionamiento normal de la Administración Pública. La sentencia del 27 de enero de 1971 reconoce el derecho a indemnización por los perjuicios causados a domicilios e industrias por privación de luz y ventilación con motivo de la ejecución de obras públicas, por dejar las casas afectadas en una especie de fosa de difícil comunicación, poca luz y ventilación (Garrido Falla, Palomar Olmeda & Losada González, 2002). En este caso la actuación administrativa no se aleja de los estándares aceptables en materia de ejecución de contratos administrativos, sin embargo, al producirse un daño surge el derecho a la indemnización, a esto se suman ejemplos que la doctrina considera como de riesgo objetivo, como es el caso de explosión de un polvorín militar, el derrumbe de un edificio público o la colisión de un avión de las Fuerzas Aéreas cuando causen daños a los administrados.

### 3.2 Sistema de responsabilidad patrimonial de corte subjetivo

Se caracteriza por el predominio del funcionamiento anormal de los servicios públicos como causa de imputación, restringiendo los supuestos indemnizatorios por funcionamiento normal a un mínimo.

El funcionamiento anormal o funcionamiento con falta a como le llaman los franceses ocurre cuando un servicio público no ha funcionado del todo, ha funcionado defectuosamente o lo ha hecho con retraso. En el funcionamiento con falta, los funcionarios, dentro de sus funciones, han actuado inadecuadamente, pero también puede ocurrir que el daño se produce de forma

anónima, debido a una serie de causas no determinadas tales como lentitud, defectos de mantenimiento, efectos de organización, etcétera (Parada Vázquez, 2017).

En la determinación de si los servicios públicos han funcionado anormalmente toma un rol importante el estándar de funcionamiento, como método de definición de lo que se considera una actividad administrativa exigible en términos de responsabilidad, estos pueden ser estándares en sentido estricto, que son aquellos que determinan objetivamente niveles de pureza, eficacia, seguridad o supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, pero también pueden ser estándares que se puedan considerar razonables o exigibles de acuerdo a la conciencia social, pudiendo formar parte del concepto de “buena administración” (Paricio Rallo, 2018).

La sentencia del Tribunal Supremo Español del 18 de julio de 1983 declara la responsabilidad por el hundimiento del buque *Urquila*, porque las cartas de navegación facilitadas al capitán del buque por la Comandancia de marina no eran correctas, evidentemente el servicio público funcionó defectuosamente (Garrido Falla, et al., 2002).

Del mismo modo, otra sentencia del mismo Tribunal condena a la Administración por funcionamiento anormal, en este caso un enfermo mental declarado obtiene una licencia de armas, posteriormente amenaza a sus hermanos con esta arma y es condenado por ello a dos años de internamiento, no obstante, el internamiento no se realizó y el enfermo mental mató a dos de sus hermanos, a uno de ellos con el arma para la que tenía autorización. En este caso hay dos muestras de funcionamiento anormal, por un lado, la concesión

de la licencia de armas y por otro, la omisión de ejecutar la sentencia que mandaba el internamiento (Agoués Mendizabal, et al., 2014).

## **II. La responsabilidad patrimonial en la Constitución Política nicaragüense**

---

En el Derecho nicaragüense esta institución nace con el reconocimiento en la supra norma, rompiéndose el paradigma de la irresponsabilidad, por lo menos teóricamente hablando.

A partir de ahí y con la aprobación de la Ley Reguladora de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo (2000) se va articulando el sistema de responsabilidad patrimonial en nuestro país, sin embargo, el camino por recorrer es inmenso, pues no existe una ley que regule los aspectos esenciales de este tipo de responsabilidad, como lo son la imputación, los elementos del daño y la relación de causalidad, pero sobre todo no se define en qué tipo de sistema nos encontramos, por lo que no se puede predicar con certeza cuál es el alcance de nuestro régimen de responsabilidad.

### **1. CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN NICARAGUA**

La cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho presente en nuestro texto constitucional demanda no solo la consagración del principio de responsabilidad patrimonial, sino que también exige la articulación y el reforzamiento de un sistema que cumpla con sus funciones, especialmente con la de control, la cual está directamente conectada a los principios de eficacia y eficiencia establecidos en el artículo 131 de

la Constitución. En este sentido Parra Martínez y Jiménez (2016) sostienen que la concepción del Estado Democrático y Social de Derecho crea un Estado más garantista, lo que impacta en el régimen de responsabilidad.

En nuestro país el principio de responsabilidad patrimonial fue regulado por primera vez en la Constitución de 1950, cuyo artículo 23 decía “los nicaragüenses no podrán pretender que el Estado los indemnice cuando resulten lesionados en su persona o bienes, por actos que no se hubiesen ejecutado por autoridades legítimas en el ejercicio de sus funciones”.

Con dicha disposición se tuvo que recurrir a una interpretación contrario sensu, lo que significaba que sí podrían ser indemnizados cuando las lesiones provenían de autoridades legítimas en el ejercicio de sus funciones, aparentemente cubriendo los daños cometidos tanto de forma dolosa como culposa, con esto se puso de manifiesto una de las diferencias que tenía con la responsabilidad de los funcionarios, ya que estos respondían solo cuando su actuación fuese culposa o con abuso en el ejercicio de sus funciones (Viscasillas, 2006).

La Constitución de 1974 mantuvo la responsabilidad patrimonial del Estado en los mismos términos que la de 1950, no obstante, fue la de 1987 la que daría un paso atrás, dejando establecida únicamente la responsabilidad de los funcionarios, retornando al viejo dogma de la irresponsabilidad, afortunadamente esto no duro mucho, ya que la reforma de 1995 modificó el artículo 131, sentando la base para un verdadero sistema de responsabilidad patrimonial, actualmente vigente:

El Estado, de conformidad con la ley, será responsable patrimonialmente de las lesiones que, como consecuencia de las acciones u omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo, sufran los particulares en sus bienes, derechos e intereses, salvo los casos de fuerza mayor. El Estado exigirá las responsabilidades legales correspondientes a los funcionarios o empleados públicos causantes de la lesión. Los funcionarios y empleados públicos son personalmente responsables por la violación de la Constitución, por falta de probidad administrativa y por cualquier otro delito o falta cometida en el desempeño de sus funciones.

El artículo 131 introduce elementos importantes para el instituto resarcitorio. Primeramente, rompe —en el plano formal— con el paradigma de la irresponsabilidad del Estado, incorpora un criterio de imputación basado en la actuación de los servidores públicos y extiende el concepto de lesión no solo a los bienes y derechos sino también a los intereses. Asimismo, contempla una vía de regreso para exigir responsabilidad a los agentes del Estado causantes del daño.

## 2. NOCIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO EN LA CONSTITUCIÓN

La responsabilidad patrimonial incluida en la Constitución se basa en el actuar de los funcionarios públicos que como consecuencia de sus acciones u omisiones lesionen a los administrados, alejándose de la tendencia marcada en los textos constitucionales de países como España y México, en donde el eje central de la institución de la responsabilidad patrimonial es el

funcionamiento de los servicios públicos o la actividad administrativa respectivamente.

La Constitución de Colombia también se enfoca en las acciones u omisiones de los funcionarios, destaca el uso del término autoridades públicas, por lo que se aprecia más completo que el de “funcionario” utilizado en la Constitución de Nicaragua, que puede confundir dado que la Ley del Servicio Civil y de la Carrera Administrativa (2003) distingue entre funcionarios y empleados públicos, por lo que se sugeriría emplear el término servidores públicos, el cual es utilizado de forma amplia en dicha ley, en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la Republica y del Sistema de Control de la Administración Pública y Fiscalización de los Bienes y Recurso del Estado (2009) y en la Ley de Probidad de los Servidores Públicos (2002).

Centrarse en la actividad del funcionario para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial obedece a que la Administración Pública no actúa por si misma si no que lo hace a través de personas físicas, en este caso los servidores públicos.

No obstante, lo ideal para fortalecer la constitucionalización de la responsabilidad patrimonial es insertando la noción de los servicios públicos en sentido amplio, porque no siempre es posible determinar el agente concreto que causo el daño, existen daños anónimos e impersonales que no son atribuibles a una persona física sino a la organización administrativa como tal. Por lo tanto, desde el punto de vista técnico convendría basar la imputación de la responsabilidad en el funcionamiento de los servicios públicos.

García de Enterría y Fernández (2008) destacan las ventajas de este modelo de imputación:

- Permite ampliar la noción de funcionario público más allá de su concepto formal, esto se debe a la expresión objetiva utilizada de “funcionamiento de los servicios públicos”, comprendiendo no solo a los funcionarios *stricto sensu*, sino a todo tipo de autoridades, empleados o contratados, incluyendo a cualquier agente que participe del ejercicio real de las funciones públicas aunque sea con carácter ocasional, por ejemplo, un cónsul o un mero gestor oficioso o de facto.
- La imputación a la administración puede extenderse a los daños causados por personas que sin ser funcionarios o agentes de la misma se encuentran bajo su autoridad, la sentencia del Tribunal Supremo Español del 12 de marzo de 1975 aclara este punto, al referirse a un incidente en donde un enfermo mental se arrojó desde una ventana cayendo sobre una pareja de novios, matando al novio y causando lesiones a la novia, en la resolución judicial se razona “que no puede exonerarse del mismo invocando, como ha hecho, su imputación a la acción de tercero, puesto que el perturbado, al hallarse internado en el hospital, no constituía agente extraño al funcionamiento del centro, sino un usuario interno que, como tal, se integraba en su organización y disciplina”.

### 3. INTERESES LEGÍTIMOS EN LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

La Constitución Política nicaragüense en su artículo 131 señala que el Estado será responsable por las lesiones que sufran los particulares en sus bienes, dere-

chos e intereses, llama la atención que nuestra norma constitucional menciona que la lesión de los intereses puede conllevar a la responsabilidad patrimonial. Entendemos que se refiere a los intereses legítimos.

Sánchez Morón (1995) nos otorga una definición de interés legítimo adecuada al Derecho Administrativo y los distingue del derecho subjetivo mencionado:

En otras palabras, existe interés legítimo, en concreto en el Derecho Administrativo, cuando una conducta administrativa determinada es susceptible de causar un perjuicio o generar un beneficio en la situación fáctica del interesado, tutelada por el Derecho, siendo así que este no tiene un derecho subjetivo a impedir esa conducta o a imponer otra distinta, pero si a exigir de la Administración y a reclamar de los tribunales la observancia de las normas jurídicas cuya infracción pueda perjudicarlo. En tal caso, el titular del interés está legitimado para intervenir en el procedimiento administrativo correspondiente y para recurrir o actuar como parte en los procesos judiciales relacionados con el mismo, al objeto de defender esa situación de interés. (p. 3661)

Cabe resaltar que no se trata de cualquier interés, según Zaldivar (2002), el interés legítimo no es un mero interés por la legalidad de la actuación administrativa, ya que además requiere la existencia de un interés personal, individual o colectivo que se puede traducir en un beneficio jurídico en favor del accionante.

Salerno y Moreno Fuentes (2000) sostienen que “la posibilidad o imposibilidad de condenar al resarcimiento

de daños a una Administración Pública que ha violado los intereses legítimos de un ciudadano es uno de los problemas más controvertidos” (p. 421).

Coherente con la normativa constitucional, la Ley 350 en su artículo 15.2 expresa que en las cuestiones de responsabilidad patrimonial se consideran los daños y lesiones a los intereses, esto significa que en nuestro país se podrá demandar a la Administración Pública por daños no solo en nuestros derechos subjetivos sino también en nuestros intereses legítimos. La Sala de lo Contencioso - Administrativo de la Corte Suprema de Justicia en su sentencia n° 172 de las 10:47 a.m. del día 16 de marzo de 2011 señala que la demanda contencioso-administrativa puede interponerla quien tenga un interés legítimo.

Es positivo que desde el punto de vista constitucional y procesal los particulares puedan solicitar indemnizaciones por daños a sus intereses legítimos porque como señala Bordalí Salamanca (2018) los particulares no siempre tienen derechos subjetivos a su favor, en ocasiones tienen situaciones jurídicas que no calzan con esa figura, por ejemplo, el propietario que quiere construir un edificio de departamentos y se encuentra con una autoridad administrativa que le niega ilegítimamente el permiso de edificación, en este tipo de casos el sujeto no puede invocar un derecho subjetivo, porque no tiene un derecho a construir lo que quiera, pero si tiene un interés en ello, un interés legítimo.

#### 4. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DIRECTA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN NICARAGUA

El llamado a reparar la lesión sufrida por el administrado es la Administración Pública, es a esta —en pri-

mera instancia— y no a sus funcionarios a quien le incumbe pagar las consecuencias de las acciones u omisiones de los servidores públicos en el marco de una actividad administrativa. A esto se le llama responsabilidad directa.

La imputación directa al Estado se apoya fundamentalmente en la teoría del órgano, según la cual las entidades estatales manifiestan su actividad y voluntad a través de su “órgano físico” o sea la persona llamada a ejercer esas competencias (Gordillo, 2014), aplicándolo al instituto resarcitorio, los daños causados por el agente del Estado se atribuyen a la Administración Pública.

Según García Ureta (2017), quien responde por el daño es la Administración como persona jurídica, el ciudadano no está obligado a descubrir quién es el agente estatal concreto dentro de la organización que causo el daño, este último dato es esencial porque no siempre es posible determinar quién ha sido el responsable en un entramado decisorio complejo. En este mismo sentido, para Cambero Quezada (2015), “lo directo significa que cuando en el ejercicio de sus funciones el Estado genere daños a los particulares en sus bienes o derechos, éstos podrán demandarla directamente, sin tener que demostrar la ilicitud o el dolo del servidor que causó el daño reclamado, sino únicamente la irregularidad de su actuación, y sin tener que demandar previamente al servidor público” (p. 15).

Desde nuestra óptica, es una deficiencia técnica el hecho que nuestra Constitución no diga que la responsabilidad es directa, no obstante, no es insalvable, este problema se podría resolver, por ejemplo, incluyendo a través de una reforma constitucional una redacción

similar a la de la Constitución mexicana, la cual dice “La responsabilidad del Estado será objetiva y directa”. Además, debería complementarse con una disposición legal que asegure la imputación directa.

### **III. Configuración legal del sistema de responsabilidad patrimonial en Nicaragua**

---

Escorcia (2018) expone que la declaración constitucional del artículo 131 de la Constitución constituye un hito sin precedentes para nuestro ordenamiento, porque por primera vez la Constitución admite de manera diáfana la responsabilidad patrimonial del Estado cortando la tendencia de atribuir la responsabilidad al funcionario y no a la administración. Sin embargo, necesita consolidarse, por no ser suficiente, hace falta una regulación legal que contemple los requisitos fundamentales para la existencia de este tipo de responsabilidad, que introduzca la noción del funcionamiento de los servicios públicos como criterio de imputación y como veremos, que adopte una competencia exclusiva para la jurisdicción contencioso - administrativa.

Para articular el sistema hace falta una pieza clave y esta es una legislación que desarrolle sus elementos y características e incluso permita promover aspectos jurisdiccionales para esta materia, con su aplicación a casos concretos.

Es muy llamativo que en el período 2001-2015 no existan sentencias estimatorias de responsabilidad patrimonial de parte de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Corte Suprema de Justicia —en parte debido a la negativa de la Sala de admitir demandas de

tipo particular—, lo que podría indicar que el sistema aún no se ha puesto en marcha, sin embargo, dicha Sala no ha mostrado resistencia en aceptar la competencia en temas de responsabilidad (sentencia n° 2 de las 8:30 a.m. del día 6 de marzo de 2003), el problema es que ha justificado la denegación de indemnización por responsabilidad por la falta de requisitos del daño que no tienen regulación alguna en nuestro ordenamiento, lo que dificulta la solicitud indemnizatoria, ya que los administrados no saben con precisión cuales son los requisitos que deben ser acreditados por la Sala, ya que no están regulados. En otro caso cuando se solicitó indemnización en contra de una resolución del Consejo Municipal de Chinandega (sentencia n° 7 de las 8:30 a.m. del día 28 de mayo de 2003), se declaró la extemporaneidad de la demanda.

De acuerdo con las sentencias analizadas, no han sido frecuentes las demandas que solicitan además de la anulación del acto el resarcimiento de los daños sufridos, y en los pocos casos —como los descritos en el párrafo que antecede— que se tuvo esta pretensión indemnizatoria, la misma no prosperó por distintos motivos, esto podría indicar que la falta de regulación legal tiene un efecto negativo en el sistema de responsabilidad.

Es necesario que la responsabilidad patrimonial sea regulada por una ley que regule el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, esto puede hacerse en una Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas o en una Ley de Responsabilidad, también podría ser en una Ley de Procedimiento Administrativo común que contenga un procedimiento para las reclamaciones en sede adminis-

trativa, o en una normativa en la que se unan, así por ejemplo, en 2011 se presentó en la Asamblea Nacional un “Proyecto de ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común” pero su tramitación no continuó de acuerdo al Sistema de Seguimiento de Ley (SELEY).

La responsabilidad de la Administración por los daños causados a los particulares, independientemente del tipo de funcionamiento, requiere de la acreditación de ciertos requisitos que para González Pérez (2016) son:

- La lesión patrimonial.
- Antijuridicidad.
- Relación de causalidad.
- Imputabilidad a una Administración Pública.

## 1. LESIÓN PATRIMONIAL

El origen del daño puede ser causado por una disposición general, un acto administrativo, una actuación material e incluso una omisión, no existe exclusión en la forma de proceder, pues en la institución de la responsabilidad patrimonial toda actuación, gestión o actividad propia de la función administrativa, como hemos visto, queda comprendida en la noción amplia de servicios públicos de la que puede dimanar responsabilidad (González Pérez, 2016).

La sentencia del Tribunal Supremo español del 19 de julio de 2005 señala que “para que la indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial sea procedente no basta con que se haya producido un funcionamiento anormal de la Administración, sino que es necesario que el particular que formula la reclama-

ción haya sufrido una lesión en sus bienes, derechos o intereses patrimoniales legítimos”.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo Español considera dentro del daño indemnizable a los causados a la propiedad y demás derechos reales, a los causados al cuerpo de la víctima —llamados daños corporales— y también incluye a los daños morales, inicialmente se les excluía del concepto indemnizable, pero con el paso del tiempo la jurisprudencia se hizo más generosa y admitió el resarcimiento de este tipo de daños, como es el caso de los daños morales provocados a los parientes o a la pareja de la víctima, entendiendo que la difícil evaluación económica no impide su reconocimiento (González Pérez, 2016).

Nuestra Constitución no restringe el concepto de lesión, lo que en principio permite una interpretación que incluya el derecho al resarcimiento por cualquier tipo de daño, pero también se corre el riesgo de admitir una interpretación más restringida que no incluya los daños morales como ocurrió en la jurisprudencia española. Para evitar esto sería conveniente incluir un precepto que contemple todos los tipos de daño incluyendo el moral, como lo hace la Ley de Responsabilidad Patrimonial para el Estado de México y Municipios (2017) que en su artículo 7 dice “Los daños y perjuicios materiales que constituyan la lesión patrimonial reclamada, incluidos los personales y morales, habrán de ser reales, evaluables en dinero, directamente relacionados con una o varias personas, y desiguales a los que pudieran afectar al común de la población”.

### 1.1 Requisitos del daño

Para que nazca el derecho a indemnizar primero debe haberse producido una lesión en cualquiera de los bienes y derechos, esta lesión debe ser efectiva, evaluable económicamente e individualizada con relación a una persona o grupo de personas (Muñoz Guijosa, 2012). Para autores como González Pérez (2016) existe un cuarto requisito el de la antijuridicidad.

Los requisitos del daño deben ser regulados expresamente en una ley que contenga estos cuatro aspectos, daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado. En el Derecho Comparado tenemos algunos ejemplos:

- En España, la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público (2015) establece en su artículo 32.2 que “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.
- En Perú, la Ley del Procedimiento Administrativo General (2019) establece en su artículo 258.4 que “El daño alegado debe ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a un administrado o grupo de ellos.”

Como se pudo observar ambas leyes recogen los requisitos del daño, Nicaragua debería seguir este ejemplo, incorporándolos a su ordenamiento y además agregando el requisito de la antijuridicidad, el cual se desarrollará con más detalle.

Cabe resaltar que la Sala de lo Contencioso - Administrativo de la Corte Suprema de Justicia en su sentencia n° 2 de las 8:30 a.m. del día 6 de marzo de 2003, acepta la competencia en asuntos de responsabilidad en el

considerando VI, el cual dice que en las sentencias estimatorias pueden darse dos situaciones:

a) La pretensión de nulidad o anulabilidad del acto administrativo y b) Plena jurisdicción. La primera conlleva únicamente a la declaración de ilegitimidad del acto administrativo pudiendo éste recaer sobre un interés jurídico objetivo, como es el caso de las disposiciones generales y la segunda a un reconocimiento de un derecho subjetivo individualizado, cuando el mismo ha reclamado la indemnización de daños y perjuicios ocasionados, además de la declaración de ilegitimidad del acto administrativo.

Sin embargo, en esa misma sentencia rechaza una solicitud indemnizatoria porque el recurrente no expuso los daños y perjuicios dentro de las pretensiones de su demanda y porque fueron solicitados sin haberlos cuantificado y sin haberles atribuido el reconocimiento individualizado del derecho subjetivo lesionado. En esta resolución judicial se puede apreciar el requisito del daño individualizado, el cual no se encuentra regulado en Ley 350, como tampoco están presentes los demás requisitos, sin duda esto dificulta la fundamentación de la demanda, el artículo 39 de dicha ley señala que se podrá pedir la declaración de daños y perjuicios, pero en ningún momento menciona los requisitos que debe contener esta solicitud.

Ahora bien, se ha dicho que el daño debe ser efectivo, evaluable económicamente, individualizado y antijurídico, por lo que se pasa a explicar estos aspectos:

-Daño efectivo: de acuerdo con Leguina y Sánchez Morón (1993), es un daño cierto, no un daño posible. Este primer elemento condiciona al resto, pues de no existir daño efectivo, no puede existir ni relación de causalidad ni derecho lesionado. Según González Pérez (2016) las expectativas no son indemnizables, por ejemplo, si se aprueba un plan de ordenación de recursos naturales, no se puede hablar de daño efectivo, sino hasta que el plan entre en vigor y se concrete la efectividad de dicha lesión, es en este momento que podrá formularse la reclamación de los daños.

-Daño evaluable: la evaluación económica del daño no resulta complicada cuando se trata de daños materiales, porque su evaluación puede apoyarse en los precios de mercado de cosas análogas a la que fue destruida, por ejemplo, los precios del mercado inmobiliario podrían usarse para evaluar el daño de un inmueble destruido. El problema surge cuando se trata de casos como el dolor físico, el cual no tiene un elemento de comparación económica (Parada Vázquez, 2017).

En los daños morales la evaluación económica se torna especialmente compleja, dado que las estimaciones tendrán que hacerse basándose en criterios hasta cierto punto discrecionales, esto en parte porque a como bien señala la sentencia del Tribunal Supremo Español del 13 de abril de 2005 (RJ 2005, 3234), los daños morales son los derivados de las lesiones de derecho inmateriales que no tienen un equivalente económico, como el honor, la intimidad o la imagen, también en el caso de la muerte de un ser querido, lo que hace sumamente difícil —mas no imposible— la valoración económica de este sufrimiento o padecimiento psíquico.

co o espiritual, de esa impotencia, zozobra, ansiedad, angustia, estados de ánimo permanentes, etc.

En España se utiliza como parámetro la normativa sobre accidentes de tráfico, la cual contiene criterios para el cálculo daños y perjuicios causados en accidentes de circulación, asimismo, el Tribunal Supremo Español en su sentencia del 17 de noviembre de 2003 admitió el uso con fines orientativos de las tablas incluidas en la normativa sobre seguros.

