

# LA ADMINISTRACIÓN ANTE SU JUEZ: LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN PANAMÁ DURANTE EL ÚLTIMO SIGLO

Por: Arturo Hoyos

**SUMARIO:** Introducción: la tradición española y la herencia colombiana en la formación del control judicial de la legalidad de las actuaciones administrativas. I. La creación y posterior evolución de la jurisdicción en la época republicana. II. Las nuevas orientaciones de la justicia contencioso-administrativa . II.1 Una nueva concepción de lo contencioso administrativo: el proceso de protección de los derechos humanos. II.2. Una nueva y amplia concepción de las medidas cautelares. II.3 Vigencia del principio de buena fe en las actuaciones de la Administración pública. II.4 La tutela judicial de los derechos ecológicos y de los intereses difusos. II.5 Contratos administrativos y desviación de poder. II.6 Desaplicación de reglamentos ilegales. II.7 Ultraactividad de reglamentos derogados y de reglamentos inconstitucionales. Distinción entre derogación e inconstitucionalidad: la reviviscencia de la ley derogada y los actos administrativos. II.8 Admisión del principio de proporcionalidad entre la falta y la sanción impuesta al servidor público y del principio de informalidad del procedimiento administrativo. II.9 Reconocimiento de la existencia de un derecho a la intimidad de carácter comprensivo. II.10 Redacción de nuevas normas reglamentarias en reemplazo de las anuladas. II.11 El resurgimiento de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública. II.12 Sujeción de las actuaciones administrativas de la Asamblea Legislativa al Contencioso Administrativo. III. Reflexiones a propósito del Centenario de la República: evaluación del pasado y riesgos y esperanzas en el futuro de la justicia contencioso-administrativa. III.1 La modesta huida del Derecho Administrativo y de su jurisdicción. III.2 Las esperanzas: consolidación de la democracia y respeto de los derechos humanos . III.3 El riesgo: el desarrollo de una democracia meramente electoral con gobernantes elegidos pero sin controles judiciales de su actuación y sin Estado de derecho.

## *Introducción: la tradición española y la herencia colombiana del control judicial de la Administración Pública.*

Para entender cabalmente nuestra evolución republicana no debemos perder de vista las influencias ejercidas en nuestras instituciones de derecho público durante el período colonial español primero y luego por Colombia, país al que permanecemos unidos durante la mayor parte del siglo XIX.

El sistema español nos interesa sobre todo a partir del decreto del 24 de septiembre de 1810 de las Cortes de Cádiz que marca el fin del absolutismo ilustrado con la implantación del principio de división de poderes, etapa que es común al derecho público español y americano. En la etapa anterior la organización administrativa se caracterizó por instituciones de gobierno, consejos o audiencias, que compartían las funciones judiciales o contenciosas y las gubernativas. A partir de 1810 se inicia el lento camino hacia el Estado constitucional decimonónico<sup>1</sup>.

Esa etapa, que coincide con las gestas de la independencia americana, llega a su final en 1845 cuando mediante las leyes del 2 de abril y 6 de junio España organiza la jurisdicción contencioso-administrativa con clara influencia del modelo francés. Esa justicia especializada española se mantiene hasta nuestros días, aunque como lo ha señalado el profesor Eduardo García de Enterría la Ley 29 de 13 de julio de 1998, que regula esa jurisdicción, ha venido a marcar una nueva etapa en el Derecho Administrativo de ese país,

no sólo porque consolidó en forma definitiva la judicialización de esa jurisdicción, ya ejecutada por vez primera en la Ley de 27 de diciembre de 1956, sino porque extendió el campo de aplicación de ella y creó los Juzgados de lo contencioso- administrativo<sup>2</sup>.

La evolución de la justicia administrativa en el Panamá colombiano siguió las líneas generales de Colombia: judicialización y ausencia de una jurisdicción especial.

Si bien la primera expresión del Consejo de Estado, que desde 1914 ejerce la jurisdicción contencioso-administrativa en Colombia, fue un decreto de Simón Bolívar expedido en la ciudad de Angostura el 30 de octubre de 1817 en el artículo 10 del mismo se señalaba claramente que sus funciones no eran jurisdiccionales sino simplemente consultivas y de asesoría, lo que tenía un antecedente inmediato en la institución creada con el mismo nombre en Francia en 1799 por Napoleón Bonaparte. Si bien las Constituciones de 1830 y la del Estado de Nueva Granada de 1832 previeron esta institución la misma fue abolida por la Constitución de la República de Nueva Granada de 1843.

Como bien anota el jurista colombiano Libardo Rodríguez, si bien es cierto que la Constitución de 1886 revivió la institución después de más de cuarenta años de su desaparición, erigiéndola en los artículos 136 a 141 en el órgano supremo de lo contencioso-administrativo “si la ley estableciera esta jurisdicción” la verdad es que el siglo XIX en Colombia terminó sin que se creara esta jurisdicción y aunque la Ley 27 de 1904 le dio competencia al Consejo de Estado para pronunciarse sobre validez o nulidad de las ordenanzas de las asambleas departamentales “sin que realmente la jurisdicción contencioso-administrativa se hubiese creado”<sup>3</sup>, lo que se enfatizó porque en 1905 mediante el acto reformativo 10 se derogaron las normas de la Constitución de 1886 que preveían el Consejo de Estado. Sólo fue a partir de lo previsto en el acto legislativo 3 de 1910 reformativo de la Constitución que ordenó en su art. 42 que la ley estableciera la jurisdicción contencioso-administrativa que la misma fue creada mediante la ley 130 de 1913. Casi inmediatamente después el acto reformativo de la Constitución de 10 de septiembre de 1914 restableció el Consejo de Estado como “supremo cuerpo consultivo del gobierno en asuntos de administración”, como “tribunal supremo de lo contencioso administrativo” con la función adicional de preparar proyectos de leyes y códigos. Colombia tiene pues esta jurisdicción especializada a partir de 1914<sup>4</sup>.

De allí que difiero de lo sostenido por distinguidos estudiosos panameños de esta jurisdicción especializada quienes sostienen erróneamente que si la separación de Colombia hubiese demorado un año más la ley colombiana 27 de 1904 habría regido en Panamá y acaso se hubiese establecido un Tribunal Administrativo departamental que con la separación se habría convertido en tribunal de lo contencioso-administrativo porque las leyes y códigos colombianos anteriores al 3 de noviembre de 1903 continuaron vigentes en Panamá según lo previó la Constitución de 1904<sup>5</sup>. Sin embargo, esa ley de 1904 nunca habría tenido efectos prácticos en Panamá porque las funciones de la Asamblea Departamental eran nulas pues estábamos bajo la “autoridad directa” del Gobierno central.

El estado de sujeción al que se encontraba sometido el entonces Departamento de Panamá se puede apreciar en dictamen del Consejo de Estado publicado en el Diario Oficial colombiano de 19 de octubre de 1888, en relación con los artículos 76 numeral 4 y 201 de la Constitución de 1886 que permitían al Congreso leyes especiales para el Departamento de Panamá que podían separarse de las leyes generales y señalaba textualmente en su segundo párrafo lo siguiente: “Que la “autoridad directa” que el Gobierno ejerce sobre el departamento de Panamá significa que el Gobierno esta revestido de la facultad de dictar para aquel Departamento providencias administrativas sobre las materias de la competencia del las Asambleas Departamentales; que puede tener y conviene que tenga aquel Departamento una asamblea autorizada únicamente para proceder por delegación del Gobierno, y sometiendo a su revisión las ordenanzas que expida, contra las cuales podrán también interponer recursos

los particulares en la forma que la Constitución lo concede por razón de lesión de derechos civiles”<sup>6</sup>.