En nuestro país sería prudente, para aumentar la seguridad jurídica en torno al cálculo de las indemnizaciones, agregar en una ley o regulación de la materia, una referencia a los baremos indemnizatorios en normativas de seguros obligatorios, seguridad social y accidentes de tráfico para aumentar la seguridad jurídica, de forma similar a la establecida en el artículo 34.2 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público (2015) en España, disposición que dice:

La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación fiscal, de expropiación forzosa y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado. En los casos de muerte o lesiones corporales se podrá tomar como referencia la valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de seguros obligatorios y de la Seguridad Social.

- Individualización del daño: en relación con una persona o grupos de personas sirve para excluir el resarcimiento de los daños derivados de disposiciones generales, que traería consigo costes financie-

ros de imposible exigencia para la Administración Pública (Ramón Parada, 2017). La individualización puede darse en relación con una persona o a un grupo de personas.

-Antijuridicidad del daño: se trata de un daño que el administrado no tiene el deber jurídico de soportar, por ejemplo, las reglamentaciones de ordenación de precios no pueden ser consideradas como lesiones antijurídicas, porque existe el deber de soportar la intervención limitadora de la Administración. Siendo la antijuridicidad consecuencia de la no existencia en derecho de un título legítimo que justifique la carga impuesta al administrado (Ramón Parada, 2017).

Para González Pérez (2016), la antijuridicidad en el daño se convierte en un requisito indispensable para determinar la responsabilidad patrimonial, sobre todo para la responsabilidad objetiva en la cual se prescindir de la idea de la culpa, lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión. Es importante resaltar que la antijuridicidad no se da porque la conducta de la Administración Pública sea contraria a Derecho, sino porque el administrado que sufre el daño no tiene el deber jurídico de soportarlo, lo cual debería tener un sustento o regulación legal en nuestro sistema jurídico, teniendo en cuenta que las legislaciones modernas ya lo apuntan:

- En España, el artículo 34.1 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público (2015) señala que “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”.

- En Perú, el artículo 258.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo General (2019) dice no habrá lugar a reparación “cuando se trate de daños que el administrado tiene el deber jurídico de soportar de acuerdo con el ordenamiento jurídico y las circunstancias”.

El Poder Legislativo de nuestro país, podría tomar como marco de referencia estas disposiciones para que la antijuridicidad quedase presente de tal forma que permita aclarar la responsabilidad en determinados supuestos, por ejemplo, los de responsabilidad por funcionamiento normal.

### *1.2 Reparación integral*

Para nuestro sistema el alcance indemnizatorio debe suponer una reparación integral del daño sufrido por el particular, cubriendo los daños materiales y morales, esto no puede ser de otra manera, ya que uno de los fundamentos de todo sistema de responsabilidad es la reparación integral.

La sentencia del Tribunal Supremo Español del 10 de octubre de 2011 dice que “el principio de reparación integral en el ámbito de responsabilidad patrimonial de la Administración comprende todos los daños alegados y probados sufridos por el perjudicado, tanto los de índole material económicamente valorable como los de índole inmaterial o moral”. Para que la reparación sea integral el patrimonio del particular debe resultar inalterado, recibiendo una indemnización equivalente al daño sufrido (González Pérez, 2016).

De hecho, el fundamento del resarcimiento del daño, independiente del tipo, descansa en el reconocimiento de dicho principio, el cual conlleva a la reparación in-

tegral de los daños y perjuicios con toda su amplitud; el resarcimiento de daños morales es más frecuente en ciertos ámbitos como el sanitario, donde es generalmente admitido, además, las reclamaciones y resoluciones de esta clase de indemnización no solo se tratan de las clásicas reclamaciones fundamentadas en el fallecimiento de un familiar o por las lesiones padecidas por una defectuosa actuación sanitaria, también abarcan supuestos de retraso o error en el diagnóstico o ausencia o falta de información en el consentimiento informado (Mayor Gómez, 2015).

La reparación integral comprende todos los perjuicios patrimoniales, el daño emergente y el lucro cesante. No obstante, según autores como Águila (2010), a pesar que el principio de reparación integral forma parte del sistema general de reparación del daño en responsabilidad civil o administrativa tiene limitaciones. Por ejemplo, en Argentina la responsabilidad del Estado por actividad ilegítima —funcionamiento normal— no permite la reclamación del lucro cesante, el monto indemnizatorio solo comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad administrativa, no tomando en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas, esto lo señala el artículo 5 de su Ley de Responsabilidad Estatal (2014). Lo mismo ocurre en Costa Rica con su Ley 6227, General de la Administración Pública (1978), pues en su artículo 194. 2 dedicado a la responsabilidad por conducta lícita señala que “En este caso la indemnización deberá cubrir el valor de los daños al momento de su pago, no el lucro cesante”.

Este límite al quantum de la indemnización, impide el resarcimiento amplio y pleno de los perjudicados, aceptarlo sería prácticamente no dar ninguna indemnización (Lamoglia, 2015), además de ser incompatible con el principio de reparación integral. Una propuesta de ley sobre la materia en Nicaragua debería introducir el principio de reparación integral en todos los supuestos de funcionamiento normal y anormal, incluyendo los requisitos abordados en este capítulo.

## 2. RELACIÓN DE CAUSALIDAD

La Administración Pública no es una aseguradora universal, es por ello que no puede responder por cualquier daño ocasionado a los administrados, esta idea no se admite ni siquiera en los países que adoptan una cláusula general de responsabilidad objetiva, es por eso que se requiere de la existencia de un nexo causal entre el resultado lesivo y la actuación administrativa.

Parada Vázquez (2017) nos expresa que la relación de causalidad no es exclusiva del Derecho Administrativo y su responsabilidad patrimonial, pues los sistemas de responsabilidad civil o penal exigen que la acción u omisión de una persona y un resultado vengan unidos por un nexo. La institución de la responsabilidad patrimonial se nutre de la doctrina civil y sobre todo de la penal para abordar el tema de la causalidad. De las teorías existentes sobre la relación de causalidad este autor destaca las utilizadas en la jurisprudencia española:

- Equivalencia de las condiciones: según esta teoría, se considera como causa del daño todos los hechos o acontecimientos que coadyuvan a su producción, es decir, que sin su concurso el daño no se habría producido.

- Causación adecuada: a diferencia de la tesis anterior, cuando son varios los acontecimientos relacionados al daño, se debería seleccionar uno de ellos, cargando sobre el de la responsabilidad entera, cabe resaltar que en Francia el Consejo de Estado se ha decantado por esta teoría mientras que en España el Tribunal Supremo se auxilia de ambas.

Aunque la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español utiliza ambas teorías, la legislación española no se decanta por ninguna a como si lo hace la legislación argentina en la cual se emplea la relación de causalidad adecuada haciendo alusión a la teoría de la causación adecuada ya mencionada, formando así parte de los presupuestos básicos de la responsabilidad estatal en supuestos de actividad ilegítima, así lo deja sentado el artículo 3 inciso c) de la Ley de Responsabilidad Estatal (2014). Que el legislador nicaragüense escoja formalmente una de las teorías para determinar el nexo causal parece adecuado por la seguridad jurídica que otorgaría, inclinándonos por la teoría de la causación adecuada, la cual ha sido bien recibida por la jurisprudencia de países como España y Francia, que tienen gran tradición en temas de responsabilidad.

### 3. LA IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Tal como se observó en el apartado anterior, el funcionamiento de los servicios públicos influye en las funciones de la responsabilidad, en sus sistemas y no solo eso, también constituye la base para la imputación de dicha responsabilidad.

La imputación de responsabilidad en una persona jurídica como la Administración Pública no puede realizarse con fundamento en la mera causación material

del daño, sino que se apoya en otros títulos jurídicos diferentes.

### *3.1 Funcionamiento de los servicios públicos como criterio de imputación*

En primer lugar, la figura de la responsabilidad patrimonial en nuestro ordenamiento requiere vincularse a la noción de los servicios públicos en sentido amplio, lo cual incluye todas las formas de actividad administrativa, ya identificábamos que nuestra Constitución no hace mención del funcionamiento de los servicios públicos en esta materia. Por lo tanto, que quede contemplado en la Constitución, a través de una reforma, y en una ley que regulase la figura de la responsabilidad, que serán indemnizables los daños que sean consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos sería la opción indicada.

El funcionamiento de los servicios públicos como criterio de imputación ha sido acogido por varias legislaciones extranjeras, destacándose la española, ya que su Ley de Régimen Jurídico del Sector Público (2015) en su artículo 32.1 exige que “la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”. Asimismo, la Ley de Procedimiento Administrativo General de Perú (2019), en su artículo 258, dice que “las entidades son patrimonialmente responsables frente a los administrados por los daños directos e inmediatos causados por los actos de la administración o los servicios públicos directamente prestados por aquellas”.

Sería adecuado incluir el criterio de imputación en base a los servicios públicos en una ley de la materia en Nicaragua, sin embargo, también se debería normar

la amplitud de dicho criterio, porque como se explicaba antes, la imputación basada en el funcionamiento de los servicios públicos puede recaer en supuestos de funcionamiento normal o anormal. Si se admite la responsabilidad por funcionamiento normal y anormal estaríamos en presencia de un sistema de corte objetivo, mientras que si solo se contempla la imputación por funcionamiento anormal —restringiendo los supuestos de funcionamiento normal— se trataría de un sistema de corte subjetivo.

Muchos países se han decantado por establecer un sistema de responsabilidad subjetivo, basado en el funcionamiento anormal de los servicios públicos, ese es el caso de Francia y Alemania en Europa, no obstante, España ha optado por un sistema de corte objetivo, el cual ha servido de inspiración a algunos países latinoamericanos como es el caso de Colombia.

En un primer momento, el Consejo de Estado colombiano —órgano encargado de todos los asuntos contenciosos administrativos— llegó a la conclusión que el régimen de responsabilidad era objetivo, basándose en el argumento que la Constitución no exigió forma alguna de culpabilidad sobre la cual el Estado estaba llamado a responder, la parte conducente del artículo 90 de la Constitución colombiana dice que “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas” (Armenta Ariza, 2009).

Como se puede apreciar la Constitución colombiana no establece que la acción u omisión de las autoridades públicas debe ser dolosa o culposa, lo que dio pasó a esta primera interpretación, la que más adelan-

te fluctuó admitiendo en algunos eventos la falla de servicio perteneciente al régimen subjetivo y paulatinamente se ha alejado del régimen objetivo, acercándose al subjetivo.

Se menciona el caso colombiano porque su texto constitucional tiene similitudes con el nuestro en cuanto a responsabilidad patrimonial se refiere. Se puede ver como nuestra norma constitucional no señala, al igual que la colombiana, si la acción u omisión que genera responsabilidad debe ser imprudente o dolosa, esto permite dos interpretaciones:

- Al no indicarse forma alguna de culpabilidad, el texto constitucional, se inclina por un régimen objetivo de responsabilidad.
- La Constitución no se pronuncia al respecto porque se espera que la ley de la materia decida sobre este aspecto.

Resulta más razonable la segunda interpretación, porque la propia Constitución de Nicaragua expresa “El Estado de conformidad con la ley será responsable patrimonialmente”, lo que podría implicar que el legislador tendrá la oportunidad de sentar las bases de un régimen objetivo o subjetivo.

#### 4. EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD

La responsabilidad patrimonial no surge en los supuestos de fuerza mayor, siendo la única causa de exoneración que mencionan legislaciones modernas como la española o la costarricense. “La fuerza mayor es un requisito de carácter negativo para la concurrencia de responsabilidad patrimonial, pues para que ésta se de-

termine es necesaria la ausencia de fuerza mayor en la producción del daño” (García Cremades, 2015, p. 104).

García Ureta (2017) distingue estas dos categorías de la siguiente manera:

- Caso fortuito: tiene como notas características la indeterminación, porque la causa productora del daño es desconocida, y la interioridad, porque el daño se produce en el seno de la organización administrativa con conexión al funcionamiento de dicha organización, por ejemplo, el desprendimiento de un talud de carretera, es un suceso incierto, pero no es ajeno al funcionamiento del servicio público de vigilancia y mantenimiento de carreteras.
- Fuerza mayor: hay indeterminación irresistible, aun cuando hubiera podido ser prevista y existe exterioridad, ya que la causa productora del daño es ajena al servicio, por ejemplo, los daños por terremotos o por inundaciones, en este último supuesto Fernández García (2010) sostiene que la Administración sería responsable en el caso que no hubiese llevado a cabo la limpieza y dragado de los cauces.

Cabe señalar que en algunas legislaciones se contempla el caso fortuito como causa de exoneración, es el caso de la legislación peruana, en donde su Ley de Procedimiento General establece en su artículo 258. 2 que “no hay lugar a la reparación por parte de la Administración, cuando el daño fuera consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho, determinante del administrado damnificado”.

Nuestra ley de la materia solo debería contemplar a la fuerza mayor como causa de exoneración por ser la causa del daño ajena al servicio público, ya que in-

cluir el caso fortuito no tendría cabida porque la causa está conectada a la actividad administrativa y encaja con el criterio de imputación basado en el funcionamiento de los servicios públicos. Además, la Constitución solo admite la fuerza mayor como eximente, eso no permite la inclusión del caso fortuito como causa de exoneración.

## 5. SISTEMA DE RESPONSABILIDAD OBJETIVO EN NICARAGUA

En Nicaragua el régimen de responsabilidad debería ser fijado por una ley y no dejar el tema abierto a la interpretación judicial, porque esto podría causar líneas jurisprudenciales con criterios fluctuantes y sin la precisión técnica necesaria para orientar adecuadamente a los administrados y a la Administración acerca del alcance de nuestro sistema. De acuerdo con Lamoglia (2015), la aprobación de una ley sobre responsabilidad le da previsibilidad a esta temática tan compleja y es que actualmente, como se ha señalado, no tiene cobertura legal en nuestro país, es imprescindible en temas relacionados a los requisitos de la responsabilidad y especialmente en lo atinente al tipo de sistema que nos regiría.

El Proyecto de Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común en su título sexto se ocupaba de la responsabilidad de la Administración Pública. En este proyecto se consagraba una clausula general de responsabilidad por el mal funcionamiento de los servicios públicos, esto quiere decir que se inclinaba por un sistema subjetivo (Navarro, 2011).

Nuestra configuración legal podría adoptar un régimen objetivo, un sistema sin una amplitud desmesurada

pero que admita el surgimiento de la responsabilidad en supuestos de funcionamiento normal o anormal, es decir, ese es el sistema que debería ser regulado en una futura legislación de responsabilidad patrimonial.

### *5.1 Funcionamiento normal o anormal en un sistema objetivo*

Se ha explicado a lo largo de esta investigación que un sistema de corte objetivo tiene una fórmula amplia que admite la imputación por funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en consecuencia, daría lugar a indemnización de toda lesión que sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. El sistema objetivo de referencia mundial es el español, en palabras de Echeverría Acuña (2012):

El elemento central del sistema de responsabilidad de la administración española no es la vulneración de la legalidad o de un estándar de diligencia o eficacia, sino que única y exclusivamente la existencia de una lesión en el patrimonio de un particular, que puede vincularse casualmente al desarrollo de una actividad administrativa; debido a que la responsabilidad se ha configurado con carácter objetivo. La imputación por el funcionamiento anormal hace referencia a los daños por una falta de servicio la cual puede consistir en un funcionamiento tardío o en un mal funcionamiento, entendiéndose que debe calificarse como tal, aquel servicio que no responde a la idea de estándar medio del mismo. La imputación por el funcionamiento normal procede cuando el funcionamiento de los servicios genera un riesgo que se traduce en un daño que el particular no tiene la obligación de soportar. (p.29)

## 5.2 *Funcionamiento normal del servicio público*

Es entendido por González Pérez (2016) como el funcionamiento realizado conforme al ordenamiento, en ejercicio de las potestades administrativas y en persecución de un fin o necesidad pública. En virtud de esta definición, podría resultarnos difícil comprender porque la Administración habría de responder cuando ha actuado respetando el principio de legalidad administrativa, esto se explica por la existencia de un daño que no estamos obligados a soportar, un daño antijurídico que debe ser resarcido aun a pesar de la actuación legítima de la Administración, por ejemplo, los daños causados por los servicios de extinción de incendios son considerados apegados al ordenamiento jurídico, sin embargo, el administrado que haya sufrido el daño no está obligado a soportar una lesión derivada de este servicio.

Del mismo modo, Villavicencio Escudero (2018) nos dice que a partir del funcionamiento normal y en pro del interés general también se pueden ver afectados nuestros derechos, por ejemplo, cuando la Administración para brindar un servicio instala una maquinaria que emite gases que repercuten en la salud de los residentes de un área. En este caso los administrados no estaban en la obligación de soportar el daño y precisamente por esto deben ser indemnizados.

Es precisamente en la responsabilidad por supuestos de funcionamiento normal en donde recaen las críticas al sistema objetivo, porque la aplicación plena del criterio objetivo, si existe un daño debe ser reparado sin importar la idea de culpa, puede conducir a la condena reiterada de la Administración por daños causados por una actividad administrativa apegada al orde-

namiento jurídico sin mayor consideración que la simple acreditación de los requisitos de imputación, lesión patrimonial y causalidad (Fernández Farreres, 2009).

Según Muñoz Guijoza (2012), el tipo de funcionamiento es un parámetro de relevancia para determinar la concurrencia o no de responsabilidad patrimonial, es por eso que en base a la experiencia de la doctrina y jurisprudencia española se sugiere una fórmula amplia que admita los supuestos de responsabilidad por funcionamiento normal y anormal si se quiere un régimen moderno y justo, eso sí, los supuestos por funcionamiento normal de los servicios públicos exigen un tratamiento distinto, de lo contrario se corre el riesgo de convertir a la Administración en una caja aseguradora de todos los riesgos por las circunstancias de vivir en comunidad medianamente organizada (Cassagne, 2008).

En Argentina el régimen de la responsabilidad del Estado por actividad legítima o funcionamiento normal tiene ciertas especialidades que merecería la pena abordar en una posible legislación nacional sobre la materia, estas son:

- Sacrificio especial: en el artículo 4 de la Ley de Responsabilidad Estatal (2014) de Argentina se establecen requisitos específicos para el supuesto de responsabilidad legítima, destaca el del sacrificio especial en la persona dañada. En palabras de Lamoglia (2015), este requisito “importa la necesidad de demostrar que el perjuicio (sacrificio) que sufre el peticionante es superior en su intensidad al que debe soportarse como consecuencia de la vida en sociedad” (p. 85). Mientras tanto Altamira Gigena (s.f), lo vincula con la teoría del sacrificio especial,

teoría nacida en Alemania, según la cual la relación entre el Estado y los súbditos podrá producir perjuicios que los ciudadanos deben soportar, pero cuando ese perjuicio afecta al individuo de una manera desigual y desproporcionada este sacrificio especial debía indemnizarse por razones de equidad, es decir que no basta con que exista la lesión, esta debe tener la calidad de grave. Continúa diciendo este autor que el damnificado debe demostrar que se encuentra en una situación de desigualdad, es decir, que su derecho a la igualdad se ve comprometida.

- Relación de causalidad: en este requisito la exigencia se vuelve mayor, ya que la relación de causalidad debe ser directa, inmediata y exclusiva, sin concurrencia de responsabilidades. Se parte de la base que en la responsabilidad del Estado por actividad legítima debe probarse que entre el perjuicio y el accionar no se interpone ninguna circunstancia (Lamoglia, 2015).
- Antijuridicidad del daño: Es importante que este requisito quede vinculado a la responsabilidad por funcionamiento normal y anormal de manera general, pero al mismo tiempo es necesario ubicarlo en el apartado dedicado al funcionamiento normal y convertirlo en un requisito *sine qua non*, es decir, solo cuando se demuestre la antijuridicidad del daño se responderá en casos de funcionamiento normal, ya que en el funcionamiento anormal la antijuridicidad es de fácil comprobación, centrándose el análisis en los demás requisitos aquí repasados. Este requisito se expresa en España a través del artículo 32.1 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público (2015) que en su parte conducente dice “solo serán indemnizables las lesiones

producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga obligación de soportar”. En Argentina este requisito se ubica en las disposiciones especiales de la responsabilidad por actividad legítima en el artículo 4 inciso d) de su Ley de Responsabilidad Estatal (2014), el cual reza “ausencia de deber jurídico de soportar el daño”

### 5.3 Funcionamiento anormal del servicio público

Para González Pérez (2016), consiste en que el servicio no ha funcionado o lo ha hecho de forma defectuosa, imperfecta o tardíamente, los supuestos en este tipo de funcionamiento son más abundantes y este autor destaca los siguientes:

- Servicio público del agua: este servicio puede causar daños por el deficiente encauzamiento de los cauces del agua o del mal estado o insuficiencia de las condiciones de distribución y también por la fuga del agua.
- Defectuoso mantenimiento de las vías públicas y falta de vigilancia: en este supuesto caben casos como ausencia de alumbrado y existencia de peligro sin señalización o advertencia.
- Defectuosa instalación de los establecimientos públicos o del sistema de vigilancia: los establecimientos públicos deben contar con instalaciones en buen estado y garantizar la seguridad de los usuarios en establecimientos educativos, instalaciones deportivas y penitenciarias.
- Deficiente atención sanitaria: para que nazca la responsabilidad patrimonial derivada de la actuación del personal médico es necesario que se dé una infracción de la *lex artis*. La Sala de lo Civil del Tri-

bunal Supremo Español en sus sentencias del 23 de mayo y 18 de diciembre de 2006 la define como el criterio valorativo para calibrar la diligencia exigible en todo acto o tratamiento médico, la aplicación de las técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y a los riesgos inherentes a cada intervención.

- Actos administrativos ilegales: la Administración Pública responde por los daños que sus actos administrativos ilegales hayan causado, cuando hay una desatención normativa del ordenamiento (Doménech Pascual, 2010). Por ejemplo, una resolución que contradice las disposiciones de la Ley General del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales (2014) es susceptible de causar daños, así lo contempla el artículo 146 de esta ley, el cual dice que las resoluciones administrativas para la aplicación de la ley pueden afectar los intereses patrimoniales o personales de los particulares.

## 6. VIABILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN NICARAGUA

Autores como Mir Puigpelat (2002) consideran que la responsabilidad debe girar en torno al funcionamiento anormal de los servicios públicos, erigiéndolo como la regla general, limitando la responsabilidad objetiva a supuestos regulados expresamente en la ley, considera también que la Administración no debe indemnizar cuando haya actuado correctamente y cumpliendo con el modelo de conducta fijado por la colectividad o por el ordenamiento jurídico.

En cuanto a la responsabilidad objetiva se inclina por admitirla solo en supuestos determinados, como ocu-

re en Francia, por ejemplo, daños derivados de cosas o situaciones especialmente peligrosas (explosivos, armas de fuego, productos sanguíneos, obras e instalaciones públicas, vacunas obligatorias, métodos terapéuticos nuevos, etc.) También, le llama la atención el modelo alemán, en donde los supuestos de responsabilidad objetiva se encuentran en leyes para asuntos como la explotación de ferrocarriles y teleféricos, el control y conducción de electricidad, gases, vapores y fluidos, el uso de la energía nuclear, los productos defectuosos o los medicamentos.