La anterior situación de total sumisión al poder central que vivía Panamá especialmente pero no únicamente en materias jurídica, judicial y política revelan que incluso las leyes vigentes en el resto de Colombia muchas veces ni siquiera se aplicaban en nuestro territorio. Vale la pena recordar que el artículo 49 de la Ley 83 de 20 de octubre de 1888 disponía textualmente que “Ninguna Ley que se dicte por el Congreso de la República, ni decreto que se expida por el Gobierno Ejecutivo, tendrá aplicación en el Departamento de Panamá, a no ser que así se diga expresamente en la Ley o en el Decreto dictados”. Parece difícil, pues, pensar que las mejores instituciones jurídicas o judiciales colombianas de la época se aplicaran en Panamá, producto de la marginación y del sometimiento a que estábamos sujetos bajo el régimen constitucional de 1886 y su centralismo practicado a ultranza por las autoridades colombianas.

### **I. La creación y posterior evolución de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa en la época republicana.**

Antes de la creación de esta justicia especializada los artículos 705 y 706 del Código Administrativo atribuyeron competencia a los tribunales ordinarios para conocer de demandas de ilegalidad de Acuerdos Municipales, aunque la primera de esas normas le otorgaba al Presidente de la República la potestad de suspenderlos si los consideraba contrarios a la Constitución o a las leyes.

Si bien los tribunales conocieron de acciones contra actos de la Administración, lo cierto es que la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de 19 de abril de 1924 sostuvo que hasta que no se instituyera la jurisdicción contencioso-administrativa, le estaba vedado pronunciarse sobre la validez de los actos del Poder Ejecutivo por ser ello contrario al principio de separación de poderes previsto en la Constitución de 1904. Como bien nos lo recuerda el Dr. Eduardo Morgan Jr. esa doctrina de la Corte no significó que los administrados estuvieran totalmente desamparados porque se dieron condenas por daños causados a los particulares, pero la doctrina contenida en esa sentencia se mantuvo hasta los años cuarenta<sup>7</sup>.

En Panamá esta jurisdicción especial llegó a existir sólo a partir de 1943, en virtud de la Ley 135 de ese año, que daba cumplimiento a lo previsto en los artículos 190, 191 y 192 de la Constitución de 1941, aunque existió un primer intento de crearla en 1920 en un proyecto de Ley que no fue aprobado por la Asamblea Legislativa. Tanto en la redacción de las normas constitucionales como en la legislación de 1943 jugó un papel importante el jurista Dr. José Dolores Moscote.

Posteriormente la legislación se completó en 1946, una vez ya había empezado sus labores el Tribunal de los Contencioso Administrativo, cuya sesión inicial fue el 1 de junio de 1943. Hay que señalar que las sentencias de este Tribunal podían impugnarse ante la Corte Suprema mediante el recurso de revisión, lo que le restaba independencia.

La Asamblea Constituyente expidió el Decreto Legislativo 4 de 28 de junio de 1945 mediante el cual se le otorgó independencia al Tribunal de lo Contencioso pues se eliminó el recurso de revisión ante la Corte Suprema y además en el art. 7 se señaló que había acción popular para entablar la acción de nulidad. El Lic. Manuel Antonio Díaz Escala<sup>8</sup> atribuye el cambio, entre otros factores, a la reacción adversa que produjo el caso de Santiago Barrelier decidido a favor del demandante en sentencia de 25 de enero de 1944 y que fue revocada por la Corte Suprema en favor del gobierno. Se trataba de un caso en que estaba en juego el debido proceso que debió observar el Director de la Oficina de Racionamiento de Gasolina y Llantas quien multó a Barrelier por vender gasolina sin cupones, sin darle oportunidad alguna

de defenderse antes de la sanción por lo que estimó el Tribunal, bajo la ponencia del Dr. Eduardo Chiari, que se habían infringido el art.1709 del Código Administrativo y el debido proceso previsto en el art. 29 constitucional. En esa sentencia, suscrita además del ponente por los Magistrados José Dolores Moscote y A. Tapia, el Tribunal apuntaba que “lo que ha sucedido, en realidad, es que a Barrelier se le ha condenado, y luego se ha tratado de formular el expediente respectivo, tendiente a justificar la imposición de dicha condena. Por decirlo mejor, el expediente levantado en la Oficina de Racionamiento de Gasolina y Llantas...comenzó por el final y se partió de allí, hacia lo que debió ser el comienzo. Se invirtió totalmente el orden de cosas. Esta manera de actuar por parte de nuestros funcionarios administrativos con mando y jurisdicción, obedece a una vieja costumbre, pues de hace muchísimos años a esta parte, se ha podido observar que la mayoría de ellos han procedido en idéntica forma, por cuanto que les proporciona mayores facilidades para deshacerse de los negocios que deben tramitar, sin parar mientes en que con dicho procedimiento arbitrario e injusto, infringen disposiciones claras de la Ley, con perjuicio de los asociados. Ya es tiempo, pues, de que todos nuestros funcionarios administrativos se sometan o acaten los preceptos legales constituidos en beneficio de la ciudadanía, máxime cuando se trata de disposiciones protectoras de la garantías individuales, como ocurre con el caso que nos ocupa”. Agrega que el proceder del funcionario demandado viola “abiertamente lo estatuido en el artículo 29 de nuestra Carta Magna” que consagraba la garantía del debido proceso.

Si bien la Constitución de 1941, expedida bajo la administración del Dr. Arnulfo Arias, tiene el mérito de haber elevado la institución al rango constitucional y haber previsto su creación, la constitución de 1946 en su artículo 252 señaló, como lo había hecho el Decreto 4 de 1945 expedido por la misma constituyente, que la acción de nulidad podía ser ejercida por cualquier persona, tema que no había previsto la Constitución de 1941 que se había limitado a consagrar el recurso ejercitado por las personas afectadas o interesadas en el acto administrativo.

En 1946 se dictó la Ley 33 que completa la Legislación mayormente vigente en la actualidad salvo el fundamental cambio introducido en 1956. Si bien es cierto que el Presidente Enriquez Jiménez, en documento de 6 de julio de 1946, vetó algunos aspectos de esa ley, como la competencia de contencioso para conocer de apelaciones e incidentes en los procesos de cobro coactivo y para decretar indemnizaciones a cargo del Estado porque prefería que fueran de conocimiento de la jurisdicción ordinaria, la Ley 33 fue aprobada el 11 de septiembre de ese año.

Quedaron así trazadas las líneas generales que rigen ahora: justicia especializada; en el art. 13 de la Ley 33 se prevén los procesos de nulidad, de plena jurisdicción, de apreciación de validez, de interpretación y de reparación directa (el de protección de los derechos humanos se agregaría en 1991); los requisitos de las demandas y los vicios que generan la nulidad de los actos, los tramites procesales, la suspensión del acto como medida cautelar, los efectos de la sentencia y otros.

La Ley 39 de 1954 derogó una parte del artículo 164 de la Ley 61 de 1946 que colisionaba con la jurisdicción contencioso-administrativa al atribuir competencia a los Jueces de Circuito para conocer de incidentes, excepciones y tercerías en procesos por cobro coactivo.

Un cambio de trascendental importancia se produjo mediante el acto legislativo n° 2 de 24 de octubre de 1956 que modificó la Constitución de 1946 en el sentido de incorporar la jurisdicción contencioso administrativa a la Corte Suprema de Justicia eliminando así el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y el Fiscal que actuaba ante éste. Con esta reforma constitucional se produjo la judicialización del control de legalidad de las actuaciones de la administración pública ahora con sede en la Corte Suprema de Justicia. Hay

que destacar que ese cambio, conveniente y con gran visión de futuro, se adelantó a la evolución que se produciría posteriormente en Francia en el sentido de judicializar lo Contencioso Administrativo ya que ahora en se país con la creación de Juzgados y Tribunales de Apelación en esta materia el Consejo de Estado ha pasado a ser un tribunal de casación en lo Contencioso Administrativo.