Se comparte la posición de la doctrina mayoritaria española, al considerar necesaria la responsabilidad objetiva a través de una clausula general que haga responsable a la Administración por los daños causados por funcionamiento normal o anormal, en base a dos principios abordados por Mir Puigpelat (2002):

- El principio de igualdad ante las cargas públicas: es una concreta manifestación del principio de igualdad en el ámbito tributario aplicado al ámbito de la responsabilidad, en virtud del cual no es justo que los daños (calificados como auténticas cargas públicas) causados por la actuación administrativa pesen más sobre unos que sobre otros, es por eso que la asunción de la indemnización por parte de la Administración funge como mecanismo restablecedor de la igualdad rota y como compensación del sacrificio de la víctima. De acuerdo con Braibrant y Stirn (1994), dicho principio es el fundamento de todos los supuestos de responsabilidad objetiva de la Administración.
- Garantía patrimonial de los administrados: en virtud de este principio, la Administración debe res-

ponder objetivamente porque le corresponde garantizar la integridad patrimonial de los administrados frente a la actividad administrativa, para hacerlo se debe prescindir del carácter culposo o diligente, lícito o ilícito, es decir, se tendrá que indemnizar siempre que se produzca un daño antijurídico. Este fundamento fue sostenido por García de Enterría, aplicándolo no solo para la responsabilidad patrimonial, sino que también lo usa en la institución de la expropiación forzosa, el anclaje constitucional se encuentra en el artículo donde el Estado reconoce la propiedad privada y se compromete a garantizarla. En nuestra Constitución esto se encuentra en el artículo 44 que dice “Se garantiza el derecho de propiedad privada de los bienes muebles e inmuebles y de los instrumentos y medios de producción”, mientras que en la Constitución española se encuentra en el artículo 33.1.

En base a los principios expuestos, se mantiene la propuesta de introducir una cláusula de responsabilidad objetiva en una posible ley de responsabilidad en Nicaragua. No obstante, para que la responsabilidad objetiva sea viable se necesita un sistema al que no le sea indiferente que el servicio haya funcionado normal o anormalmente. Garrido Falla, et al. (2012) sostienen que en muchos casos la indemnización se concede porque el funcionamiento no ha sido correcto, y que de haberse demostrado lo contrario no cabría la indemnización. Afirman estos autores que en un sistema objetivo coexisten una serie de títulos jurídicos para fundamentar una petición de responsabilidad, los cuales se complementan, esto quiere decir que el título de responsabilidad por funcionamiento normal será aplicable para algunos casos, teniendo en estos,

especial importancia el criterio de la antijuridicidad y el deber jurídico de soportar, mientras que en el título de responsabilidad por funcionamiento anormal o por actuación culpable o negligente de la Administración el análisis se centrará en los requisitos de imputación, lesión y nexo causal, por ser más fácil de demostrar la antijuridicidad.

Para lograr que un sistema objetivo en nuestro país funcione se requeriría incluir los siguientes aspectos centrados en los supuestos de funcionamiento normal:

- Parámetros de racionalidad exigibles: si la Administración Pública fuese condenada por todos los daños causados por su actividad administrativa quedaría paralizada, por eso se hace necesario tomar en consideración si su actuación se encuentra dentro de los márgenes de razonabilidad de una Administración llamada a satisfacer los intereses generales, esto resulta muy útil cuando se trata de un acto administrativo que fue anulado, pero que reflejó una interpretación razonable de las normas que aplica (González Pérez, 2016).
- Intensidad del daño: debe ser considerada a la hora de condenar a la Administración, de acuerdo a Mir Puigpelat (2002), en el derecho francés existe un requisito adicional, el de la anormalidad del daño, este es un requisito que alude a la entidad o gravedad del daño, con este criterio se limita el alcance de la responsabilidad patrimonial, ya que no es sostenible una responsabilidad objetiva que asegure globalmente al ciudadano en sus relaciones con las Administraciones Públicas. Este requisito tiene su manifestación legal en la Ley de Responsa-

bilidad Estatal (2014) de Argentina en el llamado sacrificio especial.

Este sería un requisito novedoso que también, podría ser incluido en una posible ley de la materia en Nicaragua, para evitar convertir a la Administración en una “aseguradora universal”, porque como bien expresa Muñoz Guijosa (2012), “La responsabilidad administrativa objetiva difiere sustancialmente de la responsabilidad universal, del seguro a todo riesgo, de manera que no todo daño, y más aún no toda lesión, ha de resultar indemnizable” (p. 111).

Si la legislación nicaragüense incorporará estos elementos, se podría hablar de un régimen de responsabilidad patrimonial articulado en base a fundamentos propios del Derecho Administrativo, porque si bien es cierto la responsabilidad patrimonial de la Administración parte de la responsabilidad civil extracontractual, se separa de esta cuando se introduce la noción del funcionamiento de los servicios públicos como base para la imputación.

Fortaleciendo la institución de la responsabilidad patrimonial, se fortalece el régimen de Derecho Administrativo en nuestro país, siendo esto conforme con las reformas introducidas a la Constitución en 2014, reformas que someten con claridad a la Administración Pública a un Régimen de Derecho Administrativo con sus principios rectores (artículo 131, párrafo 2) y procedimiento administrativo (artículo 131, párrafo 2), además, somete su actividad administrativa a la Jurisdicción de lo contencioso-administrativo (artículo 131, párrafo 3 y 160, párrafo 3)

#### **IV. Vía Administrativa y jurisdicción competente en la responsabilidad patrimonial**

---

El desarrollo del Derecho Administrativo y de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo nicaragüense ha sido tortuoso. Al respecto, Navarro y Sendín (2007), sostienen que esto tiene que ver con las luchas que ha atravesado Nicaragua para configurarse como nación y por la multiplicidad de iniciativas de signo diferente que se han presentado para darle forma al Estado nicaragüense.

En la actualidad la Jurisdicción de lo contencioso-administrativo encuentra reconocimiento constitucional. El artículo 160 de la norma fundamental es claro cuando dice que “Se crea la Jurisdicción de lo Contencioso - Administrativa para examinar la legalidad ordinaria en las demandas de tipo general o de tipo particular que presenten los administrados en contra de todos los actos, resoluciones, disposiciones generales, omisiones o simples vías de hecho de la Administración Pública”, esto se complementa con lo estipulado en el artículo 131 de la misma norma, párrafo quinto, que dice “La legalidad de la actuación de la Administración Pública se regirá por los procedimientos administrativos establecidos por ley y la Jurisdicción de lo contencioso - administrativo”.

La interpretación judicial constituye un elemento indispensable en el análisis de las cuestiones que plantea la configuración y aplicación del instituto resarcitorio (Muñoz Guijosa, 2012), es por eso, que resulta necesario que la Jurisdicción contencioso - administrativa sea el único orden jurisdiccional que conozca

de esta materia, que dada su naturaleza administrativa solo puede ser abordada apropiadamente por un tribunal de este tipo,

Arrién Somarriba (2018) expresa que existe una excesiva centralización en esta jurisdicción, al estar concentrada en la Sala de lo contencioso-administrativo de la Corte Suprema de Justicia, lo cual puede conducir a un estancamiento que podría ocasionar una grave retardación de justicia administrativa. Por tal razón, sería importante establecer un procedimiento administrativo de reclamación e incluso una vía administrativa que le conceda a la Administración Pública la oportunidad de aceptar o negar su responsabilidad en sede administrativa, para así reducir una posible recarga de dicha Sala.

#### 1. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

En nuestro país se podría establecer un procedimiento administrativo y una vía administrativa previa en asuntos de responsabilidad patrimonial, la cual tendría que ser agotada para acceder a la vía judicial. Lo ideal es que una ley de procedimiento administrativo recoja las especialidades procedimentales cuando se trate de reclamaciones de responsabilidad patrimonial, de manera que solamente cuando la Administración Pública deniegue la responsabilidad ya sea de forma expresa o tácita (silencio administrativo) se pueda acudir al contencioso - administrativo.

La configuración de este procedimiento necesitaría de ciertos elementos básicos que se abordan en esta parte de la investigación.

### *1.1 Responsabilidad patrimonial derivada de la infracción del ordenamiento jurídico*

En primer lugar, corresponde abordar los supuestos de responsabilidad en los que la lesión patrimonial deriva de la infracción del ordenamiento jurídico en que hubiese podido incurrir el reglamento o acto administrativo, en estos casos sería necesaria la declaración de la infracción del ordenamiento, ya sea por la propia Administración —ejerciendo su autotutela— o por sentencia firme. Esto quiere decir que el perjudicado podría acumular dos pretensiones, la anulación y la indemnización tanto en la vía administrativa como en la vía jurisdiccional, esto es lo que se conoce como derecho a indemnización por anulación (González Pérez, 2016).

Por otro lado, cuando la lesión patrimonial deriva de un acto conforme al ordenamiento jurídico o el perjudicado no optó por acumular las pretensiones de anulación e indemnización se seguiría un procedimiento general, luego de obtener una resolución administrativa o judicial declarando la contravención del ordenamiento.

### *1.2 Objeto del procedimiento*

Según González Pérez (2016) el objeto de este procedimiento es determinar si la Administración ha incurrido en responsabilidad. Sería labor de la Administración en sede administrativa el acreditar esos requisitos y fijar la retribución correspondiente.

### *1.3 Órgano competente*

“El procedimiento administrativo deberá instruirse y resolverse por el órgano al que corresponda la competencia” (González Pérez, 2016, p. 553).

De acuerdo con Moreno Bodes (2018), para determinar la competencia habrá de determinarse el ámbito en que se produce la lesión. Nuestra ley de procedimiento administrativo debería ser lo más específica posible en relación con quien será el funcionario u órgano responsable dentro de cada Administración Pública, ya que existe la Administración central, la Municipal y la Regional. Se tomarán como referencia los preceptos de la Ley de Procedimiento Administrativo Común (2015) de España en su artículo 92, por utilizar criterios que parecen acertados.

**Administración Central:** Lo ideal es que fuese la autoridad superior, por ejemplo, el Ministro respectivo, el que tenga la competencia para resolver el procedimiento de responsabilidad.

**Administración Municipal:** sería adecuado que una posible regulación de la responsabilidad, se señale en quien recaerá la competencia, si en el Alcalde o en el Concejo Municipal, también sería viable plasmarlo en la Ley de Municipios (2013) y sus reformas, aunque la primera opción por su naturaleza administrativa sería la adecuada.

**Administración Regional:** se sugiere que sea el Consejo Regional quien tenga la competencia para resolver los asuntos de responsabilidad, para lo cual habría que añadir esta atribución en el Estatuto de Autonomía de las Regiones de la Costa Caribe de Nicaragua.

#### *1.4 Etapas del procedimiento de responsabilidad patrimonial*

En España las etapas del procedimiento dependen del tipo de sustanciación que se le dé al procedimiento que se inicie, pues la Ley de Procedimiento Adminis-

trativo Común (2015) regula un procedimiento general y uno abreviado.

Una ley de procedimiento administrativo en nuestro país podría contener también dos formas de sustanciar el procedimiento administrativo de responsabilidad (general y tramitación simplificada) obedeciendo a la complejidad del caso.

González Pérez (2016) aborda las etapas del procedimiento general de la siguiente forma:

— -Iniciación: el procedimiento administrativo podrá iniciarse de oficio o a solicitud de los interesados. En caso que sea de oficio, será el órgano competente el encargado de la iniciación, lo que depende de la Administración (Central, Regional o Municipal).

Es importante que se establezca los requisitos que debería contener el escrito de reclamación para brindar mayor seguridad jurídica a los reclamantes, estos se relacionan con los requisitos de la responsabilidad patrimonial planteados. Como mínimo sería adecuado que se detallen:

- Las lesiones producidas.
- La relación de causalidad entre las lesiones y el funcionamiento de los servicios públicos.
- La evaluación económica de la responsabilidad patrimonial.

Se siguen así, como referentes los requisitos regulados en la Ley de Procedimiento Administrativo Común (2015) española.

— Instrucción: en esta parte del procedimiento se realizarían los actos de instrucción necesarios para la

determinación, conocimiento y comprobación de los hechos, incluyendo la actividad probatoria, en la cual es importante destacar que en la legislación española se menciona la emisión de un informe del servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la lesión, según Moreno Bodes (2018), una de las particularidades del procedimiento de responsabilidad patrimonial es la solicitud de un informe al servicio, cuyo funcionamiento haya producido la lesión indemnizable. Este informe será de mucha utilidad a la hora de determinar los requisitos de la responsabilidad.

- Terminación: -Será normal a través de la respectiva resolución administrativa, la cual se pronunciaría sobre la existencia de los requisitos de la responsabilidad (lesión de causalidad, imputación y lesión resarcible), además, haría una valoración del daño, la cuantía y el modo de indemnización.
- Anormal, podría darse, por ejemplo, cuando ocurra el desistimiento y renuncia de los interesados.

Silencio administrativo, el procedimiento también podría terminar por silencio administrativo. En España la Ley de Procedimiento Administrativo Común (2015) establece un silencio negativo, es decir, que se tiene por desestimada la solicitud en caso que el órgano competente no dicte y notifique la resolución en el tiempo establecido, el plazo es de seis meses a partir del inicio del procedimiento. Es vital señalar un plazo para dictar y notificar la resolución. En cuanto al sentido del silencio administrativo, nuestro sistema jurídico regula el de índole positivo en el artículo 2 inciso 19 de la ley 350.

Terminación convencional, esta ocurre cuando el órgano de la Administración Pública y el solicitante llegan a un acuerdo sobre la responsabilidad patrimonial. En nuestra ley de procedimiento, al igual que en la Ley de Procedimiento Administrativo Común (2015) se podría hacer hincapié en ciertos requisitos para este tipo de terminación, al respecto el artículo 86. 4 de dicha ley dice “En los casos de procedimientos de responsabilidad patrimonial, el acuerdo alcanzado entre las partes deberá fijar la cuantía y modo de indemnización”, esos requisitos son las exigencias mínimas que debe tener un acuerdo indemnizatorio. Cabe resaltar que esta forma de terminación podría derivar del uso de los métodos alternos de solución de controversias regulados en la Ley de Mediación y Arbitraje (2005), ya que el Estado tiene el derecho a la utilización de los mismos de conformidad a lo establecido en el artículo 1 de dicho cuerpo normativo. También, la ley 350 en su artículo 55, establece la posibilidad de recurrir a mediación, como un medio alternativo para lograr una solución al conflicto y así evitar el proceso judicial.

Agotamiento de la vía administrativa: la resolución administrativa o el silencio administrativo pondrían fin a la vía administrativa y se abriría la vía contencioso-administrativa. Asimismo, sería buena idea incluir un recurso de revisión o de apelación, pero con carácter potestativo, es decir, que su interposición no sea obligatoria para agotar la vía administrativa, a como lo hace la Ley de Procedimiento Administrativo Común con su recurso de reposición (2015).

En resumen, en el sistema español, según Moreno Bodes (2018) el perjudicado tendrá básicamente dos opciones en caso que se desestimen sus pretensiones:

1. Continuar la vía administrativa interponiendo el recurso de reposición ante el mismo órgano que dictó la resolución.
2. Iniciar la vía contencioso-administrativa.

## 2. LA ACCIÓN DE REGRESO

El derecho de repetición es la herramienta legal destinada a garantizar al Estado su derecho de juzgar a los funcionarios públicos responsables de daños y perjuicios causados a los administrados, por inobservancia de los parámetros legales, por dolo o incapacidad (Carreras, 2010).

Para Castillo (2012), el principal objetivo de la acción de repetición es lograr la recuperación parcial o total de los recursos económicos utilizados por el Estado para cancelar las indemnizaciones de los afectados.

Esta figura está regulada en nuestra Constitución Política en el artículo 131 que en su parte conducente señala lo siguiente “El Estado exigirá las responsabilidades legales correspondientes a los funcionarios o empleados públicos causantes de la lesión”. Esta acción precisa de una regulación legal de tipo procedimental que la haga eficaz, porque si bien es cierto quien responde directamente es la Administración, esto no implica excusar la imprudencia o el dolo del funcionario público (Soler Pedroza y Jiménez, 2009).

Varias legislaciones han regulado la acción de repetición y han dedicado disposiciones para hacerla efectiva. En México, la Ley de Responsabilidad Patrimonial para el Estado de México y Municipios (2017) dedica un título llamado “Del derecho a repetir de los sujetos obligados en contra de los servidores públicos respon-

sables del daño”, en Costa Rica la Ley General de la Administración Pública (1978) contiene disposiciones para que la Administración recupere lo pagado ejercitando la acción contra el servidor, estas disposiciones se ubican en la sección segunda del capítulo llamado “De la responsabilidad del servidor ante terceros” y en España la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público (2015) se ocupa del tema en la sección segunda del capítulo titulado “De la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas”.

Se mencionó con anterioridad que la deficiencia técnica de la Constitución Política de no referirse el carácter directo de la responsabilidad podía resolverse a través de una reforma constitucional que dejará sentado este carácter. A la par se podría establecer en una posible regulación de la responsabilidad que los particulares exigirán directamente de la Administración Pública las indemnizaciones por los daños causados por sus servidores públicos, de forma similar a la redacción del artículo 32.1 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público (2015) que dice “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes”.

Además, otra disposición debería pronunciarse acerca de la acción de regreso, dejando claro que la responsabilidad patrimonial de los servidores públicos solo puede ser demandada por el órgano de la Administración Pública afectada, ya sea por haber indemnizado a los lesionados o porque sufrió un daño a lo interno, para esto podemos tomar de referencia normativa lo dispuesto en el artículo 36.2 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público (2015) que dice “La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado

a los lesionados, exigirá de oficio en vía administrativa de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieren incurrido por dolo, o culpa o negligencia grave, previa instrucción del correspondiente procedimiento”.

Asimismo, sería necesario añadir unas líneas que digan que los particulares no podrán demandar la responsabilidad patrimonial de los servidores públicos, prohibiendo así la existencia de demandas en la jurisdicción civil en contra de los servidores públicos y en contra de estos en concurrencia con órganos de la Administración o sea en demandas conjuntas. Esta regulación sustantiva y procedimental en vía administrativa se podría complementar con una reforma a la Ley de Jurisdicción de lo contencioso - administrativo que instaure una verdadera unidad jurisdiccional en temas de responsabilidad.

La cobertura por la Administración de los daños ocasionados por su personal es ventajosa para el particular, pues no tendrá que identificar al agente estatal causante del daño, simplemente tendrá que demostrar la existencia de una lesión provocada por la actividad administrativa, también se evitará los inconvenientes que supone la posible insolvencia del autor material del daño (Fortes González, 2013), sin embargo, solo se garantizará la integridad patrimonial de los particulares si se crea una partida presupuestaria especial destinada a indemnizaciones a como lo establece el artículo 113 de la ley 350.

### 3. ¿ORDEN JURISDICCIONAL EXCLUSIVO?

En la actualidad el sustento constitucional de la Jurisdicción de lo contencioso - administrativo se ubica

en el artículo 160 de la Constitución que en su parte conducente dice “La legalidad de la actuación de la Administración Pública se regirá por los procedimientos administrativos establecidos por ley y la Jurisdicción de lo contencioso-administrativo”, aun así subsiste un grado importante de incertidumbre en cuanto a que orden jurisdiccional (civil, penal, contencioso-administrativo) se ocupara de las demandas de responsabilidad patrimonial, esto es debido a la falta de claridad de la Ley de Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (2000).

En primer lugar, según Arrién Somarriba (2009), el ámbito de competencia de la Jurisdicción de lo contencioso - administrativo, regulado en la Ley de Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo (2000) se desarrolla bajo dos clausulas, una general y una específica.

La cláusula general dice que “La Jurisdicción de lo contencioso-administrativo, a través de la Sala competente conocerá de las pretensiones que se interpongan en contra de los actos, resoluciones, disposiciones generales, omisiones, situaciones y simples vías de hecho de la Administración Pública”.

Si bien es cierto la cláusula general contiene actividades que pueden ser determinantes del daño, como lo son la responsabilidad derivada del ejercicio de la potestad reglamentaria, de los actos administrativos, de los hechos, actuaciones materiales y de la inactividad de la Administración, sin embargo, no precisa la competencia para conocer de las demandas de responsabilidad patrimonial.

Mientras tanto, la cláusula específica llamada extensión de la Jurisdicción de lo contencioso - administrativo ubicada en el artículo 15.2 dice:

La Jurisdicción de lo contencioso - administrativo también conocerá los aspectos siguientes:  
2) Las cuestiones que se suscitaren sobre la responsabilidad patrimonial del Estado y de la Administración Pública por los daños y lesiones que sufrieren los particulares en sus bienes, derechos e intereses, como consecuencia de las actuaciones, omisiones o vías de hecho de sus funcionarios y empleados, sin importar cuál sea la naturaleza de la actividad o tipo de relación de que se deriven. Se exceptúan aquellas demandas civiles, mercantiles o laborales que por su naturaleza deben tramitarse ante la jurisdicción ordinaria

El numeral 2 del artículo 15 es claro al atribuir la competencia a la Jurisdicción contencioso - administrativa en temas de responsabilidad patrimonial, extendiendo su competencia a cualquier ámbito de la actividad administrativa, mencionando algunas actividades que pueden ser determinantes del daño como lo son las actuaciones, omisiones o vías de hecho.

Hasta aquí todo bien, pero surge un inconveniente cuando el mismo numeral señala que “se exceptúan aquellas demandas civiles, mercantiles o laborales que por su naturaleza deban tramitarse ante la jurisdicción ordinaria”, dejando entrever que varios órdenes jurisdiccionales podrían intervenir en temas de responsabilidad patrimonial.

El numeral 2 aparentemente iba configurando una unidad jurisdiccional en torno a la responsabilidad patrimonial, no obstante, al final establece una excepción que podría poner en entredicho esa unidad.

### *3.1 Dualidad jurisdiccional entre el orden civil y el contencioso - administrativo*

La cláusula específica de la responsabilidad patrimonial, ubicada en el artículo 15.2 de la Ley de Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo (2000), podría no delimitar adecuadamente la competencia de la Jurisdicción contencioso - administrativa en temas de responsabilidad. No se le atribuye competencia exclusiva, como si ocurre en temas de contratación administrativa, pues en estos asuntos el artículo 15.1 no deja dudas, ya que establece sin excepciones la competencia acerca de “Los asuntos referentes a la preparación, adjudicación, cumplimiento, interpretación, validez, resolución y efectos de los contratos administrativos celebrados por la Administración Pública, especialmente cuando tuvieren por finalidad el interés público, la prestación de servicios públicos o la realización de obras públicas”.

Atendiendo al contenido de la cláusula específica de responsabilidad patrimonial del artículo 15.2 podemos colegir que la extensión de la jurisdicción civil en temas de responsabilidad es potencialmente amplia si tomamos en cuenta que el artículo 65 del Código Procesal Civil de la República de Nicaragua (2015) establece que la Administración Pública puede ser parte civil en cualquier posición procesal, esto podría significar que se le puede demandar por responsabilidad patrimonial, debido a que podría no estar trazada claramente la frontera entre la Jurisdicción contencioso -

administrativa y la civil, es decir, el ordenamiento permite con su ambigüedad una competencia compartida. Ahora toca preguntarse ¿En qué casos se podría acudir a la jurisdicción civil?

La competencia de la jurisdicción civil en asuntos de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública solo tendría cabida en el supuesto de responsabilidad concurrente, ya sea entre la Administración y un tercero o entre la Administración y un servidor público, esto debido a que nuestra legislación no prevé como proceder en estos escenarios.

### 3.1.1 Responsabilidad concurrente con particulares

La responsabilidad concurrente o concurrencia de responsabilidades surge cuando el daño indemnizable es causado por la conducta de varias personas. Puede existir concurrencia entre distintas Administraciones Públicas, por ejemplo, si la Administración Central y la Local son responsables del daño; del mismo modo, puede darse la concurrencia entre la Administración Pública y un tercero (persona física o jurídica), nos centraremos en esta última.

Según Uriarte Ricote (1997), en España la *vis atractiva* fue utilizada por la doctrina y la jurisdicción civil como argumento justificador para conocer demandas de responsabilidad, sin embargo, fue una errónea interpretación de aplicar en caso de duda la jurisdicción civil, porque esta atribución solo es admisible cuando la materia litigiosa no tiene relación con algún otro orden jurisdiccional.

Otro de los argumentos esgrimidos era el de no dividir la continencia de la causa, es decir, como el particular no podía ser demandado ante la jurisdicción con-

tenciosa, se le demandaba junto con la Administración para así posibilitar la intervención de la jurisdicción civil (Rebollo, 1999).

En Nicaragua el razonamiento de la *vis atractiva* no es aplicable porque sencillamente la competencia en asuntos de responsabilidad patrimonial ya fue atribuida a la jurisdicción contenciosa por la Ley 350, y como dice la Ley Orgánica del Poder Judicial (1998) “Los juzgados y tribunales ejercen su competencia exclusivamente en los casos que le sea atribuida por ésta u otra ley” y en ningún cuerpo normativo se habilita a la jurisdicción civil a conocer asuntos de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

No se puede decir lo mismo sobre el argumento de no dividir la contenciosa de la causa, postura válida para autores como Rebollo (1999). Tal y como señala Rodríguez López (2007), si se separa una demanda en contra de la Administración y un tercero se corre el riesgo de fallos contradictorios, lo que constituiría un absurdo lógico y jurídico.

Con base en el argumento antecedente, la Administración Pública no podría ser llevada a los tribunales civiles en asuntos de responsabilidad patrimonial al menos que se trate de un supuesto de concurrencia de culpa entre la Administración y un particular, piénsese en el caso de concurrencia de culpas entre un hospital privado y el ente rector del sector salud o entre una empresa estatal de transmisión eléctrica y una empresa suministradora de energía eléctrica.

El problema de determinar la jurisdicción competente para enjuiciar las reclamaciones de responsabilidad por daños cuando el administrado se dirige contra la

Administración y contra un particular se ha resuelto en otras latitudes a favor de la Jurisdicción contencioso - administrativa. En España es incuestionable que en todos los casos son los tribunales contencioso - administrativo los únicos que pueden conocer de la responsabilidad patrimonial de la Administración aun ante concurrencia de sujetos privados, gracias a que la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (1998) en su artículo 2 inciso e) establece que:

“La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad.”.

Como se puede observar este artículo reafirma el principio de unidad jurisdiccional en favor de la Jurisdicción contencioso - administrativa sin medias tintas, además, pronunciándose acertadamente sobre el problemático tema de la responsabilidad concurrente de la Administración Pública y terceros.

Si queremos conseguir esto en nuestro país se sugiere reformar parcialmente la Ley de Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (2000), cambiando el numeral 2 del artículo 15, sustituyendo la expresión vigente de “Se exceptúan aquellas demandas civiles, mercantiles o laborales que por su naturaleza deben tramitarse ante la jurisdicción ordinaria” por “La Administración Pública no podrá ser demandada ante otro orden jurisdiccional, sea este civil,

mercantil o laboral cuando se trate de asuntos de responsabilidad patrimonial”.

Además, cabría añadir que “La Jurisdicción de lo contencioso-administrativo conocerá aun cuando en la producción del daño concurren sujetos privados”. Sobre esto último García Manzano (2000) nos dice, que no nos debe causar escándalo que la jurisdicción de lo contencioso condene a la par de una Administración a sujetos privados, cuando la jurisdicción civil, sin haber sido nunca el juez de los entes públicos, ha condenado en el pasado a la Administración pública en supuestos de concurrencia de responsabilidades.

### 3.1.2 Responsabilidad concurrente con servidores públicos

Sin lugar a dudas el mayor obstáculo de la unidad jurisdiccional a favor de la jurisdicción contenciosa es la jurisdicción civil, ya que incluso se debe tener en consideración la responsabilidad del servidor público, porque en el estado actual de nuestra legislación no hay certeza ni del carácter directo de la responsabilidad patrimonial ni del orden jurisdiccional que atenderá estos casos.

Por un lado, se tiene el artículo 15.5 de la Ley 350 que dice que la Jurisdicción contencioso-administrativo conocerá “Las acciones de responsabilidad civil y administrativa que se produjeren en contra de los funcionarios y empleados públicos en el desempeño de sus funciones, sin perjuicio de las causas que podrían seguirse para determinar responsabilidades penales” y por otra parte el artículo 391 del Código Procesal Civil de la República de Nicaragua (2015), el cual ubica a la “Declaración de la responsabilidad civil de funcionarios públicos derivada del ejercicio de su cargo”

dentro del ámbito del proceso ordinario civil, lo cual podría implicar una contradicción con la Ley 350 de lo Contencioso – Administrativo, al crear un conflicto de competencia entre estos órdenes jurisdiccionales, dando paso a otro supuesto de concurrencia esta vez entre la Administración y el servidor público y a la posibilidad de una demanda conjunta contra la Administración y el funcionario. Nos comenta Rebollo (1999), que la demanda conjunta contra la Administración y el funcionario era frecuente en el sistema español, siendo utilizada para justificar la intervención de la jurisdicción civil, la cual era considerada una jurisdicción más rápida.

Cabe resaltar que, si se admite el carácter directo de la responsabilidad patrimonial de la Administración y se regula el procedimiento de la acción de regreso, la Jurisdicción contencioso - administrativa solo conocería del recurso subsiguiente una vez agotada la vía administrativa, por lo que convendría cambiar la redacción del artículo 15.5 de la Ley de lo Contencioso-Administrativo para que haga alusión a las acciones de responsabilidad civil en “vía de regreso”.

Como se puede observar el camino hacia la unidad jurisdiccional no es fácil, requiere de la unificación sustantiva y procesal en todos los niveles del ordenamiento. En primer lugar, se necesita establecer el carácter directo de la responsabilidad a nivel constitucional y a nivel legal en una ley específica de responsabilidad o en una de procedimiento administrativo que incluya dicha materia, además, se requiere un procedimiento para la acción de regreso. En segundo lugar, se requiere una reforma de la Ley de lo Contencioso-Administrativo que le atribuya con carácter exclusivo la com-

petencia en asuntos de responsabilidad patrimonial y finalmente también se tendría que suprimir del ámbito de competencia del proceso ordinario civil las cuestiones de responsabilidad de los funcionarios públicos, para evitar la dualidad jurisdiccional entre la jurisdicción civil y la contencioso - administrativa.

En definitiva, si se hiciesen las reformas correspondientes y se asegurase la competencia exclusiva de la Jurisdicción contencioso - administrativa no existiría la posibilidad de demandar a la Administración en otro orden jurisdiccional que no sea el contencioso e incluso se atraería a los particulares a esta jurisdicción en supuestos de concurrencia de responsabilidades y tampoco se admitirían demandas conjuntas con servidores públicos, porque su responsabilidad patrimonial solo se exigirá en el procedimiento de la acción de regreso correspondiente que solo podría activar la Administración y no el particular.

### 3.2 Jurisdicción penal

Otro aspecto que abona a la dispersión de acciones en asuntos de responsabilidad patrimonial es la responsabilidad *ex delicto*, ya que el Código Penal en su artículo 126 establece que:

Si se exigiera en el proceso penal la responsabilidad civil de la autoridad, agentes y contratados de la misma, funcionarios o empleados públicos, la pretensión deberá dirigirse simultáneamente contra la administración o ente público presuntamente responsable civil subsidiario.

El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad del Estado ante la ju-

risdicción contenciosa administrativa, sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria.

Como podemos observar la Administración Pública responde de manera subsidiaria por los delitos o faltas cometidos por sus funcionarios, al respecto toca diferenciar entre responsabilidad civil derivada del delito y responsabilidad patrimonial, sobre esto se expresó con claridad la sentencia del Tribunal Supremo español del 23 de octubre de 1984, la cual dice:

Una cosa es la responsabilidad civil subsidiaria que al Estado puede alcanzar por los actos delictivos cometidos por quienes se hallen respecto a él en situación de dependencia, la que es exigible en un proceso penal, y otra cosa completamente distinta la responsabilidad patrimonial en la que el Estado puede haber incurrido a causa del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos la que ha de exigirse mediante el ejercicio de la oportuna acción en el procedimiento correspondiente que no es el penal

Este criterio es aplicable en nuestro sistema. Esta distinción permitiría al perjudicado acudir a un proceso contencioso - administrativo cuando en el juicio penal se dictará una sentencia absolutoria, porque si la sentencia es condenatoria y constitutiva de responsabilidad civil ya no se podría acudir a la vía contencioso - administrativa ya que significaría una posible duplicidad indemnizatoria.

Mientras no se establezca el carácter directo de la responsabilidad patrimonial existe la posibilidad de de-

mandar la responsabilidad civil *ex delicto* a través del artículo 391.7 del Código Procesal Civil de la República de Nicaragua utilizando una demanda conjunta contra la Administración y el funcionario.

Martín Rebollo (1999) menciona que uno de los Proyectos de Código Penal impedía que el juez penal se pronunciará de cualquier modo sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración, obligando a que esta fuera pedida en vía administrativa o en la jurisdicción contencioso -administrativa. Lo mencionado por este autor es una opción para que la jurisdicción penal se abstenga de pronunciarse en la materia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, algo que no se ha podido lograr ni siquiera en ordenamientos jurídicos modernos como el español.

### 3.3 Jurisdicción laboral

La disputa jurisdiccional por los asuntos de responsabilidad patrimonial ha involucrado incluso a la jurisdicción laboral en temas de seguridad social. En España nos comenta Rebollo (1999):

“La jurisdicción social se había declarado competente en ocasiones para conocer de reclamaciones de responsabilidad derivadas de daños producidos a pacientes ingresados en instituciones sanitarias de la Seguridad Social por entender que, en tales casos, se estaba en presencia de pleitos en materia de seguridad social” (p. 350).

Uriarte Ricote (1997), menciona un conflicto que enfrentó a la jurisdicción laboral, civil y a la contencioso - administrativa, se trata de una reclamación por prestación incorrecta de asistencia sanitaria, la consecuen-

cia fue la muerte de una enferma por una transfusión sanguínea infectada del VIH, la cual fue realizada en un hospital dependiente del ente público encargado de la salud en la región catalana, y fue resuelto por la Sala de Conflictos en el auto del 7 de julio de 1994 interpretando que la responsabilidad derivada de la asistencia sanitaria de la seguridad social debe ser entendida como responsabilidad normal o anormal de un servicio público, por lo tanto, será competencia de la jurisdicción administrativa, aun así la jurisdicción social siguió considerando al orden social como competente cuando se tratará de daños ocasionados por las prestaciones de la seguridad social, ignorando que la Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso - administrativa española (1998) establecía que la responsabilidad patrimonial no podía ser demandada ante los órdenes jurisdiccionales civil o social.

La Ley de Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo de Nicaragua (2000) incluye a las demandas laborales como excepciones a la competencia de la Jurisdicción contencioso - administrativa en cuestiones de responsabilidad patrimonial. El asunto es que el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social de Nicaragua (2012) no atribuye competencia alguna en asuntos de responsabilidad patrimonial, esto quiere decir que en nuestro país la jurisdicción laboral no es competente en ningún escenario de responsabilidad patrimonial en el régimen prestacional de la seguridad social, la atribución la sigue teniendo la Sala de lo contencioso - administrativo.

En resumen, no se puede estar de acuerdo con la falta de unidad jurisdiccional existente en asuntos de responsabilidad patrimonial, porque podría enviar a los

perjudicados a un peregrinaje jurisdiccional causándoles inseguridad jurídica.

Se debería instaurar una unidad jurisdiccional en donde la Jurisdicción de lo contencioso - administrativo se encargue de todos los procesos de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, incluyendo los supuestos de concurrencia de culpas, esto debería ser así porque la responsabilidad patrimonial es parte de la materia administrativa. Al respecto, Arrién Somarriba (2009), dice:

Consideramos que es de vital importancia mantener la noción de unidad jurisdiccional, no se puede pensar que el administrado en esta materia (responsabilidad patrimonial) tenga que recurrir a la Jurisdicción Contencioso - Administrativa en contra de la actuación de la Administración Pública y a la civil en contra de los particulares y las aseguradoras. Este peregrinaje de jurisdicciones es impensable, máxime cuando puede originar sentencias contradictorias o graves retardaciones en las indemnizaciones, que por cierto deben ser estipuladas por el órgano judicial contencioso - administrativo y no por el civil. (p. 109)

Continúa diciendo:

Hay que estar claros de que los sujetos no definen la jurisdicción competente sino la materia en cuestión, que es eminentemente administrativa. También, hay que tener claro que el poder de decisión del juez administrativo no radica solo en resolver sobre las pretensiones de las partes, sino también en solventar el

daño causado por la actuación u omisión administrativa, por medio de las debidas indemnizaciones. (p. 109)

La Jurisdicción de lo contencioso - administrativo es la competente para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial del Estado en Nicaragua, sin ella el artículo 131 de la Constitución sería nada más que una declaración que reconoce dicha responsabilidad y que deja claro que el Estado responde por los daños causados por sus autoridades, pero a como dice Esguerra Portocarrero (2008) no tiene dientes propios, no tiene la virtualidad necesaria para hacer valer coactivamente los derechos que protege.

## Conclusiones

---

1. El sistema de responsabilidad patrimonial en Nicaragua parece no haberse puesto en marcha pese a su consagración a nivel constitucional, ya que se constató que no se encuentran sentencias estimatorias de la Sala de lo contencioso - administrativo en cuestiones de responsabilidad durante el período 2001-2015.
2. El carácter directo de la responsabilidad patrimonial no está presente ni en el texto constitucional, ni en la Ley de Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo, lo cual podría ocasionar un conflicto de competencias en relación con la responsabilidad patrimonial de los servidores públicos, ya que tanto el Código Procesal Civil de la República de Nicaragua (artículo 391) como la Ley de lo Contencioso -Administrativo (artículo 15.5) atribuyen

competencia a la jurisdicción civil y administrativa respectivamente en estas cuestiones.

3. Se puede concluir que el ordenamiento jurídico nicaragüense no cuenta con regulación legal que contenga los postulados básicos de la institución de responsabilidad patrimonial, sus requisitos esenciales como lesión, causalidad e imputación, asimismo, no se regulan principios como el de reparación integral, estos aspectos son indispensables para articular un sistema de responsabilidad.
4. También, se ha encontrado que desde el punto de vista normativo no existe en Nicaragua una unidad jurisdiccional en la materia a favor de la Jurisdicción de lo contencioso - administrativo, debido a que el artículo 15.2 de la Ley 350, atribuye competencia a la Sala de lo contencioso, pero al mismo tiempo hace salvedades indeterminadas para otros órdenes jurisdiccionales (civil y laboral); así la jurisdicción civil, tomando en cuenta que el Código Procesal Civil que la Administración puede ser parte, activa o pasiva, en un proceso civil, podría intervenir en supuestos de concurrencia de responsabilidades entre la Administración y un particular o entre la Administración y un servidor público, mientras tanto no se fije el carácter directo de la responsabilidad; la jurisdicción laboral no tiene competencia legal para conocer de esta materia, no obstante, podría surgir conflicto cuando se trate de responsabilidad en el régimen prestacional de la seguridad social, sumado a esto el orden penal también puede verse involucrado en cuestiones de responsabilidad, ya que el Código Penal (artículo 126) se pronuncia acerca de la responsabilidad *ex delicto* de la Administración Pública.

5. La regulación legal y constitucional nicaragüense vigente no establece el tipo de régimen de responsabilidad, no señala si será de corte objetivo o subjetivo. Es decir, se desconoce si el instituto resarcitorio admite de manera general los supuestos por funcionamiento normal y anormal de los servicios públicos, como ocurre en los sistemas objetivos, o si en cambio predomina la imputación por funcionamiento anormal, rasgo característico propio de los sistemas subjetivos.

## **Recomendaciones**

---

1. Establecer claramente el carácter directo de la responsabilidad ya sea a través de una reforma constitucional del artículo 131 de la Constitución que regule expresamente que la responsabilidad es directa o por medio de una disposición legal de una ley de responsabilidad, o de procedimiento administrativo que incluya dicha materia, esto debería complementarse con una regulación sustantiva y procedimental de la acción de regreso, que solo pueda ser activada por la Administración y que impida las demandas dirigidas en contra de los agentes del Estado.
2. Incluir los requisitos y principios básicos de la responsabilidad patrimonial en una posible ley de responsabilidad que complete la configuración normativa del sistema de responsabilidad patrimonial, esta ley puede formar parte de una Ley de Régimen Jurídico de la Administración Pública, como ocurre en España, o una Ley de Responsabilidad Estatal, como sucede en Argentina, o de una normativa de procedimiento administrativo que incluya esta materia, para servir de guía para los administrados y

para la jurisdicción administrativa en asuntos de responsabilidad. En otras palabras, se podría hablar de una ley particular de la materia o que forme parte de una normativa general que regule a la Administración Pública o/ y al procedimiento administrativo.

3. Reformar el artículo 15. 2 de la Ley de lo Contencioso administrativo nicaragüense para darle competencia exclusiva al orden contencioso - administrativo, al mismo tiempo que se habilite un procedimiento administrativo de reclamación que sea capaz de aminorar la posible carga de la Sala de lo contencioso, e incluso una vía administrativa previa que contenga recursos administrativos de carácter potestativo.
4. Precisar en una ley de responsabilidad el tipo de régimen de responsabilidad patrimonial aplicable. El principio de igualdad frente a las cargas públicas y el de garantía patrimonial de los administrados aconseja la instauración de un régimen de responsabilidad objetivo, en donde coexistan los títulos de responsabilidad por funcionamiento normal y anormal de los servicios públicos, debiendo ser más rigurosa la imputación por funcionamiento normal, poniendo especial atención al criterio de la antijuridicidad, porque en los supuestos de funcionamiento anormal esta es de fácil apreciación. La viabilidad de un régimen objetivo de responsabilidad radica en moderar el alcance de la imputación por funcionamiento normal, introduciendo elementos como los parámetros de racionalidad exigibles y la intensidad del daño en la ley de responsabilidad.

## Bibliografía

---

- Agoués Mendizabal, C., Cierco Seira, C., Doménech Pascual, G., Fernández Delpuech, L., Galera Rodrigo, S., González Botija, F., et al. (2014). *Lecciones de Derecho Administrativo con ejemplos*. Madrid: Tecnos.
- Altamira Gigena, J.I. (s.f). *La nueva ley de responsabilidad del Estado y del funcionario*. Intervención en la Academia Nacional de Derechos y Ciencias Sociales de Córdoba. Colombia.
- Armenta Ariza, A.M. (2009). El régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado en Colombia: el título jurídico de la imputación. *VIA IURIS*, (6), 90-114.
- Arrién Somarriba, J.B. (2009). *Derecho Administrativo. Acto, procedimientos, recursos, contratos y contencioso administrativo*. Managua: Universidad Centroamericana (UCA).
- Arrién Somarriba, J.B. (2018). Urgentes reformas al sistema de organización del contencioso administrativo nicaragüense. *Revista digital de Derecho Administrativo* (20), Universidad Externado de Colombia, 421-451.
- Bordalí Salamanca, A. (2018). Interés legítimo e interés para recurrir en el contencioso administrativo ambiental chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (51), 69-94.
- Brewer Carias, A. R. (2013). *Tratado de Derecho Administrativo* (vol. 2). Caracas: Editorial jurídica venezolana.
- Cambero Quezada, G. (2015). La evolución de la responsabilidad patrimonial del Estado en México. *Letras jurídicas*, (10), 1-26.
- Carreras, D. (2010). *Derechos propios del Estado*. Santiago de Chile: Universidad Santa María de Chile.
- Cassagne, J.C. (2008). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Nexis.

- Castillo, R. (2012). *El servidor público español*. Madrid: Cervantes.
- Domenech Pascual, G. (2010). Responsabilidad Patrimonial de la Administración por Actos Jurídicos Ilegales ¿Responsabilidad objetiva o por culpa? *Revista de Administración Pública*. (183), 179-231.
- Echeverría Acuña, M. A. (2012). Responsabilidad Patrimonial del Estado colombiano por el hecho del legislador. *Saber, ciencia y libertad*, 19-34.
- Escorcía, J.F. (2018). *Derecho Administrativo*. Managua: SENICSA.
- Esguerra Portocarrero, J.C. *Responsabilidad Patrimonial del Estado*. En Ferrer Mac-Gregor, E., & Lelo de Larrea, A.Z. (Comps.) (2008). *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional*. México: Marcial Pons.
- Fernández Farreres, G. (2009). Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y títulos de imputación del daño. En J. Ortiz Blasco & P. Maillo García (Coords.), *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: Crisis y propuestas para el siglo XXI* (pp. 99-130). Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local.
- Fernández García, J.F. (2010). La responsabilidad patrimonial de la Administración hidráulica en el supuesto de inundaciones. *Revista de Administración Pública*. (182), 123-158.
- Fortes González, A.I. (2013). *La responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas*. Universidad de Salamanca. Salamanca. España.
- García Cremades, G. (2015). *La problemática de la prueba de responsabilidad patrimonial en el proceso contencioso-administrativo. Análisis especial de la regla “res ipsa loquitur” (Tesis inédita de doctorado)*. Universidad de Alicante. Alicante. Chile.

- García de Enterría, E. (1984). *Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de Expropiación Forzosa*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- García de Enterría, E., & Fernández, T. (2008). *Curso de Derecho Administrativo (12va ed.)*. Bogotá: Temis.
- García Manzano, P. (2000). ¿El fin del peregrinaje jurisdiccional? *DS*, 8 (1), 65-71.
- Garrido Falla, F. (1989). La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado. *Revista de Administración Pública*. (119), 7-48.
- Garrido Falla, F., Palomar Olmeda, A., & Losada González, H. (2002). *Tratado de Derecho Administrativo (vol. 2)*. Madrid: Tecnos.
- González Pérez, J. (2016). *Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas (8va ed.)*. Navarra: Civitas.
- Gordillo, A. (2014). *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.
- Leguina Villa, J., Sánchez Morón, M. (1993). *La nueva Ley de Régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común*. Madrid: Tecnos.
- Lamoglia, C.M. (2015). La responsabilidad del Estado en Argentina: breve comentario a su régimen legal. *Iustitia*, (13), 59-94.
- López Menudo, F., Guichot Reina E., & Carrillo Donaire, J.A. (2005). *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*. Valladolid: Lex Nova.
- Martín Rebollo, L. (1999). Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones. *Revista de Administración Pública*, (150), 317-371.
- Mayor Gómez, R. (2015). Los daños morales en la responsabilidad patrimonial sanitaria: Análisis jurídico y práctico de las cuestiones más problemáticas. *Gabilex*, (2), 7-34.

- Mir Puigpelat, O. (2002). *La responsabilidad patrimonial de la Administración: Hacia un nuevo sistema*. Madrid: Civitas.
- Moreno Bodes, M. (2018). La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, especial mención al ámbito sanitario. *Cadernos de Dereito Actual*, (9), 61-85.
- Muñoz Guijosa, M.A. (2012). Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial administrativa: antijuridicidad y atención al tipo de funcionamiento administrativo. *Revista de Administración Pública*, (187), 97-139.
- Navarro, K. (2011). Proyecto de ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. *Revista de la Facultad de Derecho Peruana*. (67), 125-145.
- Navarro, K., Sendín García, M.A. (2007). *Derecho Administrativo y de los servicios públicos*. Managua: Bitecsa.
- Parada, R. (2017). *Derecho Administrativo II: Régimen jurídico de la actividad administrativa*. España: Ediciones Académicas.
- Paricio Rallo, E. (2018). Responsabilidad patrimonial de la Administración por daños sufridos en la vía pública. *Fundación, Democracia y Gobierno Local*. (12), 90-99.
- Parra Martínez, G., & Jiménez, W.G. (2016). Responsabilidad estatal y Estado Social y Democrático de Derecho. Elementos para una política de defensa jurídica en Colombia. *Diálogos de Saberes*, (45), 29-47.
- Rebollo, L.M. (1999). Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones. *Revista de Administración Pública*, (150), 317-371.
- Reformas e incorporaciones a la Ley No. 40, Ley de Municipios, publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 6, del 14 de enero de 2013.
- Rodríguez López, P. (2007). *Responsabilidad patrimonial de la Administración en materia sanitaria*. Barcelona: Atelier.