Las razones de la eliminación del Tribunal de lo Contencioso Administrativo fueron desde la posibilidad de un conflicto de jurisdicciones, como señalaba el Mensaje del Organo Ejecutivo que acompañó al proyecto de Acto Legislativo, hasta otras consideraciones no previstas en el mismo y que destaca Eduardo Morgan al señalar que los nombramientos de Magistrados se habían convertido en actos que sólo atendían a los intereses del gobernante de turno y que los Jueces en vez de actuar como servidores de la justicia y el derecho se convirtieron ,según este jurista, “en servidores del gobernante”<sup>9</sup>. Lo cierto es que los potenciales conflictos de jurisdicción que se alegaban en el mensaje aludido eran plenamente justificados como han demostrado las experiencias recientes de España y de Colombia con la creación de Tribunales Constitucionales cuyas decisiones en materia de amparo han entrado en colisión y han anulado resoluciones judiciales de la jurisdicción contencioso administrativa. Creo, además, que otro factor que incidió en el desprestigio del Tribunal de lo Contencioso administrativo fue la atribución del contencioso electoral, tema que fue separado de la jurisdicción contencioso administrativa y atribuido a una nueva institución que también ha tenido a mi juicio éxito, el Tribunal Electoral.

La Constitución de 1972 no introdujo cambios fundamentales en la institución .Ella previó el cambio de nombre del Procurador Auxiliar a Procurador de la Administración y le quitó el carácter de delegado del Procurador General. El cambio se reguló mediante la Ley 18 de 28 de febrero de 1973, aunque el Procurador Auxiliar intervenía en los procesos ante lo contencioso-administrativo, formalmente con el art. 5 de la Ley 59 de 1959. La Corte declaró, en sentencia de 10 de noviembre de 1980, que eran inconstitucionales las normas que preveían el recurso de revisión ante el propio Tribunal Contencioso-Administrativo.

En 1991 se introdujo el proceso contencioso-administrativo de protección a los derechos humanos del cual me ocupo más adelante.

Un cambio de importancia en materia contractual se introdujo en la Ley 56 de 1995 que reguló lo concerniente a la contratación pública. El art. 78 de esa ley le atribuyó competencia a la Sala Tercera de la Corte para resolver las controversias que se susciten en torno a la interpretación, ejecución o terminación de los contratos de la Administración, alterándose así la dualidad que se había mantenido desde 1943 cuando se dio a la jurisdicción contencioso-administrativa competencia para conocer solamente los procesos relacionados con los contratos administrativos (art. 28 de la Ley 135 reiterado luego por el Código Fiscal ) pero excluyó de esta jurisdicción a los contratos de derecho privado de la Administración cuyas controversias fueron de competencia de la justicia civil. Este dualismo de jurisdicciones carecía verdaderamente de justificación y su eliminación supone un avance que trata de uniformar el trato de la materia contractual del Estado. Hoy se evoluciona hacia una visión unitaria de los contratos de la Administración<sup>10</sup>.

Temas de gran trascendencia se abordan en la Ley 38 de 31 de julio de 2000. Esta ley aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración y además regula el Procedimiento Administrativo General. Ella viene a llenar un vacío en nuestro derecho público porque anteriormente sólo existían unas cuantas normas en la ley 135 de 1943, reformada en 1946, y habían proliferado toda clase de procedimientos casuistas ante las diferentes entidades administrativas que generaban confusión y poca racionalidad en los procedimientos de la Administración en perjuicio de los administrados y de la eficiencia de la acción gubernativa. En su adopción ha jugado un papel muy importante el dinamismo de la Lic. Alma Montenegro de Fletcher, actual Procuradora de la Administración.

La Ley de Procedimiento Administrativo tiene la gran virtud de reducir la discrecionalidad. Como lo destaca Allan Brewer-Carías<sup>11</sup>, así como Adolfo Merkl definió el derecho administrativo como “el derecho del procedimiento administrativo” y Maurice Hauriou lo había definido como el derecho relativo a las personas jurídico públicas ; Marcel Waline , por su parte, también definió esta disciplina jurídica como “el derecho relativo al poder discrecional”, con lo que se pone de manifiesto la importancia que tiene el ejercicio del poder discrecional en relación con los procedimientos administrativos. Si algo ha caracterizado al derecho administrativo en las últimas décadas en nuestros países , agrega Brewer-Carías, es el proceso de redefinición del ámbito de la discrecionalidad y de limitación de la misma.

## **II. Las nuevas orientaciones de la justicia contencioso-administrativa desde 1990.**

Hay quienes han señalado, en forma certera<sup>12</sup>, que la Administración pública inspirada en el modelo francés está facultada para constreñir a los ciudadanos a comportarse de cierta forma, puede imponerles unilateralmente su voluntad, y para ello goza de una serie de privilegios y poderes (privilegio de decisión ejecutoria, poder de policía, poder de expropiación), pero, por otra parte, se enfrenta con la posibilidad de ser constreñida a observar ciertas limitaciones en el ejercicio de sus funciones, lo cual, en el Estado de Derecho, se hace a través de los principios de legalidad y de responsabilidad administrativa. Es aquí precisamente donde entra en juego la jurisdicción contencioso-administrativa, ya que es ésta la llamada en nuestro país a asegurar a los administrados que la Administración pública se ajuste , en sus actuaciones, a la legalidad y que, en caso de desviarse de ella, surgirá la correspondiente responsabilidad para el Estado.

La anterior ha probado ser una tarea harto difícil. Hay que recordar que, como lo señalaba Hamilton en el Federalist número 78, el poder judicial “no tiene influencia ni sobre la espada ni sobre la bolsa, ni dirección de la fuerza o de la riqueza de la sociedad...En verdad, puede decirse que no tiene ni fuerza ni voluntad, sino solamente juicio...”<sup>13</sup>; es, pues, la rama más débil del poder público<sup>14</sup>. En adición, en la materia administrativa la justicia dispone de pocas medidas cautelares y se hace muy difícil obtener la ejecución de las sentencias.

Desde 1990, cuando se renovó la Corte Suprema de Justicia, pueden apreciarse nuevos desarrollos en esta materia que merecen ser destacados.

### **II.1. Una nueva concepción de lo contencioso-administrativo: el proceso de protección de los derechos humanos.**

La Corte Suprema de Justicia presentó ante la Asamblea Legislativa, en ejercicio de una potestad constitucional, un proyecto de ley que posteriormente fue adoptado y se convirtió en la Ley 19 de 1991. En el artículo 11 de dicha ley se consagró el proceso contencioso administrativo de protección de los derechos humanos mediante el cual la Sala puede anular actos administrativos expedidos por autoridades nacionales y, si procede, restablecer o reparar el derecho violado cuando mediante dichos actos administrativos se violen derechos humanos justiciables previstos en las leyes de la República, incluso aquéllas que aprueben convenios internacionales sobre derechos humanos.

Con este nuevo proceso se le da al contencioso administrativo, como lo señaló el Lic. Jorge Fábrega Ponce, “un nuevo enfoque: de la concepción tradicional como un “proceso al acto administrativo” a una visión que enfatiza el papel de esta jurisdicción como protectora de los derechos humanos de los administrados. Esto implica un vuelco en la concepción de esta institución, tal como la hemos recibido indirectamente de Francia, a través de Colombia”<sup>15</sup>.

Tradicionalmente en nuestro país se adoptaron los cuatro procesos contencioso administrativos que existen en el sistema francés <sup>16</sup>, a saber: el de nulidad (excès de pouvoir), el de plena jurisdicción, el de interpretación y el de apreciación de validéz. Con esta nueva ley se agregó un nuevo proceso que no requiere el agotamiento previo de la vía gubernativa y en el cual el Procurador de la Administración actúa exclusivamente en interés de la ley.