- Salerno, A., & Moreno Fuentes, R. (2000). La responsabilidad de la Administración por daños que afectan a los intereses legítimos en el sistema italiano ¿un cambio revolucionario? *Revista de Administración Pública*, (152), 421-456.
- Sánchez Morón, M. (1995). *Enciclopedia Jurídica Básica*. Madrid: Civitas.
- Sánchez Morón, M. (2014). *Derecho Administrativo. Parte general*. Madrid: Tecnos.
- Soler Pedroza, I., & Jiménez, W. (2009). La acción de repetición como mecanismo moralizador de la función pública: luces y sombras. Estado del arte. *Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas*, 9 (16). Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?idp=1&id=100212247006&cid=60315>.
- Tena Ibarra, J.I. (1951). Desarrollo y perspectiva del principio de responsabilidad civil de la Administración. *RAP*, (6), 177-192.
- Uriarte Ricote, M. (1997). El conflicto de competencia planteado por la administración al juez civil o social como mecanismo unificador (hacia la jurisdicción contencioso-administrativa) en materia de responsabilidad patrimonial. *Revista de Administración Pública*, (143), 265-284.
- Villavicencio Escudero, L.A. (2018). Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública: apuntes para una propuesta de cambio en la Ley peruana del Procedimiento Administrativo General. *Derecho y Sociedad*, (50), 99-114.
- Viscassillas Vázquez, E. (2006). *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública de Nicaragua y sus autoridades y funcionarios*. Managua: Hispamer.
- Zaldivar Lelo de Larrea, A. (2002). *Hacia una nueva Ley de Amparo*. México: UNAM.

LEGISLACIÓN NACIONAL

- Código Civil de la República de Nicaragua. Publicado en La Gaceta, Diario Oficial N° 2148, del 05 de febrero de 1904. Managua.
- Ley N° 260. Ley Orgánica del Poder Judicial de la República de Nicaragua. Publicada en La Gaceta, Diario Oficial N° 137 del 23 de julio de 1998. Nicaragua
- Ley N° 350. Ley de Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo. Publicada en La Gaceta, Diario Oficial N° 140 y 141, del 25 y 26 de julio de 2000. Nicaragua.
- Ley N° 540. Ley de Mediación y Arbitraje. Publicada en La Gaceta, Diario Oficial N° 122, del 24 de junio de 2005. Nicaragua.
- Ley No. 737. Ley de contrataciones administrativas del Sector Público. Publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 213 y 214 del 8 y 9 de noviembre del 2010.
- Ley N° 801. Ley de Contrataciones Administrativas Municipales. Publicada en La Gaceta, Diario Oficial N° 192, del 05 de julio de 2012. Nicaragua
- Ley No. 40, Ley de Municipios, publicada en La Gaceta, Diario Oficial No. 6, del 14 de enero de 2013.
- Ley N° 217. Ley General del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales con sus reformas incorporadas. Publicada en La Gaceta, Diario Oficial N° 20 del 31 de enero de 2014.
- Ley N° 854. Ley de Reforma Parcial a la Constitución Política de Nicaragua. Publicada en La Gaceta, Diario Oficial N° 26, del 10 de febrero de 2014.
- Ley N° 906. Código Procesal Civil de la República de Nicaragua. Publicada en La Gaceta, Diario Oficial N° 191, del 09 de octubre de 2015. Nicaragua

LEGISLACIÓN EXTRANJERA

- Ley N° 6227. Ley General de la Administración Pública. Publicada en La Gaceta N° 203 del 10 de octubre de 1978. Costa Rica.
- Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso - administrativa. Publicada en el Boletín Oficial del Estado N° 167, del 14 de julio de 1998. España.
- Ley N° 26.944. Ley de Responsabilidad Estatal. Publicada en Boletín Oficial, del 08 de agosto de 2014. Argentina
- Ley 40/2015. Ley de Régimen Jurídico del Sector Público. Publicado en el Boletín Oficial del Estado N° 236, del 02 de octubre de 2015. España.
- Ley N° 27444. Ley del Procedimiento Administrativo General. Publicado en el Diario Oficial, El Peruano separata especial, del 25 de enero de 2019. Perú.
- Decreto N° 208. Ley de Responsabilidad Patrimonial para el Estado de México y sus Municipios. Publicado. Publicado en el Periódico Oficial, Gaceta del Gobierno N° 97, del 30 de mayo 2017. México.



# RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA EN NICARAGUA: PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*

A Benedicto, *In memoriam*  
Ruth y Vilma

## **I. Introducción**

---

La responsabilidad penal de las personas jurídicas tiene innumerables aristas, representa muchos retos y es una de las discusiones más polémicas en la doctrina penal especializada a comienzos del siglo XXI, con opiniones a favor y en contra, teniendo su origen en el Derecho anglosajón, desentrañamos la posibilidad de aplicarse en Nicaragua.

La metodología utilizada se incardina en una de tipo dogmático, con objetivos críticos, teniendo como planteamiento implementar un nuevo modelo de responsabilidad penal pensado para las corporaciones. El método que se implementó es el descriptivo, analítico y deductivo, teniendo como recursos auxiliares al Derecho Comparado.

Nuestro objetivo general es destacar la necesidad de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas en Nicaragua, para combatir la criminalidad empresarial en el marco de la delincuencia de cuello blanco y armonizar nuestro Derecho Penal con las nuevas corrientes de la política criminal internacional.

Como objetivos específicos, se sustentan las fuentes de imputación penal de las personas jurídicas para una

posible reforma; se determinan sus posibles modelos de responsabilidad para justificar la responsabilidad penal corporativa y se define una postura a favor de la creación de una ley especial en lugar de reformas penales que, entre otros cuerpos normativos, podrían trastocar la sistemática no sólo del Código Penal, sino también del Código Procesal Penal.

Partimos con esta introducción, para abordar luego el estado actual de la cuestión de la responsabilidad penal corporativa, situación que no ha sido nada pacífica en la doctrina, con opiniones encontradas, sobre todo porque ello implica la necesaria revisión del principio "*Societas delinquere non potest*" y sus consecuencias.

Como tercer punto se hace una explicación concisa de las fuentes de imputación en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, siendo estas la falta de organización y control y el beneficio o provecho que las mismas hubieran podido percibir, al tiempo que se discute la posibilidad del actuar por imprudencia en el ámbito de las corporaciones.

En el cuarto apartado se desarrollan los modelos de responsabilidad penal corporativa, tales son el modelo autónomo y el modelo heterónomo, también conocidos como modelo de responsabilidad directa y modelo de responsabilidad vicarial, este último no aceptado por gran parte de la doctrina penal por la propensión a una doble imputación que podría violentar el principio *non bis in ídem*.

En el acápite cinco se hace una reflexión acerca de lo conveniente que puede ser una reforma penal o la creación de una ley especial para efectos de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas, poniendo como

ejemplos recientes el caso chileno, argentino y costarricense, que se decantaron por la creación de una ley especial de responsabilidad penal corporativa. Por el contrario, España decidió hacer reformas al Código Penal, suscitándose problemas serios de aplicación.

Siguiendo el hilo conductor de la investigación, en el sexto punto se aborda la noción de lo que se debe entender por persona jurídica, concepto nutrido por el Derecho privado, concretamente el Derecho Civil, subdividiéndose tal apartado en la clasificación de las personas jurídicas a efectos penales, la empresa como persona jurídica, la representación de las personas jurídicas y las personas jurídicas imputables e inimputables.

Como último punto de contenido, el apartado octavo hace una referencia importante sobre los programas de cumplimiento normativo o *compliance*, y lo relevante que pueden ser en materia de responsabilidad penal corporativa, para efectos de atenuantes o eximentes de responsabilidad penal, en el mismo se hace un estudio detallado en materia normativa de prevención del Lavado de Activos, el Financiamiento al Terrorismo y el Financiamiento a la Proliferación de Armas de Destrucción Masiva

El estudio realizado finaliza con unas breves y precisas conclusiones y explicita las fuentes de conocimiento utilizadas, valga decir que se trata de bibliografía especializada en el tema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, confrontando la doctrina penal, procesal y mercantil más autorizada.

## II. Estado actual de la cuestión

---

De acuerdo con Nieto Martín (2014), una de las discusiones más polémicas en la doctrina penal especializada a comienzos del siglo XXI es la posibilidad de revisión del principio “*Societas delinquere non potest*”, aflorando uno de los temas jurídico penales más debatidos en las últimas décadas, con opiniones a favor y en contra.

La posibilidad de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas constituye uno de los temas actuales más candentes y estudiados en el ámbito de las ciencias penales a nivel regional, teniendo en cuenta que hay posiciones que defienden con solidas tesis la pervivencia del aforismo “*Societas delinquere non potest*” y otros que propugnan una inversión del mismo principio. (Medina Arostegui, 2019).

La responsabilidad penal corporativa tiene su origen en el Derecho Anglosajón. Los países del *Common Law*; Gran Bretaña, Irlanda, Estados Unidos, Canadá, Australia, admiten esta posición. Por el contrario, en la Europa continental siempre ha existido un enorme desacuerdo en torno a que las entidades sean parte pasiva en el proceso penal, no obstante, las iniciativas legislativas de la última década apuntan en el sentido de colocar como sujeto imputable a las corporaciones.

No cabe ninguna duda que la responsabilidad penal de las personas jurídicas pasa por el incesante proceso de armonización internacional del Derecho Penal, como por la sentida necesidad de ofrecer una repuesta más eficaz al avance de la criminalidad empresarial, principalmente en el marco de la delincuencia económica.

El panorama legislativo internacional ha variado de forma vertiginosa y la responsabilidad penal corporativa forma parte de la política criminal internacional, teniendo como fuente el Derecho Anglosajón, la Unión Europea, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), Naciones Unidas y Consejo de Europa. (Neira Pena, 2014).

En este sentido Aráuz Ulloa y Moreno Castillo (2001), son de la opinión que la creciente criminalidad empresarial, organizada, la corrupción y una serie de delitos, entre ellos los económicos principalmente, encuentran un campo fértil en nuestros días y la Administración de Justicia encuentra serias dificultades en la persecución del delincuente empresarial que detenta fuertes influencias que enlazan la vida económica y política, lo que hace que este tipo de delincuente reciba un trato, tanto legislativo como judicial, muy benévolo o se escude en estructuras societarias.

Los citados autores sostienen que la atención prestada por la doctrina al ámbito de los negocios y a la actividad empresarial, ha conocido una continua progresión que no puede explicarse sino como una respuesta político-criminal frente a un fenómeno, que cobra mayor importancia y complejidad en el mundo de los negocios, y por tal razón la necesaria intervención penal.

En el mismo sentido, conceptualizan la llamada delincuencia de cuello blanco, delincuencia de caballeros, delincuencia económica, cuya caracterización común es la infracción penal cometida por personas de alto nivel social, económico y que afectan al orden socioeconómico establecido.

También se habla del poder corruptor que este tipo de delincuencia ejerce sobre la Administración Pública involucrando cada vez más a las altas esferas del Estado cuyo beneficio económico para los autores alcanza cuotas espectaculares que traducen el delito económico en un delito de enriquecimiento. (Aráuz Ulloa & Moreno Castillo, 2001).

Nos dice el profesor de la Universidad de Salamanca, Serrano-Piedecabras Fernández (1997), que ya en el Congreso de Derecho Comunitario sobre “Responsabilidad Penal de las personas jurídicas” celebrado en Mesina en 1979, se recomienda el reconocimiento de dicha responsabilidad y la elaboración de un sistema represivo que comprenda sanciones de naturaleza penal, administrativa o *sui generis*.

Nos sigue diciendo el mismo autor, que, a lo largo de años, el Comité de Ministros del Consejo de Europa crea un comité de expertos juristas focalizados en el estudio de la normalización comunitaria sobre la base del reconocimiento de la responsabilidad penal de las entidades. El 28 de noviembre de 1986, el comité adoptó los siguientes acuerdos: admisión directa de la responsabilidad penal de las empresas y elaboración de una alternativa paralela a la noción tradicional de la culpabilidad mediante la introducción de un sistema de sanciones cuasi-penales.

Todo este cúmulo de sugerencias ha ido, poco a poco, reflejándose en los Códigos penales de Europa.

En Inglaterra e Irlanda del Norte, integrados en el sistema del *Common Law*, el principio de responsabilidad penal corporativa, fue admitido por vía jurisprudencial desde el siglo XIX, siendo responsable penalmen-

te de toda clase de delitos que su naturaleza admita. (Serrano-Piedecabras Fernández, 1997).

En el mismo sentido Luzón Peña (2017), nos dice que la Europa continental muchos países como Holanda (1976), Portugal (1984), y Francia (1994), seguidos por Dinamarca (1996), Bélgica (1999), Suiza (2003) y finalmente España (2010), han optado por la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En cambio, Alemania mantiene el modelo de responsabilidad administrativa, y lo mismo ha ocurrido en Italia con un Decreto legislativo de 2001, que introdujo la responsabilidad administrativa de la persona jurídica por delitos, aunque con aplicación judicial de las sanciones.

En nuestra región, Chile (2009) aprobó la Ley 20393, estableciendo la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delito de cohecho, derivándose responsables las personas jurídicas de derecho privado y las empresas del Estado, de manera directa o indirecta, en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión o por quienes estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los anteriores, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de la persona jurídica de los deberes de dirección y supervisión.

En palabras de Van Weezel (2010), la ley chilena considera que estos deberes de dirección y supervisión se han cumplido especialmente (aunque no exclusivamente) cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica ha adoptado e implementado “mo-

delos” de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido.

Seguidamente México (2014) con la publicación del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) y la reforma al Código Penal para el Distrito Federal (CPDF), implementó la responsabilidad penal para las personas jurídicas, quedando mucho camino por recorrer.

En ese tenor, plantea Coaña Be (2016), habrá que estar atentos, por un lado, a las necesarias reformas que deberán realizar tanto la federación como las restantes entidades federativas de la República mexicana, a efectos de poder constatar similitudes y divergencias en la implementación de los esquemas que permitan imputar responsabilidad penal a las empresas.

La República de Argentina (2017), mediante Ley 27.401 ha instaurado un régimen de responsabilidad penal para las personas jurídicas privadas (ya sea de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal) por los delitos de cohecho y tráfico de influencia nacional y trasnacional, negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, concusión, enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleos y balance e informes falsos.

Los aspectos de mayor relevancia que se pueden extraer de la Ley antes señaladas, son un sistema de *numerus clausus*, la responsabilidad de las entidades será posible cuando los delitos hubieren sido realizados, directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio, aun cuando quien hubiere actuado fuere un tercero que careciese de representación, siempre que el ente de existencia ideal hubie-

se ratificado la gestión, incluso tácitamente. (Haidempergher & Artaza, 2018).

En Costa Rica, solamente las personas físicas podían ser consideradas como autoras de un delito y sancionadas de conformidad. Esto cambió con la aprobación de la “Ley de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas sobre Cohechos Domésticos, Soborno Transnacional y Otros Delitos”, Decreto Legislativo número 9699, aprobada en segundo debate el 10 de junio de 2019 y publicada en La Gaceta Diario Oficial número 130, el 11 de junio del mismo año.

De la Ley costarricense se deriva que la responsabilidad penal aplica para todo tipo de persona jurídica, pública o privada, costarricense o extranjera; por ejemplo, cooperativas, asociaciones solidaristas, empresas públicas, fundaciones, todo tipo de sociedad (anónima, de responsabilidad limitada).

Esta ley establece la posibilidad de que una persona jurídica sea considerada como autora de un delito, independientemente de la responsabilidad que pueda recaer sobre los empleados o representantes de las empresas.

En el ámbito legislativo nacional, es importante hacer remembranza que, en Nicaragua, el artículo 602 del Código de Instrucción Criminal de 1879, que estuvo vigente hasta el año 2002, contemplaba la posibilidad de proceder penalmente contra las corporaciones. Tal precepto nunca se aplicó en su tenor literal, siempre se optó por enderezar el proceso penal contra las personas naturales vinculadas a la empresa. (Luzón Peña et al., 2017).

Las consecuencias accesorias prescritas en el artículo 113 de nuestro Código Penal (CP), en concordancia

cia con el artículo 45, niegan categóricamente la posibilidad de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas, al atribuir la responsabilidad a las personas físicas que actúan como directivos, administrador de hecho o de derecho u órgano de una persona jurídica o en nombre o representación legal, o voluntaria de otro. Esto está en armónica concordancia con lo que establece el artículo 8 del CP, sobre el principio de responsabilidad personal y de humanidad.

La polémica de las consecuencias accesorias pasa por su indefinida naturaleza, de acuerdo con Cuello Contreras y Mapelli Caffarena (2016), las consecuencias accesorias no corresponden a la naturaleza jurídica de pena ni de medida de seguridad. Sin embargo, desde un punto de vista material comportan idénticas restricciones de derechos y bienes, y son impuestas en un proceso penal por jueces y tribunales.

Por ello, un sector de la doctrina las califica de *penas sui generis*. En cambio, para otro sector no son penas y ni siquiera sanciones, pues cada una de ellas goza de un fundamento y una finalidad particular, ya desde el principio genérico de prohibición de enriquecimiento ilícito, hasta manifestaciones del poder coercitivo del Estado.

Consecuentemente, Nieto Martín (2008), nos dice que llamemos como llamemos a las sanciones que se imponen a las personas jurídicas (es decir: penas, medidas de seguridad, sanciones administrativas, consecuencias accesorias), lo cierto es que estas pertenecen a lo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha denominado derecho penal en sentido amplio; es decir, sanciones que por sus características aflictivas son

materia penal y le son de aplicación las garantías básicas del Derecho Penal. Es decir, son verdaderas penas.

En definitiva el fracaso del modelo de las consecuencias accesorias en muchos países, se debió, básicamente, a las graves deficiencias en su configuración; destacan entre ellas: escasa definición de cuáles son los presupuestos de aplicación y sobre todo los criterios de imposición de las medidas y especialmente de la intervención de las empresas, indefinición sobre su dependencia de la imposición de una pena al autor principal, limitaciones respecto a la imposición cautelar; reducción del número de consecuencias accesorias aplicables, entre otras. (Morales, 2011).

El artículo 113 del Código Penal opta por mantener formalmente el principio *Societas delinquere non potest*,, al atribuir la responsabilidad a las personas físicas que actúan como directivos, administrador de hecho o de derecho u órganos de una persona jurídica o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, fórmula de atribución que se corresponde con la utilizada por distintos tipos penales específicos de la parte especial, por ejemplo, en los delitos societarios, como la gestión abusiva (art. 278 CP), autorización de actos indebidos (art. 279 CP), delitos contra el sistema bancario y financiero (art. 280 CP).

Del artículo 45 CP se desprende, que la persona que actúa en calidad de representante de la persona jurídica y realiza el tipo penal previsto en la ley, lo tiene que efectuar con dolo, es por eso que se le responsabiliza como autor o a título de coautores, aunque no llene o cumpla las condiciones como sujeto activo del delito, pero si las llene la persona jurídica o la entidad o persona en cuyo nombre o representación actué.

En el actual Código Penal nicaragüense, las consecuencias accesorias que recaen sobre personas jurídicas utilizadas para la comisión de un delito, serán impuestas por el juez o tribunal provisionalmente en el transcurso del proceso o de forma definitiva mediante sentencia, debidamente motivada, previa audiencia de los titulares o representantes legales.

La imposición de estas medidas accesorias tiene carácter facultativo, para decretarlas la autoridad judicial deberá ponderar las consecuencias negativas que se pueden suponer en aquellas personas que no están implicadas en la comisión del delito, así como las personas que laboran para la empresa que fuere objeto de medidas accesorias, cuyos puestos de trabajo está en dependencia de su continuidad.

En este sentido, las consecuencias accesorias podrán ser decretadas, con carácter temporal o definitivo, en aquellos delitos en que esté de por medio la utilización de una persona jurídica, por ejemplo, en los delitos cometidos en quiebra fraudulenta, en el delito de gestión abusiva, autorización de actos indebidos o contra el sistema bancario y financiero entre otros. El plazo de imposición de estas medidas, no podrá exceder de los cinco años, salvo cuando sea la disolución de la sociedad.

Como plantea Calcina Hanco (2018), citando a Von Liszt: “Quien puede realizar contratos, puede además hacer fraudulentos contratos”. De esta frase se desprende la posibilidad de que una persona jurídica puede producir bienes y servicios que sean beneficiosos para la propia persona jurídica, quien también puede a la vez, cometer delitos durante los procesos de realización de esos bienes y servicios.

La realidad social demuestra que existen personas jurídicas de muy variada índole, que defraudan a sus clientes, a los ciudadanos, venden productos alimenticios caducados, blanquean capitales, ocasionan problemas de contaminación ambiental, partidos políticos corruptos, asociaciones deportivas evasoras de impuestos, entre otros. (Medina Arostegui, 2019).

En este sentido, el Derecho Administrativo sancionador tiene estrecha relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, países como Alemania mantienen el modelo de responsabilidad administrativa, lo mismo ha ocurrido en Italia y Grecia. En nuestra región Perú castiga mediante Ley número 30424, que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional.

El Derecho Administrativo suele ser definido como un derecho especial formado por un equilibrio entre los privilegios de la Administración y las garantías de las personas (naturales y jurídicas). Dentro de esos poderes o privilegios merece un lugar destacado la potestad sancionadora de la Administración Pública.

En ejercicio de dicha potestad, la Administración puede imponer sanciones a las personas naturales y jurídicas por las transgresiones del ordenamiento jurídico previamente tipificadas como sanción administrativa por una norma.

A manera de ejemplo, la Ley No. 601, aprobada el 28 de septiembre del 2006 y sus reformas: Ley No. 668 aprobada el 14 de agosto del 2008, publicada en la Gaceta No. 174 del 09 de septiembre de 2008; “Ley de Promoción de la Competencia” prescribe en su artícu-

lo 37 relativo a la garantía de cumplimiento de resoluciones, lo siguiente:

“Los agentes económicos que no cumplan con lo establecido en la resolución firme, no podrán contratar con el Estado.”

“PROCOMPETENCIA, podrá solicitar el auxilio de las autoridades policiales para ejecutar el cierre temporal de las actividades a nivel nacional, de los agentes económicos que no cumplan con las resoluciones.”

En algunos ordenamientos la fórmula que se ha adoptado para resolver la tensión entre las exigencias prácticas de introducir la responsabilidad penal de personas jurídicas y el recelo teórico o, incluso procedente del derecho constitucional, a su introducción ha sido la vía de las sanciones administrativas o el establecimiento de sanciones con una naturaleza jurídica distinta a la pena. Esta solución viene propiciada por los convenios y normas internacionales, donde se pone el acento sobre la eficacia y proporcionalidad de las sanciones y no sobre el *nomen iuris*. (Nieto Martín, 2014).

Si bien es cierto, Nicaragua tiene sanciones administrativas severas en materia de competencia y materia bancaria, tales sanciones tienen una naturaleza penal, son materialmente aflictivas desde el punto de vista punitivo, son en la terminología del TEDH verdaderas penas.

### **III. Fuentes de imputación**

---

La doctrina española sostiene que las fuentes de imputación que justifican la responsabilidad penal de las personas jurídicas son dos:

1. Beneficio directo o indirecto (provecho).
2. La falta de control o defecto de organización.

De acuerdo con Zarate Conde y González Campo (2015), sólo tras la reforma 5/2010, completada con la reforma 1/2015, se ha reconocido por primera vez en España la responsabilidad penal de las personas jurídicas y, los títulos de imputación a las corporaciones arriba señalados, se detallan en el número 1 del artículo 31 *bis* del Código Penal español (CPE):

- a. De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.
- b. De los delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendiendo las concretas circunstancias del caso.

El beneficio directo o indirecto, inexorablemente tiene que repercutir en la corporación, aunque también se beneficie el administrador o representante, pero lo que no puede ser objeto de responsabilidad penal de la persona jurídica es la exclusiva consecución de beneficios individuales, sin beneficio corporativo.

Para Camacho (2017), el beneficio puede ser económico o de otra naturaleza, por ejemplo, la reducción de costes. Es importante destacar que el provecho tiene que ser obtenido de forma ilícita para que pueda ser castigado por el Derecho Penal, esto entraña la forma en que se obtuvo ese beneficio. No se debe mal interpretar la obtención del provecho con la forma de obtenerlo, ya que todas las sociedades mercantiles tienen como objetivo las riquezas ilimitadas.

De lo anterior, el representante, administrador de hecho o de derecho de la persona jurídica tiene que realizar un delito, incardinado en un sistema que la doctrina generalmente lo considera de *numerus clausus*.

En España, por ejemplo, la lista de delitos es cerrada, en la que se encuentran delitos económicos, medioambientales, urbanísticos, cohecho, tráfico de influencia, corrupción en las transacciones internacionales, tráfico de órganos, la trata de personas, la prostitución y corrupción de menores, la financiación al terrorismo, ataques a la salud pública, entre otros. (Roso Cañadillas, 2014).

Por regla general, el delito que se cometa será eminentemente doloso, siendo la imprudencia una excepción, éste será en nombre de la sociedad o por cuenta de ésta, si no lo hace en tal condición no podrá comprometer a la persona jurídica. En consecuencia, cuando el administrador de hecho o de derecho o el representante ha llevado a cabo un delito, con todos los requisitos anteriores, la corporación será responsable por dejar dolosa o imprudentemente que se obtenga un provecho ilícito. Ello es lo que se ha dado en llamar un defecto de organización.

La segunda fuente de imputación también exige el provecho como elemento económico, pero el elemento central que configura la fuente de imputación, es la falta de control sobre los sometidos a la autoridad de los administradores o representantes.

De lo dicho anteriormente podemos inferir lo siguiente:

1. El subordinado o el sometido a la autoridad del representante o administrador debe cometer alguno de los hechos típicos de la lista legal seleccionada expresamente. (Sistema de *numerus clausus*).
2. Este subordinado no ha debido ser vigilado, ni fiscalizada su labor y por ello precisamente ha podido realizar holgadamente y sin obstáculos su acción delictiva, es decir, el representante o administrador no ha ejercido sus obligaciones de debido control y diligencia sobre el subordinado.
3. La persona jurídica es penalmente responsable, ya sea por falta de diligencia, ya sea por consentir dolosamente, por mantener al frente de su empresa representantes o administradores que incumplen el deber específico; de todo lo que puede tener, el incumplimiento de éste es el que tiene relevancia penal, el no controlar y vigilar a sus subordinados.

Una de las objeciones y críticas a las fuentes de imputación señaladas, es que la sanción a la persona jurídica afecta a los socios inocentes, lo que atentaría contra el principio de culpabilidad o, más concretamente, de personalidad de las penas.

La segunda objeción se deriva también del principio de culpabilidad, y afecta al sistema más extendido de imputación, el modelo vicarial, a tenor de la cual la cul-

pabilidad de la persona física, del agente, se transfiera a la persona jurídica.

Una última crítica es el quebrantamiento del principio *non bis in idem*, consiste en la prohibición de que un mismo hecho resulte sancionado más de una vez, es decir, supone que no se imponga duplicidad de sanciones en los casos en que se desprenda identidad de sujeto, hecho y fundamento sin que haya una supremacía especial, como por ejemplo que se sancione a una persona dos veces por los mismos hechos en la jurisdicción administrativa y la penal.

Con relación a la primera crítica, pensamos que todas las sanciones tienen efectos colaterales, porque la pérdida patrimonial que experimenta el socio es similar a cualquier otro riesgo derivado de una mala gestión. Dicho lo anterior, los socios perfectamente podrían plantearse ejercer acciones de responsabilidad civil contra los administradores, como es frecuente en el derecho anglosajón.

Considero que la segunda crítica es la más sólida, pues se trata de una genuina responsabilidad objetiva, aunque algunos Tribunales constitucionales como el alemán, consideran precisamente que esta transferencia de culpabilidad salva las dudas de constitucionalidad. No obstante, la culpabilidad en este punto, al igual que otros derechos fundamentales como el honor o la intimidad, emana del valor de la dignidad humana, y en cuanto tal es difícil entender que pueda afectar a la persona jurídica. (Nieto Martín, 2014).

Somos de la opinión que la última crítica, se resuelve evitándose de dos formas, la primera es restringir la responsabilidad de las personas jurídicas a las socieda-

des que superen un determinado tamaño. Donde desde un punto de vista real cabe hablar de dos personas distintas. Resulta interesante la regulación española, en el apartado 3 del artículo 31 *bis* del CPE, que contiene un régimen especial para las personas jurídicas de pequeñas dimensiones.

La segunda solución también es adoptada por el CPE, en los apartados 2 y 5 del artículo 31 *bis*, que consiste en la posibilidad de que el juez, como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a la persona natural y jurídica la pena de multa, modulase las respectivas cuantías.

Dicho lo anterior, creemos que el principio de *no bis in ídem* constituye el límite constitucional más importante a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En empresas pequeñas y medianas, donde la dirección suele estar en manos de los accionistas principales, quienes además son generalmente las personas penalmente responsables, resulta evidente que existe una doble sanción.

Por ello pensamos, que el argumento de doble personalidad no puede utilizarse para eludir la aplicación de un derecho fundamental.

#### **IV. Modelos de responsabilidad**

---

Existen dos modelos fundamentales que permiten sustentar la responsabilidad penal de las personas jurídicas:

1. Modelo vicarial o responsabilidad por transferencia
2. Modelo autónomo o responsabilidad directa

Algunos autores como Hurtado Pozo (2014), hacen una clasificación de los modelos en los siguientes términos: heteroresponsabilidad y autoresponsabilidad. El primero implica que el delito es obra de una persona física, pero que el delito se transfiere a la persona jurídica; a este sistema se le denomina vicarial, el segundo modelo trata de articular la responsabilidad sobre la base de un injusto y una culpabilidad propia de la persona jurídica, autónoma de aquella de la persona física.

La doctrina sostiene que ambos modelos se atribuyen, mediante un sistema de *numerus clausus*, que supedita la imposición de la pena a una expresa previsión de comisión del delito, y para las entidades sin personalidad jurídica siguen reservadas las consecuencias accesorias.

El modelo vicarial o de responsabilidad por transferencia, de acuerdo con Nieto Martín (2008), atribuye la responsabilidad penal de la persona jurídica entendiendo que esta se manifiesta a través de la actuación de una persona física que la compromete con su previa actuación delictiva, siempre que se evidencie un hecho de conexión pues, de otro modo, la responsabilidad de la persona jurídica devendría en responsabilidad meramente objetiva.

En nuestro ordenamiento jurídico nicaragüense, la responsabilidad penal objetiva se encuentra prohibida por el artículo 8 y 9 del CP en su primer párrafo respectivamente, al prescribir: “La persona sólo responde por los hechos propios. La pena no trasciende de la persona del condenado” y “La pena o medida de seguridad sólo se impondrá si la acción u omisión ha sido realizada con dolo o imprudencia. Por consiguiente, queda prohibida la responsabilidad objetiva por el resultado.”

En otras palabras, el modelo vicarial implica que el delito es obra de una persona física, pero que ese delito se transfiere a la persona jurídica; este sistema se denomina de responsabilidad indirecta o derivada, y se le reprocha que es contrario al principio de no responsabilidad penal por hechos ajenos, al de personalidad de las penas y que puede conllevar una responsabilidad objetiva por los hechos ajenos.

Como bien plantea el procesalista Gómez Colomer et al. (2013), la doctrina considera que las personas jurídicas no son titulares de Derechos Fundamentales propios como los tienen las personas físicas, por lo que las anteriores objeciones no tendrían sentido ni se produciría ninguna limitación de derechos, pudiendo incluso llegar a relajarse el garantismo en el ámbito de la persona jurídica.

El modelo autónomo o de responsabilidad directa, pretende construir un sistema propio de responsabilidad penal de las personas jurídicas, con nuevos conceptos de acción, culpabilidad, circunstancias modificativas de la responsabilidad, punibilidad, etc. De tal modo que es el propio ente colectivo quien comete el delito. Se trata de responsabilidad directa o autónoma de la persona jurídica.

Su principal escollo estriba en fundamentar la culpabilidad de la persona jurídica, destacando las teorías que elaboran la responsabilidad del ente colectivo a partir de lo que se denomina “culpabilidad por defecto de organización”. Conforme a este modelo, la persona jurídica es culpable cuando omite la adopción de las medidas de precaución que le son exigibles para garantizar un desarrollo ordenado y no delictivo de la actividad empresarial. (Roso Cañadillas, 2014).

El modelo de autoresponsabilidad trata de articular la responsabilidad sobre la base de un injusto y una culpabilidad propia de la persona jurídica, autónoma de aquella persona física. Las dificultades se plantean a la hora de elegir los criterios de imputación. Así se distinguen, como elementos que permiten construir el injusto autónomo de la persona jurídica, el que tienen que girar en torno a un defecto de organización, de cultura empresarial, de conducción empresarial o reacción defectuosa frente al delito cometido.

Algunos penalistas como la jurista Zuñiga Rodríguez et al. (2004), consideran que solo los defectos organizativos podrán constituir por sí mismos los respectivos delitos societarios. Estos déficits podrán ser dolosos (por encontrarse dirigidos) o imprudentes (por una mala planificación), pero si se presentan al margen de un hecho o hechos delictivos concretos, carecen de identidad y relevancia para constituir una infracción penal.

A manera de ejemplo, el subordinado o el sometido a la autoridad del representante o administrador debe cometer alguno de los hechos típicos de la lista legal seleccionada expresamente; este subordinado no ha debido ser vigilado, ni fiscalizada su labor y por ello precisamente ha podido realizar holgadamente y sin obstáculo alguno de esos hechos típicos. Es decir, el representante o administrador no ha ejercido sus obligaciones de debido control y diligencia sobre el subordinado, en este sentido, la persona jurídica es penalmente responsable, ya sea por falta de diligencia, ya sea por consentir dolosamente, por mantener al frente de sus empresa representantes o administradores que incumplen el deber específico; de todos los que puedan te-

ner, el incumplimiento de éste es el que tiene relevancia penal, el no vigilar y controlar a sus subordinados.

De lo anterior, coincidimos con Roso Cañadillas (2014), al afirmar, que el cáncer de una empresa empieza con un Consejo de Administración desinformado, bien sea porque no se le informa, bien sea porque la información es de mala calidad, al ser producto de un proceso de selección erróneo y desenfocado de la información. En estos casos se puede acabar en una degeneración de la actividad empresarial, que revierte en la transformación del riesgo penal en una lesión real.

En lo particular, creemos que el modelo más eficiente y eficaz es el vicarial o de responsabilidad por transferencia, justificándose en que las entidades o corporaciones, tienen Derechos Fundamentales matizables, distintos en algunos casos a los de las personas naturales. Nos decantamos por este modelo porque está pensado para el sistema de imputación de las personas jurídicas. Por ende, obliga a mejorar la gestión empresarial por medio de sus socios, al considerar que forma parte de la ordenada administración de la entidad preocuparse por la prevención de hechos delictivos.

Pensamos que la responsabilidad colectiva no sólo hace más eficaz la individual, sino que permite un derecho penal material más sencillo, menos costoso y lesivo para los ciudadanos; sostenemos que una correcta organización empresarial nos permitirá ser más eficaces en Nicaragua en la averiguación y sanción de comportamientos individuales, derivando una rebaja generalizada de las sanciones.

De la misma forma consideramos, que la sanción a la empresa consigue, de un lado, compensar la ventaja an-

ticompetitiva que ésta ha obtenido mediante la infracción: la cantidad de impuestos evadidos, o la cantidad ahorradas por no disponer de medios de seguridad e higiene. Asumiendo la empresa parte del gasto público que genera la administración de justicia, al adoptar medidas de auto organización preventiva (*compliance*).

En Nicaragua, en materia de competencia, la Ley No. 601, aprobada el 28 de septiembre del 2006 y sus reformas: Ley No. 668 aprobada el 14 de agosto del 2008, publicada en la Gaceta No. 174 del 09 de septiembre de 2008; “Ley de Promoción de la Competencia”, establece lo que la doctrina en materia de competencia denomina “cláusulas de clemencia”, al determinar en su artículo 48 “Atenuante de la Responsabilidad”, que reza así: “Todo agente económico que ponga en conocimiento a PROCOMPETENCIA, algún tipo de acuerdo u otra práctica violatoria de la presente Ley, de la cual dicho agente sea participe con otros agentes económicos, será exonerado de la sanción pecuniaria que se le haya de aplicar a los demás agentes económicos participantes de dicha actividad”.

“Esta disposición será aplicable, siempre y cuando la autoridad de aplicación no haya tenido conocimiento previo de dichos convenios o prácticas, o cuando no haya otra empresa que ya esté cooperando con PROCOMPETENCIA en una investigación del mismo acuerdo.”

Esto reduce los costes de investigación que pudiese invertir PROCOMPETENCIA, paliando al menos parcialmente, los que los economistas llaman “fallos de mercado” y además de promueve una producción socialmente responsable, lo que entronca con la responsabilidad social corporativa. (Nieto Martín, 2008).

## V. Reforma o ley especial

---

Como en páginas anteriores señalamos, el artículo 602 del Código de Instrucción Criminal de 1879, que estuvo vigente hasta el año 2002, contemplaba la posibilidad de proceder penalmente contra las corporaciones. Tal precepto nunca se aplicó en su tenor literal, siempre se optó por enderezar el proceso penal contra las personas naturales vinculadas a la empresa. (Luzón Peña et al., 2017)

El modelo argentino, el modelo chileno y el modelo costarricense optaron por la creación de una ley ordinaria o especial según cada caso, que establece sus propias fuentes de imputación y su propio modelo de responsabilidad, con sus particularidades procesales, teniendo en cuenta que las entidades o corporaciones tienen derechos fundamentales con matices distintos a los que pueda tener una persona física.

En Chile se aprobó la Ley N<sup>o</sup>. 20393- 02-12-2009. “Ley sobre responsabilidad Penal de las personas jurídicas”; seguidamente Argentina aprobó la Ley N<sup>o</sup>. 27401, Boletín Oficial 33.763- Primera sección, publicada el 1 de diciembre del 2017. “Ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas.” Y por último Costa Rica aprobó la Ley N<sup>o</sup> 9699 el 10 de junio del año 2019 y fue publicada en la Gaceta Diario Oficial N<sup>o</sup> 130 el 11 de junio del año 2019.

México en cambio, aprobó el CNPP el cinco de marzo del año 2014, legislando por primera vez el enjuiciamiento penal de las personas jurídicas, en virtud de esa aprobación, el dieciocho de diciembre del mismo año 2014 se publicó en la Gaceta del Distrito Federal (DF) el decreto por el cual se reformaron, adicionaron

y derogaron diversos artículos del Código Penal para el DF con el fin de establecer las reglas que permiten hablar plenamente de la existencia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. (Coaña Be, 2016).

Mientras que la legislación española incorporó el régimen de la responsabilidad penal de las personas jurídicas mediante la Ley Orgánica 5/2010 el 22 de junio de 2010, y ha sufrido una modificación a través de la Ley Orgánica 1/2015 el 30 de marzo de 2015. En el ámbito procesal se aprobó la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal, que modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal española (LECrím) introduciendo, en palabras de su propia Exposición de Motivos, ciertas modificaciones inexcusables, exigidas por la nueva situación derivada de la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, y relativas a las implicaciones procesales del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Nos dice Neira Pena (2004), que la LECrím y la Ley N<sup>o</sup>37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal, que modifica la LECrím, van recogiendo de forma dispersa y desordenada, algunos derechos y garantías que le corresponden a la entidad enjuiciada en el proceso penal. En cambio, la regulación chilena resulta más garantista que la española. En primer lugar, por la ausencia en la regulación española de una cláusula genérica que equipare a la imputada persona física con la persona jurídica imputada. En segundo lugar, porque los derechos, que la regulación positiva atribuyen expresamente a la entidad enjuiciada, se reconocen de forma más exhaustiva y más amplia en la regulación chilena.

En lo particular, me decanto por la creación de una ley especial para el caso nicaragüense, que establezca principios relativos a la responsabilidad penal corporativa, con un enfoque integral, ya que la extensión de la parte general del Código Penal no será posible aplicarse a las entidades como sujeto activo del delito y los principios garantistas del Código Procesal Penal perderán eficacia en algunos Derechos fundamentales del debido proceso pensado para personas naturales.

La creación de una ley especial, en nuestra opinión, establecería un verdadero sistema de responsabilidad penal, propio de tales entidades, con explicitación de los presupuestos específicos de la misma y de las circunstancias que la modifican, con penas y reglas de determinación también específicas y con las adaptaciones procesales básica para su aplicación práctica.

Somos del criterio, de que una ley especial de responsabilidad penal de las personas jurídicas debe contener elementos procesales y sustantivos básicos, como:

1. El estatus de la persona jurídica imputada en el proceso, para lo cual habrá que determinar en qué condición interviene el ente en el proceso, detallando qué derechos procesales se les reconocen, así como en qué medida se desarrolla tal reconocimiento y con qué límites.
2. El nacimiento del derecho de Defensa, determinándose el momento adecuado para formalizar la investigación penal frente a la persona jurídica a través de su imputación, momento procesal clave que implica, por un lado , la adquisición de un nuevo estatus por parte del ente, que queda sujeto al proceso y, por otro lado, supone la génesis del derecho fundamental de defensa, siendo preciso oírle,

en este temprano estadio del enjuiciamiento, para darle oportunidad de alegar lo que crea conveniente en su descargo.

3. La representación de la persona jurídica en el proceso penal, así como los posibles conflictos de intereses que puede surgir entre la entidad y su representante en el proceso, cuando este último se encuentre penalmente imputado.
4. Fuentes de imputación, estas se incardinan en los modelos de responsabilidad pensados para enjuiciar penalmente a las corporaciones.
5. Modelos de responsabilidad, cuya imputación es especial para las personas jurídicas.
6. Programas de cumplimiento o de integridad, (*compliance*).

En nuestra región latinoamericana, el caso de Chile, la Argentina y Costa Rica consideramos que son para emular, estableciendo una serie de derechos fundamentales aplicables a las corporaciones, en tanto en cuanto su naturaleza lo permita, dejando claro en sus cuerpos normativos lo arriba planteado.

En el año 2015, se presentó a la Asamblea Nacional una iniciativa de “Reformas y Adiciones a la Ley No. 641 Código Penal y de Reformas a la Ley No. 745, Ley de Ejecución, Beneficios y Control Jurisdiccional de la Sanción Penal” y “Ley de Reformas a la Ley No. 406, Código Procesal Penal de la República de Nicaragua” que buscaban responsabilizar penalmente a las personas jurídicas, convirtiéndolas en sujeto activo de delitos.

La iniciativa pretendía con la creación de un artículo 45 *bis* incardinar la reforma en un sistema de *numerus clausus*, al tratar que:

“1. En los casos expresamente previstos en los Delitos de Tenencia, Tráfico y Depósito de Armas, Municiones, Explosivos y otros Materiales Peligrosos, Asociación Ilícita, Crimen organizado, Terrorismo, Delitos relacionados con estupefacientes, psicotrópicos y otras sustancias controladas, Tráfico de Órganos, Tratas de personas, Lavado de dinero, bienes o activos, Cohecho, Tráfico de influencias, Peculado, las personas jurídicas serán responsables penalmente:

a) De los delitos cometidos en su nombre o por cuenta de ellas y en su provecho, por sus representantes legales o por sus administradores de hecho o de derecho;

b) De los delitos cometidos en el ejercicio de actividades propias de la sociedad, por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior han podido realizar los hechos, por no haberse ejercido sobre ellos el debido control o vigilancia;

2. Se considerará administrador de hecho, a la persona física o jurídica que ostente materialmente el poder de decisión de la persona jurídica o facultades de control sobre la misma;

3. La responsabilidad penal de la persona jurídica, será exigible aun cuando la concreta persona física actuante no haya sido individualizada o no se haya podido dirigir el proceso contra ella, siempre y cuando se haya realizado el tipo penal objetivo y la persona jurídica no hubiese garantizado o previsto la ocurrencia de estos comportamientos.” ...

El proyecto de reforma se incardinaba en un sistema de *numerus clausus*, adoptaba como referencia el modelo de responsabilidad autónoma, establecía un defec-

to de organización o falta de vigilancia como fuente de imputación, pero obvia precisar si la otra fuente que es el provecho se producía de modo directo o indirecto, como bien se desarrolla en Argentina, por medio de la Ley N<sup>o</sup>. 27401 de responsabilidad penal de las personas jurídicas, al prescribir en su artículo 2 “...Las personas jurídicas son responsables por los delitos previstos en el artículo precedente que hubieren sido realizados, directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio...”

Otra consideración importante es que los derechos y garantías fundamentales reconocidas en el anteproyecto de reforma, estaban desprovistos de una cláusula genérica que equiparase a la imputada persona física con la persona jurídica imputada. Como si lo hace el artículo 21 de la Ley N<sup>o</sup>. 20393- 02-12-2009. “Ley sobre responsabilidad Penal de las personas jurídicas” de Chile. Por todo lo expuesto, partiendo de las aristas sustantivas y procesales, se hace necesaria una Ley especial de la materia.

## **VI. Noción de persona jurídica**

---

Nuestro Código Penal y ordenamiento jurídico en general, no hacen referencia en ningún artículo de lo que se debe entender por personas jurídicas a efectos penales, por ello habrá que adoptar el concepto extrapenal. Nuestra Constitución Política, en su artículo 49 proclama sin ambages el derecho de todo nicaragüense a organizarse, en cuya configuración calza el artículo 1 del Código Civil cuando afirma: “Es persona todo ser capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones. Las personas son naturales y jurídicas”.

Más aún el texto del artículo 3 del mismo cuerpo normativo: “Llámanse personas jurídicas las asociaciones o corporaciones temporales o perpetuas, fundadas con algún fin o por algún motivo de utilidad pública, o de utilidad pública y particular conjuntamente, que en sus relaciones civiles representen una individualidad jurídica”.

En este sentido el profesor De Castro y Bravo (1981), nos dice que persona jurídica es algo bien distinto a la persona física, posee otra naturaleza. Nos plantea, que el término persona se usa en un sentido meramente traslaticio, porque persona únicamente lo es el hombre, ser dotado de inteligencia y voluntad, la persona jurídica es en último término, obra del Estado.

Por otro lado, Díez Picazo y Ponce de León (1998), conceptualizan a la persona jurídica como aquella realidad a la que el Estado reconoce o atribuye individualidad propia distinta de sus elementos componentes, sujetos de derechos y deberes y con una capacidad de obrar en el tráfico jurídico por medio de sus órganos o representantes. Esta explicación, se concibe desde el Derecho Privado, esencialmente el Derecho Civil.

Dicho lo anterior, estamos ante una estructura con identidad y capacidad propia, distintas de sus integrantes, acogiéndonos a la doctrina mayoritaria que apunta a que las personas jurídicas no son mera ficción, sino que tienen capacidad propia, aunque totalmente distinta a la de las personas físicas o naturales.

También nuestra actual legislación mercantil no establece el concepto de Sociedad, dicho concepto es único y unitario para todo el Derecho Privado y válido para

todas las formas sociales, desde las más simples a las más complejas.

La definición de Sociedad contenidas en el artículo 3175 del Código Civil es válida para efectos de este trabajo:

“Se llama sociedad, el contrato en virtud del cual, los que pueden disponer libremente de sus bienes o industrias, ponen en común con otras u otras personas, esos bienes o industrias, o los unos y las otras juntamente con el fin de dividir entre sí el dominio de los bienes y las ganancias y pérdidas que con ello se obtengan, o sólo las ganancias y pérdidas”.

Del anterior precepto podemos destacar que los contratos sociales surgen por la participación de más de dos personas; sin embargo, en otras legislaciones como la española, pueden fundarse las sociedades unipersonales, con una sola persona. Otro aspecto que se vislumbra es que los socios se obligan a hacer las aportaciones que han de contribuir a un fondo común, aportaciones que pueden consistir en bienes o servicios, determinados en el contrato.