En la sentencia de 4 de junio de 1993, que decidió el primer proceso de esta naturaleza, se señaló que era nulo un convenio celebrado entre la Dirección de Tránsito y Transporte Terrestre y la Coordinadora de fuerzas productivas de Colón que preveía que sólo ciertos vehículos podían transportar pasajeros hacia la Zona Libre de Colón porque violaba la libertad de tránsito o derecho de circulación previsto en el artículo 22 de la Convención Americana sobre derechos humanos, ratificada por la Ley 15 de 1977. En dicha resolución se señaló que ese convenio establecía prácticas de carácter monopólico, prohibidas por el artículo 293 de la Constitución, y que había que interpretar la norma legal que prevé la libertad de tránsito de conformidad con la citada prohibición constitucional.

## II.2 Una nueva y amplia concepción de las medidas cautelares.

Esta es una área de crucial importancia en esta materia ya que la medida cautelar tradicional, la suspensión del acto administrativo, ha resultado insuficiente en ciertos casos, como los actos que niegan una petición o los meros incumplimientos de obligaciones de la Administración pública<sup>17</sup>.

En los últimos años hemos presenciado interesantes innovaciones en esta materia. En Francia <sup>18</sup>, el Decreto 88-907 de 2 de septiembre de 1988 introdujo el denominado référé provision en virtud del cual el presidente de la sección del contencioso-administrativo puede ordenar que se satisfaga la pretensión al presentarse la demanda si la existencia de la obligación a cargo de la Administración no aparece como “seriamente contestable”, siempre que se preste caución. Por otra parte, en Italia <sup>19</sup> la jurisprudencia más reciente ha admitido la posibilidad, en unas limitadísimas hipótesis, de que el juez administrativo, al ordenar la suspensión del acto también ordene hacer algo a la Administración, admitiéndose que con la suspensión se puede obtener la dispensa del servicio militar y la admisión del actor a un procedimiento de licitación pública del cual había sido excluido.

En Panamá, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha introducido desde 1991 cambios radicales en materia de tutela cautelar a los administrados. Cabe resaltar los siguientes:

1) Procedencia de la suspensión del acto en los procesos de nulidad: Desde 1965 la Corte había sostenido que la suspensión procedía solamente en los procesos de plena jurisdicción, pero la nueva Corte aceptó, desde 1991, la pertinencia de esta medida cautelar en los procesos de nulidad, en los cuales se debaten transgresiones al orden legal objetivo y abstracto (auto de 2 enero de 1991).

2) La suspensión en los procesos de nulidad procede para evitar potenciales violaciones al orden jurídico objetivo y al principio constitucional de separación de poderes: Ha dicho la Corte que la norma legal que prevé la suspensión, el artículo 73 de la Ley 135 de 1943, debe interpretarse en armonía con la Constitución, en seguimiento del principio de que todo el ordenamiento jurídico debe interpretarse de conformidad con aquélla <sup>20</sup>, y particularmente con el artículo 2 constitucional que prevé el principio de separación de poderes. Así, la Corte suspendió un acto de la Asamblea Legislativa que nombró una comisión para pronunciarse sobre la legalidad de un acto administrativo (auto de 14 de enero de 1991) por considerar que ello era potestad exclusiva de la jurisdicción contencioso-administrativa, y también se suspendió un acto del Ministerio de Educación que pretendía someter al control de precios las matrículas de los colegios particulares porque se estimó que ésa era una materia de

competencia de la Asamblea Legislativa según el artículo 90 de la Constitución (auto de 1 de febrero de 1991). Esta nueva doctrina ha fortalecido el Estado de Derecho al darle contenido normativo al principio de separación de poderes, que es de vital importancia para la democracia.

3) La suspensión procede en materia de contratos administrativos: La tendencia general en derecho comparado es que la suspensión sólo cabe tratándose de actos administrativos unilaterales. No obstante, la Corte ha sostenido que la suspensión procede con respecto a contratos administrativos (auto de 25 de agosto de 1992) porque la ley permite la suspensión de actos de la Administración, sean unilaterales o contractuales, operándose así desde 1992 un cambio radical en esta materia tendente a proteger el interés público en la contratación administrativa.

4) La suspensión es viable tratándose de tributos municipales: El artículo 74 de la Ley 135 de 1943 dispone que la suspensión no procede «en las acciones sobre monto, atribución o pago de impuestos, contribuciones o tasas». La Corte sostuvo ( auto de 15 de enero de 1992) que esa norma, por ser de excepción, debía interpretarse en forma restrictiva y entenderse referida sólo a tributos nacionales, establecidos mediante ley que no puede ser suspendida , y no a tributos municipales, que son establecidos mediante actos administrativos que sí pueden suspenderse.

### II.3 Vigencia del principio de buena fe en las actuaciones de la Administración pública.

La Corte sostuvo en 1991 por primera vez en la historia de la jurisdicción, siguiendo al tratadista español Jesús González Pérez <sup>21</sup>, que este principio vincula a la Administración, para evitar, en ciertos casos, los resultados injustos que puede ocasionar la aplicación rigurosa del principio de legalidad. En sentencia de 13 de junio de 1991 se reconoció validez a un acuerdo colectivo de condiciones de trabajo celebrado en contra de una prohibición legal de celebrar convenciones colectivas porque el trabajo ya se había prestado y era contrario a la buena fe que la Administración invocara, años después, el principio de legalidad para no conceder ciertos beneficios sociales pactados, y cuya ejecución podía esperarse de buena fe.

Esa tesis ha arraigado en la jurisprudencia de la Sala Tercera y ha sido reiterada en una serie de sentencias, la más reciente de mayo de 2003.

En sentencia de 10 de octubre de 1996 la Sala sostuvo que la revocación de una adjudicación de una vivienda a una persona efectuada por el Gerente Hipotecario Nacional era ilegal en cuanto contradecía el principio de la buena fe previsto en el artículo 1109 del Código Civil puesto que el administrado efectuó pagos al banco en concepto de compra de un inmueble desde la primera quincena de octubre de 1994 hasta la primera quincena de junio de 1996, mucho después (casi dos años) de la expedición del acto que ordenaba la revocación de dicha adjudicación confiado en que finalizados los pagos sería el propietario del bien por lo que habiendo aceptado el banco los pagos hechos en virtud de una adjudicación va contra la buena fe que el banco venga contra su propio acto, lo revoque ilegalmente e invoque su ilegalidad a fin de no reconocerle al demandante su derecho de propiedad.

También se fundó la Sala en el principio de la buena fe para expedir la sentencia de 21 de junio de 2000 al considerar que era ilegal una resolución de la Caja de Seguro Social mediante la cual se negaba a una dama el derecho a la pensión de viudez con fundamento en que no había probado el matrimonio mediante la prueba documental que exigía el artículo 56-A de la Ley Orgánica de la Institución. La Sala sostuvo que la administrada podía esperar determinadas consecuencias de su conducta y adquirir determinadas ventajas previstas en la Ley sin que la administración pudiera comportarse de manera excesivamente formalista de suerte que defraude la confianza depositada en ella por los administrados y en todo caso en



un trámite distinto al exigido por la Ley de la Caja de Seguro Social el difunto esposo, al solicitar suspensión de vejez, había declarado a la demandante como compañera que vivía en su hogar y dependía directamente de él.

También se acudió al principio de la buena fe en la sentencia de 15 de junio de 2001 cuando se declaró ilegal el resuelto de un ministro que otorgaba vacaciones a un funcionario con un salario anterior y sostuvo la Sala que la resolución violaba el principio de buena fe pues la práctica generalizada de la administración de pagar las vacaciones con el último salario a los funcionarios cuyo empleo no ha terminado le creó al administrado una expectativa razonable por lo que no podía adoptar la administración una conducta confusa y equívoca que más tarde permita eludir o tergiversar sus obligaciones.