El elemento de toda sociedad mercantil es la obtención de ganancias por medio de la sociedad misma, finalidad lucrativa que la diferencia de las asociaciones sin fines de lucro, la cual es la causa del contrato. Es importante destacar que, en materia de sociedades mercantiles, el patrimonio individual, es conocido como patrimonio familiar y el segundo como patrimonio mercantil. Para distinguir uno de otro, es necesario que el patrimonio separado surja bajo la titularidad de una persona jurídica creada por el empresario. (Robleto Arana, 2006).

Siendo que es el poder estatal que reconoce y atribuye ha dicho entramado personalidad y es ello lo que permite el surgimiento de la misma a la vida jurídica, es importante reconocer los problemas materiales que conlleva considerar a la persona jurídica una ficción, es decir, un ente creado sólo para cumplir fines jurídicos, en este sentido no se entrará al debate sobre su esencia, aunque es patente que la teoría de la ficción está hoy claramente superada, (Guzmán García, 2008).

La concepción *ius* privatista de persona jurídica y sociedad, es la que utiliza la mayoría de Códigos Penales y las leyes especiales de Chile y Argentina en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por ende, tal teorización es importante a efectos penales.

Una de las discusiones más polémicas en el tema que nos ocupa, es la inclinación de algunas legislaciones por eximir de responsabilidad a las personas jurídicas de derecho público, la ley chilena, por ejemplo, establece que únicamente las personas jurídicas de derecho privado y las empresas del Estado serán responsable penalmente, dejando fuera a los sindicatos, partidos políticos, y administraciones públicas.

Consecuentemente, la ley argentina, ha instaurado un régimen de responsabilidad penal corporativa para las personas jurídicas privadas, ya sea de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal, también dejando por fuera, a los sindicatos, partidos políticos, y administraciones públicas.

En cambio, en España el artículo 31 *quinquies* del CPE, se refiere a las personas jurídicas exceptuadas del régimen de responsabilidad penal, siendo éstas las administraciones públicas territoriales e institucionales,

Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas empresariales, Organizaciones internacionales de derecho público, y aquellas que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativa.

En el caso de las sociedades mercantiles públicas, que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser imputadas las penas previstas en los literales a y b del apartado 7 del artículo 33 del CPE (multa por cuotas o proporcional e intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años). Esta limitación no será aplicable cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.

Lo novedoso de la regulación española, es que, junto a los partidos políticos, serán también penalmente responsables las fundaciones y entidades con personalidad jurídica que se consideren a ellos vinculadas, conforme a los criterios que se establecen en la disposición adicional séptima de LO 8/2017, de 4 de julio, sobre financiación de partidos políticos, tras la modificación operada por LO 3/2015, de 30 de marzo, de control de la actividad económica-financiera de los Partidos Políticos. (Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, Fiscalía General del Estado, España).

En el ámbito legislativo nicaragüense, se entiende por Administración Pública, la determinada en el artículo 2, numeral 2, de la ley N<sup>o</sup> 350, Ley de lo Cont-

cioso Administrativo, “Es la que ejerce el Estado por medio de los órganos de la administración del Poder Ejecutivo, de acuerdo con sus propias normativas; la Administración de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica y de las municipalidades; las instituciones gubernamentales autónomas o descentralizadas y las desconcentradas; las instituciones de creación constitucional y, en general, todas aquéllas que de acuerdo con sus normas reguladoras realizaren actividades regidas por el ordenamiento jurídico administrativo y la doctrina jurídica y, en todo caso, cuando ejercieren potestades administrativas. También incluye la actividad de los poderes legislativo, judicial y electoral en cuanto realizaren funciones administrativas en materia de personal, contratación administrativa y gestión patrimonial”,

También resulta interesante, la definición de “Empresa del Estado” que hace la Ley N<sup>o</sup> 550, Ley de Administración Financiera y del Régimen Presupuestario, “son aquellos sujetos del dominio comercial del Estado que gozan de personalidad jurídica y patrimonio propios. Son creados por ley, la que determina los fines específicos (servicio público o actividad comercial) que dichas empresas deben perseguir, así como el ámbito territorial al cual deban sujetarse. Excepcionalmente, podrán financiarse total o parcialmente con fondos del Presupuesto General de la República. Las empresas del Estado se sujetan al control tutelar de la entidad u organismo estatal al cual se encuentran adscritas”.

Como ya se dejó plasmado, el fundamento constitucional de todo tipo de organización y asociación descansa en el artículo 49 de nuestra Constitución Política, las Organizaciones sin Fines de Lucro (OSFL),

tienen como legislación de desarrollo, la Ley N<sup>o</sup> 147, Ley General de Personas Jurídicas sin Fines de Lucro (1992), cuyo objeto es “...regular la constitución, autorización, funcionamiento y extinción de las personas jurídicas civiles y religiosas que sin fines de lucro existen en el país”.

Según el Centro de Derechos Constitucionales (CDC, 2010) la aplicación y el cumplimiento de la Ley N<sup>o</sup> 147 se caracterizan por una amplia discrecionalidad, debida principalmente a sus vacíos y algunas contradicciones, además de la carencia de un reglamento o de disposiciones administrativas que regulen con claridad los procedimientos y los requisitos que las personas jurídicas sin fines de lucro están obligadas a cumplir para su constitución, autorización, funcionamiento y extinción. Esta situación afecta a las asociaciones y fundaciones en diversos ámbitos de su vida jurídica.

En el mismo sentido, el texto de la Ley N<sup>o</sup>. 147 no define qué es una persona jurídica sin fines de lucro; su artículo 2 solamente enumera los tipos que pueden conformarse, “una vez que llenen los requisitos establecidos”, clasificándolas en asociaciones, fundaciones, federaciones y confederaciones. Ni siquiera se define qué es una asociación, como tampoco lo hace el Código Civil ya mencionado.

Hasta ahora, sigue siendo incluso una tarea pendiente en la legislación nicaragüense, la definición de los tipos de personas jurídicas sin fines de lucro que pueden conformarse, que permita a su vez distinguir entre una u otra, especialmente en el caso de las asociaciones y las fundaciones. En la práctica, tanto el órgano legislativo que otorga la Personalidad Jurídica, como el Departamento de Registro y Control de Asociaciones del Ministerio de Gobernación –organismo encargado

de la aplicación de la Ley–, dan tratamiento similar e indistinto a fundaciones y asociaciones.

A tales efectos, consideramos importante traer a colación a las entidades deportivas sin fines de lucro, reguladas por la Ley N<sup>o</sup> 522, Ley General de Deporte, Educación Física y Recreación Física, con sus debidas reformas incorporadas en el año 2015. En su artículo 51 prescribe que: “La personalidad jurídica de las asociaciones, federaciones y confederaciones deportivas, de educación física y de recreación física, serán otorgadas por la Junta Directiva del CONADERFI, para lo cual deberán de presentar su solicitud por escrito ante la Primera Secretaría, firmada por su Presidente, Presidenta o representante legal, acompañando el testimonio de la escritura de constitución y estatutos, en original y fotocopia, debidamente certificada por notario público”.

Las entidades deportivas sin fines de lucro, serán sujetos de financiamiento, a través de los recursos asignados al Consejo Nacional del Deporte, la Educación Física y la Recreación Física, a través del Presupuesto General de la República y que administrará el Instituto Nicaragüense de Deportes, todo conforme a lo establecido en la presente Ley, su Reglamento y la normativa emitida por dicho Consejo para tal efecto. (Artículo 38, Ley N<sup>o</sup> 522).

En la práctica, la mayoría de las entidades deportivas tienen como financiamiento único, los derivados del Presupuesto General de la República, es decir, éstas subsisten sólo de una fuente de financiamiento, que es la que le otorga el Estado, por medio del Instituto Nicaragüense de Deportes (IND).

## 6.1 CLASIFICACIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS PARA EFECTOS PENALES

La doctrina jurídico penal que defiende el modelo de responsabilidad penal corporativa, sostiene que a las entidades que poseen personalidad jurídica se les impondrán penas y a las entidades sin personalidad jurídica se le impondrá consecuencias accesorias.

En el Derecho comparado suelen clasificar a las personas jurídicas atendiendo el nivel de criminalización y a su instrumentalización; podemos distinguir entre

1. Persona jurídica de actividad lícita relevante
2. Personas jurídicas de actividad ilícita relevante

La profesora de la Universidad de Alcalá, Roso Cañadillas (2014), magistralmente plantea que las personas jurídicas de actividad lícita se suelen corresponder con la idea de empresa, ya que ésta se forma con el propósito exclusivo de poner en marcha una actividad lícita y que además genere un beneficio económico y social. Los delitos cometidos por este tipo de personas jurídicas (empresas), lo son con ocasión del desarrollo de su actividad lícita que en momentos puntuales puede deslizarse hacia la ilicitud.

Por el contrario, la actividad legal desarrollada por las personas jurídicas de actividad ilícita relevante, no son más que acciones planificadas al servicio de operaciones al margen de la ley, que son el verdadero objeto de esas empresas. Es decir, pese que su constitución inicial obedece a un objeto social lícito, con el que se ha creado una falacia de legalidad, no obstante, esconden tras de sí toda una infraestructura dedicada al delito. Bajo ese sistema operaron en Nicaragua sociedades mercantiles como *Agave Azul*, *Marca Móvil S.A*, *Aero-*

*nic*, e *International Investments Finncial Services Inc* (caso monjitas del teresiano). Si tomamos como referente el histórico de la empresa, ésta se inicia en una actividad de objeto lícito y termine desarrollando actividades de objeto ilícito. (Sánchez Bernal, 2012).

## 6.2 LA EMPRESA COMO PERSONA JURÍDICA

Es importante no confundir el concepto de empresa con el de persona jurídica. En primer lugar, hay que considerar que en nuestra legislación no encontramos un concepto jurídico de empresa, solamente la referencia a elementos patrimoniales.

Desde un punto de vista económico se define a la empresa como: “Una organización de capital y trabajo destinada a la producción o a la intermediación de bienes o servicios para el mercado con el fin de generar ganancias”. Otro concepto, también económico, plantea que; “Económicamente, la empresa es organización de los factores de producción (capital-trabajo) con el fin de obtener ganancias ilimitadas”. En ambos conceptos observamos un elemento importante siendo común esto, es el fin último de toda actividad empresarial, que es la de obtener ganancias o beneficios. (Orúe Cruz, 2014).

Se afirma entonces que la empresa no es un simple conjunto de medios de producción inertes. A la fusión de los elementos aislados correspondería una completa independencia jurídica y el nacimiento de un sujeto nuevo con vida propia.

Al configurar el concepto de empresa encontramos un conjunto de elementos, los cuales guardan una estrecha relación con el mercado y la competencia, mismos

que toman formas en una figura societaria que ostenta personalidad jurídica. Se colige entonces, que, aunque no hay un concepto jurídico de empresa en nuestro ordenamiento jurídico como tal, la misma se plasma jurídicamente como estructura societaria que ostenta personalidad jurídica, desplegándose derechos y obligaciones.

### 6.3 REPRESENTACIÓN DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

La representación como institución de Derecho es con frecuencia relegada a un segundo plano al momento de estudiar los fenómenos que a diario suceden en el tráfico jurídico mercantil. Se da por sentado que es fácil determinar, saber, conocer y asimilar cuando un sujeto está actuando en representación de otro.

Nuestro Código Penal es su artículo 45, establece que “La persona que, actuando como directivo, administrador de hecho o de derecho u órgano de una persona jurídica o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, realice un hecho que, salvo en la cualidad del autor, sea subsumible en el precepto correspondiente a un delito o falta, responderá personalmente de acuerdo con éste, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación actúe.”

Como bien plantea González Gutiérrez et al. (2015), el fenómeno representativo ha sido objeto de innumerables acercamientos, teorías, tratados y posturas doctrinarias, que han evolucionado en el tiempo, y a pesar de ello sigue incitando calurosos debates y generando nuevas premisas.

El mismo autor nos dice que la representación es la declaración de voluntad destinada a producir efectos en un ámbito jurídico distinto del sujeto que la realiza. Es una figura jurídica por la cual lo que una persona ejecuta o celebra en nombre de otra, facultada por la propia representada o designada por la ley para representarla, y que produce efectos jurídicos de esa actuación en la esfera patrimonial y jurídica del representado.

Siguiendo esta línea doctrinal, Muñoz De Morales Romero et al. (2014), esboza que la representación en sentido general, es un fenómeno jurídico que implica la actuación de una persona a nombre de otra, es una de las instituciones más utilizadas y uno de las mejores soluciones jurídicas, ya que, a partir de ella, una persona capaz adquiere el don de la ubicuidad, es decir, puede romper con la barrera física, la cual no le permite estar en dos lugares apartados a la vez para celebrar actos jurídicos, permitiéndole celebrar el mayor número de ellos y obtener los mayores provechos posibles al celébralos, haciendo que no sufra ningún menoscabo, en esa libertad contractual que tutela el Derecho.

Existen tres tipos de representación:

### 1. Representación voluntaria o convencional

En la cual, intervienen los particulares capaces para que por medio de un negocio de apoderamiento una persona dote de facultades de actuación jurídica a otra, de manera tal que, en su nombre y representación, celebre todos los actos jurídicos que sean de interés de la primera, y tengan todos los efectos jurídicos dentro de su esfera patrimonial, jurídica o bien familiar.

### 2. Representación legal

Nos plantea Tórrez Peralta (2017), que la representación legal es aquella figura a través de la cual los menores, incapaces, interdictos, pueden ejercitar sus derechos y cumplir sus obligaciones, que de otra manera no podrían actuar en el ámbito jurídico con plena validez y con ello se haría un gran perjuicio y menoscabo de sus derechos, dejándolos en un estado de completa indefensión al no poder exigir sus derechos o prestaciones, ni obligarse en la medida que quisieran.

La Corte Suprema de Justicia (CSJ) ha manifestado en Sentencia de las 8:30 am del 27 de febrero del año 1975, BJ 48/1975, que la representación como institución del Derecho incluye tanto a la representación voluntaria como a la representación legal, incluso y a pesar de las diferencias que guardan dichas figuras. Por ejemplo:

- a. En la representación legal, el representante es, por hipótesis, el único posible autor del negocio y es la única voluntad a tener en cuenta. En la representación voluntaria existe una colaboración entre el representante y el *dominus negotii*, por lo cual ambas voluntades son relevantes.
- b. En la representación voluntaria el hecho de que el principal confiera la representación no lo limita o coarta su poder de hacerlo por sí mismo. En la representación legal esta posibilidad no existe.
- c. La representación voluntaria se fundamenta en ser una ampliación del ámbito de actuación de una persona, la representación legal encuentra su razón de ser en la necesidad de suplir la imposibilidad de actuación jurídica de la persona.
- d. En la representación voluntaria hay autonomía de la voluntad del principal tanto en el mandato como

en el negocio jurídico que se forma con el tercero. En la representación legal, en estricto sentido, no hay autonomía de la voluntad.

- e. En la representación voluntaria hay una concesión de legitimación al representante, en la representación legal hay un poder de configuración de la esfera jurídica ajena.

En definitiva, la representación legal se manifiesta en la incapacidad (sea por minoría de edad, sea la declarada judicialmente).

### 1. Representación orgánica

El profesor Ruíz Armijo et al. (2015), magistralmente nos dice que para las personas jurídicas es una figura jurídica de mucha importancia, ya que estas son entes morales y no físicos, no existiría manera de que se administraran o representaran en juicio, ni tampoco habría manera de que se obligaran o que pudieran exigir un derecho o prestación.

Es por ello que la representación orgánica se vuelve esencial para la persona moral ya que necesariamente debe expresar su voluntad por medio de un ente físico, y para ello debe concretar un órgano administrativo conformado de personas que puedan modificar su realidad, es decir personas físicas, a quienes les brinda a través de un negocio de apoderamiento.

En la cultura jurídica nicaragüense, se ha confundido erróneamente la representación legal con la representación orgánica, así lo podemos observar en el actual Código Procesal Civil, artículo 66 inciso 3 que reza de la siguiente manera: “Por las personas jurídicas públicas, privadas o mixtas, nacionales o extranjeras, comparecerán quienes legalmente las representen.”

La doctrina española interpretando el artículo 7.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sostiene que la representación de las personas jurídicas no es propiamente una representación, sino la misma actuación de las personas jurídicas a través de sus órganos (representación orgánica), o, dicho de otra forma, por medio de las personas físicas que representan dichos órganos a la que la Ley y los estatutos le atribuyen tal condición jurídica, expresando la voluntad de dicho ente. Es pues el órgano de la persona jurídica el que otorga los poderes de representación a favor del apoderado judicial para la válida constitución de la relación jurídica procesal. (Gómez Colomer., et al 2013).

La representación orgánica es también conocida por un sector doctrinal como representación necesaria, ya que al tratarse de ficciones legales tienen que recurrir a la representación como premisa básica para su actuación. Para efectos penales, se estará a lo establecido en el artículo 45 del CP.

De este precepto se desprende la llamada representación legal, misma que ha sido acuñada en nuestra cultura jurídica por siglos, siendo en mi opinión lo correcto representación orgánica o necesaria, el artículo en mención atina en la representación voluntaria, que puede ser ejercida por administradores de hecho o de derecho, y no por directivos, puesto que los mismos encarnan al órgano social.

#### PERSONAS JURÍDICAS IMPUTABLES E INIMPUTABLES

Es una evidencia que la persona jurídica es la estructura que interviene de forma casi generalizada en el tráfico jurídico y económico, con el consiguiente protagonismo de la delincuencia económica. Ello es espe-

cialmente predicable de las grandes empresas cuya capacidad real de dominio constituye una de las razones político-criminales por las que se ha extendido en una gran mayoría de ordenamientos jurídicos la responsabilidad penal de las personas jurídicas, hasta el punto de llegar a considerarse que la exclusiva punición del individuo no hace desaparecer la peligrosidad del ente colectivo ni protege suficientemente los bienes jurídicos en riesgo. (Neira Pena, 2014).

Nace así la responsabilidad empresarial como complemento de la individual, nunca como medio de eludir las responsabilidades individuales en el seno de estructuras societarias complejas. En coherencia con lo anterior, en España, el artículo 31 *ter* deja clara la compatibilidad y autonomía entre la sanción de la persona jurídica y la de la persona física responsable, cuya efectiva punición no es requisito necesario de la responsabilidad de la entidad.

Plantea Tiedemann et al. (2013), que junto a las sociedades que operan con normalidad en el tráfico jurídico mercantil y en cuyo seno se pueden producir comportamientos delictivos, existen otras estructuras societarias cuya finalidad exclusiva o principal es precisamente la comisión de delitos. En este sentido, el régimen de responsabilidad de las personas jurídicas no está realmente diseñado para ellas (supervisión de los subordinados, programas de cumplimiento normativo, régimen de atenuantes), de tal modo que la exclusiva sanción de los individuos que las dirigen frecuentemente colmará todo el reproche punitivo de la conducta, que podrá en su caso completarse con otros instrumentos como el decomiso o las medidas cautelares reales.

En España en palabras de Zarate Conde y González Campo (2015), se entiende que las sociedades instrumentales, aunque formalmente sean personas jurídicas, materialmente carecen del suficiente desarrollo organizativo para que le sea de aplicación el artículo 31 *bis*, especialmente tras completa regulación de los programas de cumplimiento normativo.

A las sociedades instrumentales, se le conoce como sociedades de pantallas, de maletín o de fachada, caracterizadas por la ausencia de verdadera actividad, organización, infraestructura propia, patrimonio, etc., utilizadas como herramientas del delito o para dificultar su investigación.

Desde un punto de vista de su responsabilidad organizativa la doctrina identifica tres categorías de personas jurídicas, sociedades o entidades con relevancia a efectos de la responsabilidad penal, no obstante, y cómo más adelante se verá, parece necesario considerar un cuarto tipo de “organización” con particularidades propias. En consecuencia, es posible tener en cuenta las siguientes:

1. Personas jurídicas que operan con normalidad en el mercado y las que propia y exclusivamente se dirigen las disposiciones sobre los modelos de organización y gestión. Son penalmente imputables. Ejemplo los apartados 2 y 5 del artículo 31 *bis* del CPE, relativos a los programas de cumplimiento, deviniendo las empresas en mejor o peor organizadas.
2. Las sociedades que desarrollan una cierta actividad, en su mayor parte ilegal. Son penalmente imputables.

Banacloche Palao y Zarzalejos Nieto (2015), dice que: “el límite a partir del cual se considera penalmente que la persona jurídica es una entidad totalmente independiente, no mero instrumento de la persona, es un límite normativo que, probablemente irá variando a lo largo del tiempo”.

Un ejemplo de este tipo de sociedades es las utilizadas habitualmente en esquemas de blanqueo de capitales o financiamiento del terrorismo. En la mayoría de los casos se mezclan fondos de origen lícito e ilícito, normalmente incrementando de manera gradual los fondos de origen ilícito.

En este sentido, el artículo 66 *bis* del CPE, las establece como instrumentales para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.

El precepto señalado *supra* las deja claramente dentro del círculo de responsabilidad de las personas jurídicas y, en la medida en que tiene un mínimo desarrollo organizativo y cierta actividad, aunque en su mayor parte ilegal, son también imputables.

1. Sociedades que sólo tendrán la consideración de personas jurídicas inimputables aquellas cuyo “carácter instrumental exceda el referido, es decir que lo sean totalmente, sin ninguna otra clase de actividad legal o que los sea sólo meramente residual y aparente para los propios propósitos delictivos. (Gómez Colomer., et al 2013).

Frecuentemente, este tipo de sociedades suele emplearse para un uso único. En esta categoría se incluyen también aquellas sociedades utilizadas para un

uso finalista, como mero instrumento para la tenencia o titularidad de los fondos o activos a nombre de la entidad, a modo de velo que oculta a la persona física que realmente posee los fondos o disfruta del activo.

Cuando las personas jurídicas son inimputables y se cometen delitos a través de ellas, el reproche punitivo recaerá de modo exclusivo en los individuos que la rigen, es decir, el régimen de responsabilidad corporativa no ésta realmente diseñado para esa clase de entidades (supervisión de los subordinados, programas de cumplimiento normativo, régimen de atenuantes...), de tal modo que la sanción de los integrantes de tales corporaciones colmará todo el reproche punitivo de la conducta, que podrá en su caso completarse con otros instrumentos como el decomiso o las medidas cautelares reales.

Se entiende así que las sociedades instrumentales, aunque formalmente sean personas jurídicas, materialmente carecen del suficiente desarrollo organizativo para que les sea de aplicación las reglas que rigen la responsabilidad penal de las personas jurídicas, especialmente cuando se regulan los llamados programas de cumplimiento (*compliance*).

Dicho lo anterior, el Auto del 19 de mayo del año 2014, dictado por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de España, que confirma la denegación de la personación como parte imputada de una sociedad mercantil cuyo administrador único era el imputado y a la que se le habían embargado unos bienes, acordada por el Juzgado Central de Instrucción en un pronunciamiento por blanqueo de capitales, con ocasión de este pronunciamiento, en Tribunal profundiza en el fundamento material de la responsabilidad penal de la persona ju-

rídica introduciendo el concepto de imputabilidad empresarial, con la consiguiente distinción entre personas jurídicas imputables e inimputables, de tal manera que sólo serán penalmente responsables aquellas personas jurídicas que tienen un sustrato materialmente suficiente. (Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/ 2015, Fiscalía General del Estado, España).

2. Como derivación de lo anterior, creemos posible identificar otro tipo de organización muy particular, se trata de las denominadas asociaciones o sociedades creadas de hecho: están constituidas por un grupo de personas que muchas veces operan bajo la modalidad de empresa, pero que carecen de personalidad jurídica, no tienen el carácter –y autorización- de comerciante puesto que quizá nunca han pretendido ser una persona jurídica, son estructuras criminales estructuradas exclusivamente para la realización de actividades ilícitas de cooperación y colaboración recíproca, negocios de fachada para el lavado dinero, trata de personas, explotación sexual, peculado, fraude, malversación de caudales públicos, soborno y tráfico de influencias.