Por último, en la sentencia de 21 de mayo de 2003 la Sala condenó a la Autoridad Marítima, en abstracto, a resarcir a una empresa los gastos precontractuales en que incurrió porque el principio de buena fe exigía que ante una expectativa razonable de la empresa en la contratación con sustento en los actos desplegados por la entidad pública contratante, y viéndose frustrada la celebración del contrato por causas no imputables a esa empresa sino por decisión de la Administración motivada en decisiones técnicas y de conveniencia, lo equitativo y acorde con el citado principio era resarcirla de sus gastos precontractuales.

#### II.4. La tutela judicial de los derechos ecológicos y de los intereses difusos.

Mediante auto de 12 de marzo de 1993, la Corte consideró, por primera vez en Panamá, el tema de la tutela judicial de los intereses difusos y concluyó que éstos pueden plantearse dentro de un proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción, que hasta ahora ha estado reservado a la defensa de derechos subjetivos en su acepción tradicional.

El tratadista italiano Mauro Cappelletti<sup>22</sup> ha señalado que a raíz de los fenómenos de urbanización, industrialización y masificación de la producción y del consumo en nuestras sociedades ha surgido una serie de relaciones humanas que asumen carácter colectivo pues ya incluso ciertos derechos y deberes fundamentales previstos en las declaraciones de derechos de los Siglos XVIII y XIX han sido adicionados por derechos supraindividuales, colectivos, derechos sociales y deberes de las asociaciones, comunidades y grupos sociales. Sin embargo, el mismo autor anota que la concepción tradicional del proceso como un asunto que atañe a dos partes y en el cual generalmente se debaten derechos individuales se ha ido superando por la posibilidad de perjuicios colectivos que puedan producirse dentro de los nuevos esquemas de actividad económica. Esto ha llevado a diversos países a modificar sus sistemas procesales de forma que se otorgue legitimatio ad causam (legitimación procesal) a nuevas instituciones públicas y privadas para actuar como parte en procesos en los que se persiga la defensa de intereses colectivos o difusos, en el sentido de que o bien esos derechos o intereses no pertenecen a ningún individuo en particular o bien que los individuos poseen sólo una porción insignificante de esos derechos. El mismo Cappelletti afirma que en nuestra época ‘la protección de los derechos difusos ha adquirido una crucial importancia para el progreso y quizás para la sobrevivencia de la humanidad’<sup>23</sup>.

Entre los intereses difusos destaca, además de los relacionados con la publicidad engañosa y la colocación en el mercado de productos nocivos para la salud de todos los consumidores, el tema de la protección del medio ambiente y de los recursos naturales. El historiador británico Paul Kennedy ha destacado en una obra publicada en la pasada década que la población mundial se ha duplicado en los últimos 40 años, pero la actividad económica mundial se ha cuadruplicado en el mismo período. Estos factores han creado una intensa explotación de las áreas selváticas y recursos naturales en nuestros países, lo cual se ha acentuado con el avance del proceso de industrialización reciente en países como Panamá. Todo esto tiende a aumentar el daño ecológico. Desde los años 50 se ha estimado que el mundo ha perdido casi un 20% de tierras cultivables, el 20% de las selvas tropicales y decenas de miles de especies animales y vegetales<sup>24</sup>. Las consecuencias de esta situación

son de interés para todos los miembros de la sociedad panameña no sólo por su impacto actual sino por lo que pueden significar durante el nuevo siglo de vida independiente que iniciamos ahora en 2003 para las generaciones venideras y su bienestar tanto por los problemas de contaminación, cambios del clima, como por la futura disponibilidad de los bienes y servicios que se extraen de esos recursos naturales.

En el auto de 12 de marzo de 1993 citado la Sala reconoció legitimidad activa a una asociación de protectores de la naturaleza para actuar como parte demandante en un proceso de plena jurisdicción contra el Instituto Nacional de Recursos Naturales Renovables a fin de oponerse a una concesión de explotación de madera en el área del Darién. Ello permite a dicha asociación pedir no sólo la anulación del acto sino medidas de reparación por los intereses difusos lesionados.

#### II.5. *Contratos administrativos y desviación de poder.*

El tratadista francés Prosper Weil ha afirmado <sup>25</sup> que en Francia el hecho de que la validez de los contratos administrativos se vea amenazada tanto por la nulidad de los actos separables del contrato como por la nulidad del mismo contrato haría pensar que los contratos administrativos se deben anular con gran frecuencia, pero en la práctica ello no es así, más bien es rara la anulación de los mismos. Esta afirmación puede ser aplicable al caso de Panamá pues tradicionalmente se han anulado pocos contratos administrativos y mucho menos los de elevados montos o de gran trascendencia para la Administración pública.

Esta tendencia se ha revertido desde 1991 cuando se anularon contratos, o actos separables de los mismos, por no haberse celebrado licitación pública o concurso de precios para seleccionar al contratista.

#### II.6 *Desaplicación de reglamentos ilegales.*

La Sala ha decidido desaplicar reglamentos violatorios de la ley, pero que no habían sido formalmente impugnados en el proceso en que debían aplicarse. En un caso de gran importancia (sentencia de 9 de agosto de 1990) la Sala anuló las elecciones para Rector de la Universidad Tecnológica de Panamá porque habían votado estudiantes con un promedio de calificaciones inferior al previsto en la ley, a pesar de la existencia de un reglamento que los autorizaba a votar, pero que fue desaplicado según lo autoriza el artículo 15 del Código Civil. Con mucha razón han señalado los tratadistas españoles Tomás Ramón Fernández y Eduardo García de Enterría que “la mera publicación de un Reglamento no impone sin más su aplicación; antes de llegar a ésta ha de cuestionarse, por todos los destinatarios, y sustancialmente por los jueces, si esa aplicación no implica la desaplicación de una ley- de la ley que el Reglamento eventualmente ha podido violar-.El Reglamento es así una norma necesariamente puesta en cuestión, afectada por la necesidad de un enjuiciamiento previo... sobre su validez antes de pasar a su aplicación. Si de ese enjuiciamiento previo resultase que el Reglamento contradice a las Leyes, habrá que rechazar la aplicación del Reglamento con el objeto de hacer efectiva la aplicación prioritaria de la Ley por él violada; habrá que rehusar, pura y simplemente, aplicar el Reglamento ilegal o, en términos positivos, habrá que inaplicarlo”<sup>26</sup>.

#### II.7 *Ultraactividad de reglamentos derogados y de reglamentos inconstitucionales. Distinción entre derogación e inconstitucionalidad: la reviviscencia de una ley derogada y los actos administrativos.*

La Sala Tercera de la Corte Suprema ha trazado nítidamente la distinción entre reglamentos inconstitucionales y reglamentos derogados (sentencia de 8 de junio de 1992) y no le ha dado aplicación a los primeros en procesos concretos por considerar que están afectados de una nulidad constitucional. En cambio le ha reconocido fuerza normativa a

reglamentos derogados para regular situaciones consolidadas durante su vigencia.

En la citada sentencia de 8 de junio de 1992 la Sala señaló que en nuestro sistema jurídico la inconstitucionalidad y la derogación de un reglamento o de una ley tienen en común el producir la cesación de la vigencia del reglamento o de la ley con efectos hacia el futuro. Sin embargo, el fenómeno de la derogación de un reglamento o de una ley es distinto al de la inconstitucionalidad de los mismos. En el segundo caso “cesa la vigencia de la ley o el reglamento por ser incompatible con una norma de jerarquía constitucional y la declaratoria de inconstitucionalidad produce la nulidad (ex-nunc en Panamá) de la norma legal o reglamentaria. En la derogación la norma legal o reglamentaria pierde su vigencia, en la concepción tradicional, por un mero cambio de voluntad legislativa o ejecutiva ,respectivamente ,o, en concepciones más modernas, en razón de la inagotabilidad de la potestad legislativa. La derogación procede, pues, de un juicio de oportunidad política y no de un juicio de validez normativa como lo es la declaratoria de inconstitucionalidad; y, por último, la declaración de inconstitucionalidad de una ley o de un reglamento corresponde en forma exclusiva a la Corte Suprema de Justicia mientras que la derogación de una ley es realizada por otra ley y, por lo tanto, puede y debe ser aplicada por cualquier juez”. Esto ha sido destacado por el constitucionalista español Luis M. Díez Picazo Giménez <sup>27</sup>.

La Sala agregó que de esas diferencias se desprende que al ser derogada una ley o un reglamento pueden ser aplicados, en razón de su ultraactividad (eficacia residual de la norma que perdió vigencia para regular ciertos efectos de eventos que se produjeron cuando estaba vigente la norma derogada), según lo previsto en los artículos 30, 31 y 32 del Código Civil. No ocurre así con una ley o reglamento que ha sido declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia pues la norma inconstitucional “es nula y no puede ser aplicada por el juez, aunque estuviese vigente al momento al momento en que se produjo el hecho cuyos efectos ahora se determinan”.

En nuestro sistema jurídico la norma inconstitucional, bien sea una norma legal o reglamentaria, carece de ultraactividad por ser nula con efectos generales. Por esta misma razón Hans Kelsen sostenía que una norma derogada puede ser objeto del control de constitucionalidad. Este autor señalaba que “parece evidente que el tribunal constitucional no pueda juzgar más que normas que se encuentren en vigor en el momento en que dicta su decisión. ¿Por qué anular una norma que ha dejado ya de estar en vigor? Sin embargo, si se mira la cuestión más de cerca, se advierte que puede haber lugar para aplicar el control de constitucionalidad a normas ya derogadas. En efecto, si una norma general...deroga otra norma general sin retroactividad alguna, las autoridades deben continuar aplicando la norma derogada a todos los hechos que se hubieren producido mientras ésta se encontraba todavía en vigor. Si quiere evitarse esta aplicación por razón de la inconstitucionalidad de la norma derogada- se supone que no ha sido anulada por el tribunal constitucional- es preciso que se establezca esta inconstitucionalidad de forma auténtica y se retire así a la norma el último resto de vigencia que conservaba. Pero esto implica una sentencia del tribunal constitucional”<sup>28</sup>.

Debemos pues aclarar cuál es entonces el sentido del artículo 311 de la Constitución, que contiene lo que en el derecho comparado se llama la cláusula o disposición derogatoria. Esa norma dispone, como es usual en casi todas las constituciones, que “quedan derogadas todas las leyes y demás normas que sean contrarias a esta Constitución”. En general se estima que esta norma es aplicable a las leyes preconstitucionales, pero hay quienes sostienen que éstas al ser incompatibles con una norma constitucional posterior están afectadas por una inconstitucionalidad sobrevenida (solución italiana), que han sido derogadas (solución alemana) o bien se ha adoptado una solución ecléctica <sup>29</sup>, como en España en donde el Tribunal Constitucional ha señalado, en sentencia del 2 de febrero de 1981, que cabe tanto la inaplicación por derogación en el caso concreto por los tribunales ordinarios como la declaración de inconstitucionalidad pronunciada por él mismo con efectos erga omnes. En

Panamá cabe, a mi juicio, la solución ecléctica española y así puede entenderse la jurisprudencia de la Corte Suprema que ha declarado inconstitucionales leyes preconstitucionales, pero la Sala Tercera de la Corte Suprema reconoció, en la sentencia de 25 de marzo de 1992, que el artículo 534 del Código Fiscal (según el cual el arancel de importaciones sólo puede ser modificado por ley) había sido derogado tácitamente por el artículo 195 de la Constitución de 1983 que facultó al Consejo de Gabinete para modificar el arancel de importación. En este caso se pedía a la Sala Contencioso-Administrativa que declarara que era nulo un decreto de gabinete por infringir el artículo 534 del Código Fiscal, pero la Sala no accedió a la pretensión, por la razón anotada.

Un tema de gran trascendencia abordado por la Sala Tercera al resolver un proceso de nulidad (sentencia de 27 de octubre de 1993) es el de la reviviscencia de una ley derogada.

#### II.8. Admisión del principio de proporcionalidad entre la falta y la sanción impuesta al servidor público y del principio de informalidad del procedimiento administrativo.

La Sala consideró, en sentencia de 22 de noviembre de 1991, que cuando la falta cometida por un servidor público en ejercicio de sus funciones es de carácter leve la Administración pública no puede imponer la sanción más grave prevista en la ley respectiva.

#### II.9. Reconocimiento de la existencia de un derecho a la intimidad de carácter comprensivo.

Uno de los mayores peligros que enfrenta la sociedad contemporánea es la potencial intromisión de la Administración pública en la vida privada de los ciudadanos. El politólogo italiano Norberto Bobbio <sup>30</sup> ha observado que “entre las diversas formas de abuso del poder está, actualmente, la posibilidad por parte del Estado de abusar del poder de información, distinto al abuso del poder clásico que era individualizado esencialmente en el abuso de la fuerza. Se trata de un abuso de poder tan distinto y nuevo que deberían imaginarse y poner en práctica nuevas reglas sobre los límites del poder del Estado”.

La Sala señaló, en auto de 3 de junio de 1992, que existe un derecho a la intimidad de carácter amplio en nuestro sistema jurídico, que rebasa los derechos de inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia y conversaciones telefónicas privadas, previstos en los artículos 26 y 29 de la Constitución.

La Sala señaló en esa resolución, concordando con el profesor belga Francois Rigaux <sup>31</sup>, que el derecho a la intimidad tiene dos aspectos fundamentales: el primero garantiza la libertad de efectuar, sin injerencia del Estado, el escogimiento entre opciones existenciales que caigan en dominios sensibles de la esfera privada, y un segundo aspecto, que protege el derecho al secreto de la vida privada.

En el caso arriba citado la Sala suspendió provisionalmente los efectos de un acto administrativo que sometía al examen de la Junta de Censura las videocintas que las personas alquilen para ver en su entorno familiar o personal y señaló que “compete exclusivamente a un padre o madre de familia decidir qué películas ve su familia dentro de su hogar, y el Estado debe respetar la elección que haga el individuo en su núcleo familiar absteniéndose de censurarlo previamente”.

#### II.10 Redacción de nuevas normas reglamentarias en reemplazo de las anuladas.

En Panamá el juez contencioso administrativo tiene la facultad, prevista en el artículo 203 de la Constitución, de dictar disposiciones en sustitución de las anuladas, a diferencia de lo que ocurre en otros países en que la sentencia estimatoria contra una disposición reglamentaria general se debe limitar a declarar la nulidad total o parcial de la disposición

impugnada .

A pesar de la existencia de esa facultad constitucional casi nunca los Magistrados la han ejercido. Sin embargo, a partir de 1991 la Sala ha dictado, en sentencias que declaran la nulidad de normas reglamentarias, el nuevo texto de ciertas normas anuladas. Así se hizo en la sentencia de 29 de octubre de 1991 que declaró la nulidad de varios artículos del Decreto Ejecutivo No. 14 de 7 de mayo de 1990 que reglamentaba varios artículos del Código de Trabajo. En esa sentencia se otorgó un nuevo texto al artículo 1o. de dicho reglamento de ejecución, a fin de ajustarlo al artículo 222 del Código de Trabajo que regula la renuncia del trabajador al empleo.

#### II.11 *El resurgimiento de la responsabilidad extracontractual de la Administración.*

Con razón ha afirmado el jurista español Tomás Ramón Fernández “hoy, como ayer y como mañana, son dos las instituciones fundamentales del Derecho Administrativo, el contencioso-administrativo y la responsabilidad de la administración, porque las grandes cuestiones a las que éste debe dar respuesta adecuada siguen siendo las mismas: que la Administración actúe pero que respete la Ley; que obre pero que compense el perjuicio”<sup>32</sup>.