Lo anterior debe distinguirse por completo de lo que la doctrina mercantilista entiende como sociedad de hecho, que es aquella que se convino, pero no se documentó ni en escritura pública, ni en escritura privada. El tipo de organización al que hemos hecho referencia en el párrafo anterior, debe ser también diferenciada no sólo de la llamada sociedad de hecho, sino también de la denominada sociedad irregular que es aquella que, al constituirse, se documentó, pero no se registró.

El profesor Robleto Arana (2006), citando a Sánchez Calero nos plantea, que la falta de algunos de los requisitos exigidos para la regularidad de la sociedad, escritura pública, e inscripción en el Registro, hace que se califique como irregular. El rasgo característico que la identifica como sociedad irregular, es que los socios no han inscrito el contrato en el Registro Público Mercantil, para lo que se exige, como requisito previo la escritura pública. De manera tal, que los socios no han completado el proceso fundacional en tiempo y forma que la ley ha previsto. En esto consiste, en definitiva, su irregularidad.

Es importante recordar que el artículo 199 del Código de Comercio (CC) establece la obligación de inscribir en el Registro Público Mercantil a las sociedades mercantiles con el fin de crear un ente con personalidad jurídica. De igual forma, el mismo cuerpo normativo, prescribe que la inscripción es obligatoria y preceptúa en el caso de que no se presente la escritura pública para su inscripción, en el plazo de quince días siguientes a la fecha de su otorgamiento, la aplicación de una multa exigible ejecutivamente. (Ver art. 21 CC).

Según Robleto Arana (2006), las sociedades irregulares, aunque carezcan de personalidad jurídica, existe como ente, lo que debe permitir que los terceros cuenten con la garantía del patrimonio común. Quedan fuera de las sociedades irregulares las denominadas sociedades internas y las ocultas, tampoco se incluyen las sociedades de hecho, si se entienden por tales, las que están afectadas por vicios de nulidad, como la falta de escritura pública principalmente.

El Código de Comercio, apunta que, si el contrato de sociedad no consta en escritura pública, entonces no

producirá ningún efecto legal, deviniendo en una sociedad de hecho. También indica que las omisiones de algunos de los requisitos establecidos en los artículos 123 y 124 CC, es causa de nulidad del pacto social, la que se declarará a petición de cualquiera de los socios. En definitiva, las sociedades irregulares como las sociedades de hecho funcionan a pesar de sus defectos de nulidad absoluta o de nulidad relativa, sin que esas carencias o vicios determinen per se su dedicación a acciones penalmente antijurídicas.

Por el contrario, las asociaciones -y aquí usamos la palabra en su sentido más *lato* de agrupación de personas que tienen un fin común- a las que hemos hecho referencia como “asociaciones creadas de hecho”, tienen como único fin de la realización de actividades ilícitas desde el ámbito penal. Al no existir como personas jurídicas, debemos colegir que las actividades realizadas por esas agrupaciones criminales, sólo se pueden castigar responsabilizando a las personas físicas por los delitos que se hayan cometido (los señalados anteriormente u otros más), sin perjuicio de sancionar a los autores por los delitos plurisubjetivos de asociación para delinquir o crimen organizado, según sea el caso.

## **VII. *Compliance* y responsabilidad penal**

---

Los programas de cumplimiento o *compliance*, guardan una estrecha relación con la responsabilidad penal corporativa, ya que, en muchas legislaciones como España, Argentina, y Chile, son verdaderos atenuantes o eximentes de responsabilidad penal.

*El compliance* es un conjunto de herramientas de carácter preventivo, que tienen por objeto garantizar que la

actividad realizada por la persona jurídica (empresa) y quienes la conforman y actúan en su nombre lo hagan en apego a las normas legales, políticas internas, Códigos Éticos sectoriales y cualquier otra disposición que la misma esté obligada a cumplir o que haya decidido hacerlo de forma voluntaria, como parte de sus buenas prácticas (Cuevas, 2017).

Los denominados modelos de organización y gestión, *compliance*, programas de integridad, códigos de conductas, entre otros, buscan implantar un modelo adecuado de organización empresarial regido por la cultura de cumplimiento, para corregir defectos de organización que pueden desembocar en hechos delictivos.

La legislación española es del criterio de considerar como circunstancias atenuantes o eximentes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, los programas de cumplimiento o *compliance*.

El fin del *compliance* penal, es el de establecer normas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

En puridad, los modelos de organización y gestión o *corporate compliance programs* no tienen por objeto evitar la sanción penal de la empresa sino promover una verdadera cultura ética empresarial.

*Compliance* penal se nutre de una serie de elementos que contribuyen a que las organizaciones tengan un mayor control y posean un sistema eficaz para incrementar y validar su grado de cumplimiento normativo.

El CPE art. 31 *bis* nos alecciona, y establece una serie de requisitos que debe contener todo sistema de *compliance*:

- a) **Identificar** las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.
- b) **Establecer** los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquellos.
- c) **Disponer** de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.
- d) **Imponer** la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.
- e) **Establecer** un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.
- f) **Realizar** una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los haga necesarios.

Aguilera Gordillo (2018), nos dice que para que el sistema sea eficaz y pueda ser valorado por un juez como una atenuante o eximente de la responsabilidad penal de la persona jurídica, deberá contener, al menos los 6 elementos indicados anteriormente, y aunque pueda pensarse que este tipo de sistemas son complejos y engorrosos, la propia Fiscalía del Estado español ha

reiterado que tomará en cuenta la implementación con criterio de proporcionalidad, por lo cual no se exigirá lo mismo a empresas pequeñas y medianas que a empresas grandes o multinacionales. En este sentido el juez valorara la eficiencia y eficacia del programa de cumplimiento, siendo en primera instancia una eximente de responsabilidad penal, o en su defecto una atenuante cualificada según el artículo 35 del CPE.

No obstante, éstos no son los únicos elementos que pueden incorporarse a un sistema de *compliance*. Hoy en día existen distintas normas nacionales e internacionales que sirven de marco referencial para diseñar un modelo óptimo y que se adecúe a las necesidades de cada organización. Entre ellas se encuentran la *Norma ISO 19600* sobre gestión de sistemas de *compliance*; la *Norma UNE 19601* sobre *compliance* penal, y la *Norma ISO 37001* sobre prevención del soborno y la corrupción (Cuevas, 2017).

Lo más importante, en todo caso, es que el sistema se adapte a la organización y adopte los elementos estructurales antes descritos, y se nutra de aquellos aspectos y controles previstos en otros estándares o incluso buenas prácticas propias que resulten más efectivas para mitigar sus propios riesgos.

En consecuencia, el *compliance penal* constituye el conjunto de herramientas de carácter preventivo con el objeto de prevenir la infracción de normas de carácter penal y evitar eventuales sanciones que generen responsabilidad a la persona jurídica (empresa). En Nicaragua de contar con los programas de cumplimiento normativo en materia penal, consideramos que pueden llegar a constituir verdaderas

eximentes de responsabilidad penal y en su defecto atenuantes cualificados.

Otra institución a destacar es el denominado “oficial de cumplimiento”, cuya atribución fundamental es la supervisión del modelo de prevención de delitos *compliance*, teniendo poderes autónomos, de iniciativa y de control, incardinándose como un órgano específico de la persona jurídica.

Para la prevención del delito dentro de la persona jurídica, es necesario dotar facultades necesarias a un órgano de cumplimiento (oficial de cumplimiento o *compliance officer*), que, dependiendo del tamaño de la persona jurídica, podrá estar constituido por una o varias personas, con la suficiente formación y autoridad.

Muñoz De Morales Romero y Nieto Martín (2014), infieren que el oficial de cumplimiento debe necesariamente ser un órgano de la persona jurídica, lo que facilitará el contacto diario con el funcionamiento de la propia corporación.

Lo esencial, plantea Gómez-Aller (2014), será que exista un órgano supervisor del funcionamiento general del modelo, que deberá establecer claramente el responsable de las distintas funciones y tarea.

Lo relevante para estos efectos, es que la persona jurídica tenga un órgano responsable de la función de cumplimiento normativo, no que todas y cada una de las tareas que integran dicha función sea desempeñada por ese órgano. No puede dejar de mencionarse que, sin perjuicio de las funciones propias del oficial de cumplimiento, siempre corresponderá al órgano de administración establecer la política de control y gestión de riesgos de la sociedad y su supervisión.

En cuanto a la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento, es menester considerar que la omisión puede llevarle a ser él mismo penalmente responsable del delito cometido por el subordinado. Transfiriendo responsabilidad penal a la persona jurídica, por su falta de control.

Debido a que el oficial de cumplimiento ostenta facultades de organización y control dentro de la corporación, puede él mismo con su actuación delictiva, transferir la responsabilidad penal a la persona jurídica.

En Nicaragua, la Ley N<sup>o</sup> 977, “Ley contra el lavado de activos, el financiamiento al terrorismo y el financiamiento a la proliferación de armas de destrucción masiva (LA/FT/FP)” establece en su artículo 14 el deber de los sujetos obligados, a establecer programas de prevención (*compliance*) LA/FT/FP que les permita administrar y mitigar efectivamente los riesgos.

El artículo 15 del mismo cuerpo normativo regula los requisitos mínimos que deben poseer los llamados programas de prevención, de acuerdo a la naturaleza, alcance, tamaño de su actividad y las excepciones particulares que mediante disposición administrativas establezcan los supervisores, los programas de prevención LA/FT/FP.

Los sujetos obligados deben establecer en sus programas de prevención lo siguiente:

- a. Medidas y procedimientos estándar, simplificados e intensificados que permitan administrar y mitigar con eficacia los riesgos de LA/FT/FP que se hayan identificado mediante las evaluaciones nacionales y las evaluaciones sectoriales o individuales. Estas medidas y procedimientos deben ser consistentes

con las obligaciones previstas en la presente Ley y su Reglamento y las disposiciones administrativas y demás orientaciones emitidas por los Supervisores respectivos.

- b. La creación de funciones o cargos con nivel gerencial y/o estructuras administrativas que supervisen el cumplimiento de las medidas y procedimientos ALA/CFT/ CFP y recomienden a sus superiores que los intensifiquen cuando sea necesario. Los Supervisores pueden determinar en qué casos los Sujetos Obligados bajo su supervisión están eximidos de nombrar personal de nivel gerencial.
- c. Las responsabilidades que la alta gerencia o la persona natural que sea Sujeto Obligado tiene en la implementación de las medidas, controles y procedimientos, incluyendo el deber de aprobarlos, revisarlos y actualizarlos, en su caso.
- d. Procedimientos de selección rigurosa para garantizar estándares altos en la contratación de empleados.
- e. Un programa de capacitación continua para los empleados, incluyendo la alta gerencia, en materia ALA/CF/CFP.
- f. Una función de auditoría o evaluación independiente para examinar la efectividad del programa y de su implementación, ya sea por su auditoría interna o por expertos externos independientes, entre estos, los auditores externos.

Por su parte la Ley N<sup>o</sup> 976, “Ley creadora de la Unidad de Análisis Financiero (UAF), en su artículo 2 numeral 8, establece que los sujetos obligados tienen la responsabilidad de implementar obligaciones de prevención, detección y reporte de actividades potencial-

mente vinculadas al LA/FT/FP y delitos precedentes asociados al lavado de activos (LA).

De igual manera, la Súper Intendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras (SIBOIF) ha normado los programas de cumplimiento para la prevención de los riesgos de financiamiento al terrorismo, y de la financiación de la proliferación de armas de destrucción masiva, a través de una copiosa reglamentación, siendo las más relevantes: Resolución: CD-SIBOIF-524-1-MAR5-2008 de fecha 05 de marzo del 2008; Resolución CD-SIBOIF-848-1-AGOST13-2014 de fecha 13 de agosto de 2014; Resolución CD-SIBOIF-849-3-AGOST20-2014 de fecha 20 de agosto de 2014; Resolución CD-SIBOIF-909-1-SEPT29-2015 de fecha 29 de septiembre de 2015 y Resolución N° CD-SIBOIF-980-1-ENE18-2017 de fecha 18 de enero de 2017. De las cuales se derivan principios como “Enfoque Basado en Riesgo” teniendo que adoptar las instituciones financieras supervisadas, políticas, procedimientos, controles, y actualizaciones periódicas de su programa de prevención.

Por otro lado, Comisión Nacional de Microfinanzas (CONAMI) por medio de Resolución N0. CD-CONAMI-002-02ENE31-2013 y Resolución N0. CD-CONAMI-014-04JUL30-2014, ha prescrito normas para la prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo, aplicables a las instituciones financieras intermediarias de microfinanzas (IFIM), supervisadas por la CONAMI, desprendiéndose conceptos como el de “Debida diligencia” “Programas de prevención”, “Oficial de cumplimiento”, entre otros jurídicamente relevantes para efectos de este trabajo.

Como ya habíamos señalado, en Nicaragua, en materia de competencia, la Ley No. 601, aprobada el 28 de septiembre del 2006 y sus reformas: Ley No. 668 aprobada el 14 de agosto del 2008, publicada en la Gaceta No. 174 del 09 de septiembre de 2008; “Ley de Promoción de la Competencia”, establece lo que la doctrina en materia de competencia denomina “cláusulas de clemencia”, al determinar en su artículo 48 “Atenuante de la Responsabilidad”, que reza así: “Todo agente económico que ponga en conocimiento a PROCOMPETENCIA, algún tipo de acuerdo u otra práctica violatoria de la presente Ley, de la cual dicho agente sea participe con otros agentes económicos, será exonerado de la sanción pecuniaria que se le haya de aplicar a los demás agentes económicos participantes de dicha actividad”.

“Esta disposición será aplicable, siempre y cuando la autoridad de aplicación no haya tenido conocimiento previo de dichos convenios o prácticas, o cuando no haya otra empresa que ya esté cooperando con PROCOMPETENCIA en una investigación del mismo acuerdo.”

En definitiva, los programas de prevención en Nicaragua, se incardinan en el campo del Derecho Administrativo, siendo estos muy importantes para mitigar efectivamente los riesgos, y eximir de responsabilidad administrativas a las entidades mercantiles que se constituyen como sujetos obligados.

## Conclusiones

---

Es evidente que un trabajo investigativo a manera de artículo científico o *paper* no permite un análisis exhaustivo sobre un tema con tantas peculiaridades, enfoques y variantes. De manera pues que éste es un primer acercamiento a la problemática en cuestión, circunscrita aquí únicamente al ámbito de la responsabilidad penal y sus peculiaridades, dejando por fuera los problemas que se suscitarán para el proceso penal y la determinación de otras consecuencias en el ámbito del derecho administrativo. No obstante, lo anterior, la temática así delimitada ha arrojado las siguientes conclusiones:

1. El aforismo “*Societas delinquere non potest*”, que hasta hace pocas décadas era enunciado de modo categórico, negando la posibilidad de sancionar penalmente a las corporaciones y reafirmando el paradigma de la responsabilidad penal individual ha sido puesto en entredicho seriamente. En la actualidad, la perspectiva ha cambiado y la doctrina penal a nivel mundial busca diseñar un sistema legal que permita la incorporación de la responsabilidad penal directa de la persona jurídica.
2. El panorama legislativo internacional ha variado de forma vertiginosa y la responsabilidad penal de las personas jurídicas forma parte de la política criminal internacional, procedentes del Derecho Anglosajón, la Unión Europea, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), Naciones Unidas y Consejo de Europa.
3. La criminalidad empresarial, principalmente en el marco de la delincuencia económica ha crecido exponencialmente, generando más corrupción, a ni-

vel de la Administración Pública y de la empresa privada, por lo que existe la tendencia creciente en el Derecho Penal de responsabilizar penalmente a las personas jurídicas. La realidad social demuestra que existen personas jurídicas de muy variada índole, que defraudan a sus clientes, a los ciudadanos, venden productos alimenticios caducados, blanquean capitales, ocasionan problemas de contaminación ambiental, partidos políticos corruptos, asociaciones deportivas evasoras de impuestos, entre otros.

4. Las consecuencias accesorias plantean un problema de naturaleza jurídica, perteneciendo a lo que el Tribunal Europeo de derechos humanos ha denominado derecho penal, y le son de aplicación las garantías básicas del Derecho Penal. Son verdaderas penas.
5. Para adoptar un modelo de responsabilidad penal corporativa, es necesario crear una Ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas, pues la extensión de la parte general del Código Penal nicaragüense no será posible aplicarse a las entidades como sujeto activo del delito, como sucede en España, que actualmente tiene problemas prácticos de aplicación del modelo de responsabilidad penal corporativo. Un ejemplo aleccionador es el de Chile, Argentina, Costa Rica que optaron por una ley especial para tal fin.
6. En Nicaragua se confunde la representación orgánica con la representación legal, siendo un problema de cultura jurídica. Cuya precisión legal y jurisprudencial se encuentra pendiente.

7. La imputabilidad de la persona jurídica exige que esta tenga un sustrato material suficiente, lo que permite distinguir cuatro categorías: a) las que operan con normalidad en el mercado, b) las que desarrollan una cierta actividad, en su mayor parte ilegal, c) aquellas que su actividad ilegal supere ampliamente a la ilegal, d) sociedades de hecho o irregulares. Derivándose las dos primeras imputables y las dos últimas inimputables.
8. Programas de cumplimiento o *compliance*, son herramientas idóneas para la autorregulación corporativa, y son verdaderas eximentes y atenuantes de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

## Bibliografía

---

- Aráuz Ulloa, M, y Moreno Castillo, M. (2001). *La delincuencia económica*. Managua, Nicaragua: Encuentro, No. 57.
- Aguilera Gordillo, R. (2018). *Compliance Penal. Régimen jurídico y fundamentación analítica de la responsabilidad penal de la persona jurídica y el compliance program*. Tesis inédita doctoral de la Universidad de Córdoba, Córdoba: España.
- Banacloche Palao J, y Zarzalejos Nieto J. (2015). *Aspectos fundamentales de Derecho Procesal Penal*. (3ª ed.). Madrid, España: La Ley.
- Calcina Hanco, A. (2018). *Criminal compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas (ley 30424)*. Lima, Perú: En Legis.Pe.
- Camacho, A. (2017). *Responsabilidad Penal de las personas jurídicas: requisitos que deben cumplir la persona jurídica para evitar ser objeto de responsabilidad penal*. Madrid, España: PL.
- Coaña Be, D. (2016). *El modelo de imputación para personas jurídicas en el Código Penal del Distrito Federal, México: aspectos*

- problemáticos*. Ciudad de México, México: Foro FICP-Tribuna y Boletín de la FICP. Recuperado de [www.ficp.es](http://www.ficp.es).
- Cuello Contreras, J y Mapelli Caffarena, B. (2016). *Curso de Derecho Penal parte general*. Madrid, España: Tecnos.
- Cuevas, J. (2017). *¿Qué es el Compliance Penal?* Madrid, España: Garberi Penal.
- De Castro y Bravo, F. (1981). *La Persona Jurídica*. Madrid, España: Editorial Civitas.
- Díez Picazo y Ponce De León. (1998). *Sistemas de Derecho civil*. Volumen I, Madrid, España: Editorial Civitas.
- Gómez-Aller, J. (2014). *Posición de garante del compliance officer por infracción del deber de control*. En Demetrio Crespo y Maroto Calatayud: *Una aproximación tópica. Crisis financiera y Derecho Penal Económico*. (pp. 507-537). Madrid, España: Edisofer S.L.
- Gómez Colomer, L. (2013). *La persona jurídica en el proceso penal español*. En Arroyo Zapatero y Nieto Martín: *Derecho Penal Económico en la era del COMPLIANCE*. (pp. 43-58). Valencia, España: Tirant lo blanch.
- González Gutiérrez, G y Perez Gallardo, B. (2015). *Temas de Derecho Notarial (con especial referencia al derecho nicaragüense)*. (1ra ed.). Managua, Nicaragua: Editorial Senicsa.
- Guzmán García, J. (2008). *Apuntes de Derecho Civil, Derecho de Personas*. Managua, Nicaragua: UCA.
- Haidempergher, L y Artaza, M. (2018). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un cambio de paradigma*. Buenos Aires, Argentina: La Ley.
- Hurtado Pozo, J. (2014). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Barcelona, España: UB.
- Luzón Peña, D., (2017). *Lecciones de Derecho Penal: Parte General*. Con notas de Derecho penal nicaragüense por Aráuz, Moreno & Vega. (3ra ed.). Managua, Nicaragua. UCA.

- Medina Arostegui, J. (2019). *La persona jurídica como sujeto pasivo en el proceso penal*. Tesis inédita de maestría en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal. Universidad Autónoma de Nicaragua, UNAN-LEÓN, León, Nicaragua.
- Morales, O. (2011). *La persona jurídica ante el Derecho y el proceso penal*. Barcelona, España: UB.
- Muñoz De Morales Romero, M., Nieto Martín, A. (2014). *Mucho más que una circunstancia atenuante: contenido y efectos prácticos de los programas de cumplimiento normativo en el Derecho Penal Comparado*. En Demetrio Crespo y Maroto Calata-yud: *Una aproximación tópica. Crisis financiera y Derecho Penal Económico*. (pp. 465-505). Madrid, España: Edisofer S.L.
- Neira Pena, A. (2014). *La persona jurídica como nuevo sujeto pasivo en el proceso penal en los ordenamientos chileno y español*. Santiago de Chile, Chile: Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte. N. ° 1.
- Nieto Martín, A. (2008). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal*. Madrid, España: Iustel.
- Nieto Martín, A. (2008). *Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa*. Castilla la Mancha, España: UCLM.
- Nieto Martín, A. (2014). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: una visión desde el Derecho Comparado, europeo e internacional*". Castilla La Mancha, España: UCLM.
- Orúe Cruz, J. (2014). *Manual de Derecho Mercantil*. (3ra ed.). Managua, Nicaragua: Hispamer.
- Robleto Arana, Cr. (2006). *Derecho de Sociedades Mercantiles*. (1ra ed.). Managua, Nicaragua: UCA.
- Roso Cañadillas, R. (2014). *Las fuentes de imputación de la responsabilidad penal corporativa*. Managua, Nicaragua: UCA. Revista de Derecho No. 17.

- Ruiz Armijo, A y Perez Gallardo, B. (2015). *Temas de Derecho Notarial (con especial referencia al derecho nicaragüense)*. (1ra ed.). Managua, Nicaragua: Editorial Senicsa.
- Sánchez Bernal, J. (2012). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Salamanca, España: Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.
- Serrano-Piedecasas Fernández, J. (1997). *Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Lima, Perú: THĒMIS-Revista de Derecho.
- Tiedemann, K. (2013). *El derecho comparado en el desarrollo del derecho penal económico*. En Arroyo Zapatero y Nieto Martín: *Derecho Penal Económico en la era del COMPLIANCE*. (pp. 31-38). Valencia, España: Tirant lo blanch.
- Torrez Peralta, W. (2017). *Derecho Procesal Civil (conforme al nuevo Código Procesal Civil)*. (2.da ed.). Managua, Nicaragua: Gutenberg impresiones.
- Van Weezel, A. (2010). *Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Santiago de Chile, Chile: Universidad de Chile.
- Zarate Conde, A y González Campo E. (2015). *Derecho Penal parte General*. Madrid, España: La Ley.
- Zuñiga Rodríguez, L. (2003). *La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, un punto y seguido*. En Rosario, Diaz-Santos y Caparro: *El sistema penal frente a los retos de la nueva sociedad*. (pp. 57-84). Salamanca, España: USAL.



La presente investigación de Morales Márquez y Medina Aros-tegui se enfoca en temas de responsabilidad que marcan ten-dencia en Latinoamérica y Europa, ambas instituciones, la responsabilidad patrimonial de la Administración pública y la responsabilidad penal de la persona jurídica, constituyen una garantía para los ciudadanos frente a lesiones ocasionadas por la Administración, en el caso de la responsabilidad patri-monial, o por las personas jurídicas en el ámbito penal.