En los últimos años se han dictado sentencias de gran importancia en el tema de la responsabilidad extracontractual de la Administración pública.

Cabe mencionar en primer lugar la sentencia de 18 de diciembre de 2002 que resolvió acción de reparación directa presentada por los propietarios de una motonave y en virtud de la cual se condenó a la Autoridad Marítima de Panamá y al Estado panameño a resarcir a los demandantes la suma 636,670.00 balboas por la pérdida de la motonave ya que la mayoría de la Sala estimó que el incendio que destruyó la motonave no pudo ser sofocado a tiempo por una falla en el servicio público que brindaban la Autoridad Marítima y el Cuerpo de Bomberos. Aunque salve mi voto por considerar que el incendio se produjo por culpa de la víctima (propietarios de la motonave) creo que la citada sentencia reviste mucho interés.

También ha sido de gran importancia la sentencia de 23 de enero de 2003 expedida en la demanda de indemnización interpuesta por los propietarios del diario El Siglo y en virtud de la cual se condenó al Estado panameño a indemnizar a los propietarios por los daños y perjuicios causados por la acción del ex- gobernador de la provincia de Panamá al ordenar impedir la circulación e impresión del diario El Siglo en el año 1987. En este caso no se trató de una falla de un servicio público sino de verdaderas vías de hecho, acciones arbitrarias del Gobernador quien había sido previamente condenado por la autoridades judiciales competentes por el delito de abuso de autoridad en perjuicio de Jaime Padilla Beliz, que no pudo reclamar los daños y perjuicios del ex- gobernador por ser éste insolvente.

Por último, la sentencia de 2 de junio de 2003 condena a la Administración a pagar una indemnización de B/. 62,271.00 a favor de los terceros adquirentes de buena fe de unos bonos del Estado que habían sido sustraídos por la acción negligente de servidores públicos encargados de su custodia y que los demandantes habían adquirido de una casa de valores. La Sala entendió que existía responsabilidad extracontractual de la Administración por los actos de sus funcionarios que habían causado perjuicios a los demandantes porque actuaron dolosamente y existió relación causal con su conducta y la negativa posterior de la Administración a pagar el capital e intereses de los bonos, de allí que debía accederse a la pretensión de indemnización.

#### II.12 *Sujeción de las actuaciones administrativas de la Asamblea Legislativa al Contencioso-Administrativo.*

La Sala Tercera sostuvo en sentencia de 23 de octubre de 1991 que las actuaciones

administrativas de la Asamblea Legislativa, como la constitución de comisiones parlamentarias especiales, quedaban sujetas a esta jurisdicción especial. El mismo criterio se sostuvo en sentencia de 24 de noviembre de 1995 que resolvió un proceso de apreciación de validez que interpuse en mi condición de Presidente de la Corte Suprema ante una citación de la Asamblea para someterme a un interrogatorio. La Sala consideró que este acto administrativo violaba la independencia judicial. Ante esta valiente jurisprudencia la Asamblea Legislativa reformó su Reglamento Orgánico mediante el artículo 43 de la Ley 16 de 1998 para señalar que no eran recurribles ante la jurisdicción contenciosa los actos del Pleno y de las Comisiones de la Asamblea, pero esa norma fue declarada inconstitucional mediante sentencia de 6 de julio de 1998 del Pleno de la Corte, bajo la ponencia del Dr. Rogelio Fábrega Zarak.

### **III. Reflexiones a propósito del Centenario de la República: evaluación del pasado y riesgos y esperanzas en el futuro de la justicia contencioso-administrativa.**

Nuestra República conmemora sus cien años y en esta ocasión parece pertinente formular algunas consideraciones en cuanto a lo que ha representado esta justicia especializada y los riesgos que enfrenta aunado a las esperanzas que podemos fijar en ella. En cuanto a su pasado se refiere es evidente que a pesar de los altibajos que ha sufrido a lo largo de varias décadas lo cierto es que la misma ha sido un control de razonable eficacia ante las actuaciones administrativas que se han colocado fuera de la legalidad. De hecho, también ha servido para atemperar la discrecionalidad administrativa por lo que considero ha sido una pieza clave en nuestro Estado de derecho.

He hablado de altibajos en esta jurisdicción. Creo que esa afirmación es irrefragable. Es cierto que el punto de inflexión más bajo de lo contencioso-administrativo se produjo sobre todo en los últimos años del gobierno militar, pero es igualmente cierto que la justicia contenciosa puede desprestigiarse en democracia, como ocurrió a principio de los años cincuenta, lo que llevó al Presidente Ernesto de la Guardia a promover la reforma constitucional de 1956 que eliminó el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo. Ese siempre es un riesgo, más real si nos deslizamos hacia una democracia meramente electoral sin Estado de derecho, como lo expongo más adelante.

Creo que esta justicia, al estar radicada exclusivamente en la Corte Suprema, que resuelve en única instancia, ha probado tener bastante celeridad en un contexto de derecho comparado, ya que en otros países, tales como España y Colombia de los que procede nuestra tradición jurídica, al tener la jurisdicción tribunales de apelación y juzgados de primera instancia los casos se demoran entre tres y cuatro veces más que en Panamá. De allí que las pretensiones de los administrados pueden ser resueltas en nuestro país con bastante rapidez y eficacia.

Hay que enfatizar que la Sala Tercera no se ha doblegado ante el peso de los números, lo cual pudiera haber sucedido ante el crecimiento vertiginoso del volumen de asuntos que se presentan ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Y es que mientras en la década de los cuarenta el promedio anual de autos y sentencias era de 76, en los cincuenta fue de 162, de 1968 a 1989 fue de 172 anuales a partir de 1990 el número se colocó en más de 800 anuales. Ya en los tres últimos años (2000-2002) ingresaron un promedio de 715 casos anuales mientras que se decidieron 670 procesos anuales como promedio, cerca de seis veces el número de asuntos que se resolvían hace una década.

#### **III.1 *La moderada huida del Derecho Administrativo y de su jurisdicción.***

Al escribir sobre esta materia hace siete años en una obra que publicó la Corte Suprema <sup>33</sup> señalaba que se afirmaba, con insistencia, que en la última década del pasado siglo podía apreciarse una huida del Derecho Administrativo y de su jurisdicción ya que la

Administración pública actúa con mayor frecuencia con arreglo al derecho privado en ámbitos que exceden del puramente comercial o industrial <sup>34</sup>.

Creía yo que en Panamá esta tendencia podía materializarse en razón de la privatización de entidades estatales que se había emprendido en la década pasada como parte de la reforma del Estado porque no quedarían sujetas a la jurisdicción contencioso-administrativa las actuaciones de entidades privatizadas aunque sí las administrativas nuevas que regulan los servicios públicos privatizados o que están facultadas para proteger a los consumidores.

La tratadista española Silvia Del Saz, profesora en la Universidad de Madrid, anotaba entonces que en España “son tres las causas o, más bien, justificaciones con las que se pretende amparar el proceso ... de huida del Derecho Público y de su jurisdicción: la inadecuación o rigidez de los procedimientos administrativos, el alcance desorbitado del control judicial y, por último, los resultados negativos de dicho control”<sup>35</sup>.

Esa tendencia sólo se ha dado en forma muy moderada en nuestro país porque los administrados adquirieron conciencia de sus derechos y acudieron al Ente Regulador de los Servicios Públicos para exigir que las empresas privadas que prestan ahora los servicios de energía eléctrica y telecomunicaciones se apegaran a la Ley y a los reglamentos en sus relaciones con los usuarios. Además, como la Sala Tercera de la Corte ha demostrado hasta la saciedad que la Administración puede ser vencida cuando el Ente Regulador no satisface sus pretensiones acuden a lo contencioso-administrativo. Lo mismo puede decirse de las empresas que prestan esos servicios públicos, por lo que el nivel de procesos judiciales a que da origen la nueva realidad de la privatización en cierta medida ha acarreado un acercamiento al Derecho Público y a la justicia administrativa.

Si, al decir de un jurista francés,<sup>36</sup> el Derecho Administrativo es la sombra del Estado iluminada por la luz del siglo, es claro que al cambiar las luces del siglo orientándose ahora, después de la caída del comunismo, a defender más la libertad que la igualdad y el intervencionismo estatal para asegurarla, parece que algunos aspectos del Estado y del Derecho Administrativo han de cambiar, pero muy lejos están de desaparecer, sobre todo ante las nuevas exigencias de seguridad y de bienestar económico de los ciudadanos.

### III.2 Las esperanzas: consolidación de la democracia y respeto de los derechos humanos.

Una justicia que controle la legalidad de las actuaciones administrativas es de gran importancia en la consolidación de la democracia en nuestro país. Como bien lo ha señalado Samuel Huntington, cuya tesis sobre el conflicto de las civilizaciones es ya muy famosa, las democracias liberales, que normalmente requieren de un desarrollo económico sostenido, no solo se distinguen por tener elecciones libres para escoger a sus gobernantes sino que también prevén restricciones al poder del Órgano Ejecutivo, tribunales independientes para mantener el Estado de derecho, protección de los derechos individuales y de las minorías, ausencia de censura y mínimo control de los medios de comunicación social, y garantías efectivas contra los arrestos arbitrarios y brutalidad policial<sup>37</sup>. De allí que esta justicia especializada en controlar las actuaciones administrativas juegue un papel de importancia en la consolidación democrática.

Ofrece además esta justicia la oportunidad y la esperanza de que se observe cada vez un mayor respeto por los derechos humanos y quizás en el futuro el proceso especial para la protección de los mismos tenga creciente efectividad.

Me temo que la justificada lucha contra el terrorismo, sobre todo a partir de los terribles atentados de septiembre de 2001, ha traído una erosión de ciertos derechos fundamentales y si esta tendencia continúa, reforzada además por el combate contra el narcotráfico y la

imperiosa necesidad de controlar la corrupción, ciertos derechos como el debido proceso y el derecho a la intimidad requerirán de una fuerte defensa por la justicia contencioso-administrativa para que exista proporcionalidad y equilibrio entre las acciones de la Administración y la lucha contra esos tres males de nuestra época.

### III.3 El riesgo: el desarrollo de una democracia exclusivamente electoral con gobernantes elegidos pero sin controles judiciales de su actuación y sin Estado de derecho.

El país ha avanzado mucho en el desarrollo de una democracia, como forma de Estado en la que los gobernantes son escogidos por los ciudadanos en elecciones libres y abiertas. Un país es democrático, decía Karl Popper<sup>38</sup>, si mediante elecciones se puede cambiar el gobierno sin derramamiento de sangre.

En los últimos 20 años, señala la revista The Economist, la proporción de la población mundial que vive bajo gobiernos democráticos ha aumentado de un tercio hasta la mitad en la actualidad<sup>39</sup>. Hay pues progreso en este terreno.

El riesgo es que se desarrollen democracias simplemente electorales y que en algunos países la democracia degenera hacia una forma “anti-liberal”<sup>40</sup> o plebiscitaria<sup>41</sup>, que realmente yo designaría como una democracia, en el sentido anotado, pero sin Estado de derecho. Esa forma de democracia consistiría esencialmente, dice Ferrajoli, en la omnipotencia de la mayoría, seguida de una serie de colorarios: la descalificación de las reglas de los límites al poder ejecutivo expresado por la mayoría y, por lo tanto, de la división de poderes y de las funciones de control y garantía de la magistratura y del parlamento; la idea de que el consenso mayoritario legitima todo abuso y el rechazo de los frenos y contrapesos. La democracia requiere ha dicho Zakaria de una previa “libertad constitucional” que entraña la protección de los derechos individuales sobre todo de los de expresión, propiedad y religión a través de un sistema jurídico que no esté sujeto a la manipulación política del gobierno. Para ello se requieren jueces independientes e instituciones y grupos privados independientes del gobierno.

La justicia contencioso-administrativa adquiere así una importancia crucial en el futuro de nuestro Estado de derecho. Ojalá sepamos preservarla con la independencia que el país reclama.

<sup>1</sup> Cfr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Tratado de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Tercera Edición, 2003, Tomo I, págs.254-259.

<sup>2</sup> Eduardo García De Enterría, “Introducción” a la obra Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998, Editorial Civitas, Madrid, 1999, págs. 17-21.

<sup>3</sup> Libardo Rodríguez, “Origen y Evolución de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en Colombia”, en la obra Historia y Perspectivas de la Jurisdicción Administrativa en Francia y en América Latina, Ed. Temis, Santa Fe de Bogotá, 1999, pág.46.

<sup>4</sup> Jaime Orlando Santofimio, op. Cit.,pág. 305.

<sup>5</sup> Olmedo Sanjur, “Análisis crítico de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en Panamá”, Colegio Nacional de Abogados, 1993, págs.119-120.

<sup>6</sup> Dictamen del Consejo de Estado sobre la inteligencia de los artículos 76 atribución 4 y 201 de la Constitución en respuesta a nota del Ministro de Gobierno de 24 de septiembre de 1888, publicado en Código Político y Municipal de la República de Colombia, concordado por Manuel Angarita, Edición de 1889, imprenta de La Luz, Bogotá pag. 348.

<sup>7</sup> Los recursos Contencioso-administrativos de Nulidad y de Plena Jurisdicción en el Derecho Panameño, pág.34 a 45.



- 8 La Jurisdicción contencioso-administrativa en Panamá, Panamá, 1947, pág. 246
- 9 Op. cit., pág.59
- 10 Cfr. Gustavo Escobar Gil, Teoría General de los Contratos de la Administración Pública, Ed. Legis, Santa Fe de Bogotá, 2003,págs. 48 a 53
- 11 Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina, Ed. Legis, Bogotá, 2003,pág. 25.
- 12 Georges Vedel y Pierre Delvolvé, Le système français de protection des administrés contre l'Administration, Editorial Sirey, París, 1991,págs. 60 a 124.
- 13 Cfr. Garry Wills editor, The Federalist Papers, Nueva York, Bantam Books, 1982, págs. 393-394.
- 14 El constitucionalista norteamericano Alexander Bickel afirmaba que por esas mismas razones el poder judicial era la rama « menos peligrosa» del poder público. Cfr. The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics, Ed. Bobbs-Merrill, 1962.
- 15 “Introducción” a Justicia Contencioso-Administrativa y derechos humanos de A. Hoyos, Panamá, 1991
- 16 André De Laubadère, Jean-Claude Venezia e Yves Gaudemet, Traité de Droit Administratif, Tome 1, Undécima edición, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, París, 1990, págs. 375 a 383. Estos autores incluyen los contenciosos de interpretación y de apreciación de la legalidad dentro de una misma categoría y añaden un contencioso de la represión cuando el juez reprime una infracción.
- 17 Cfr. Carmen Chinchilla, La Tutela Cautelar en la nueva Justicia Administrativa, Ed. Civitas, Madrid, Primera edición, 1991,y las observaciones de José Ramón Parada en la Introducción a esta obra, pág. 19. También la obra de Juan M. Campo Cabal, Medidas Cautelares en el Contencioso-Administrativo, Ed. Temis, Bogotá, 1989.
- 18 André De Laubadère, Jean-Claude Venezia e Yves Gaudemet, op. cit., pág. 402.
- 19 Giovanni Battista Verbari, Principi di Diritto Processuale Amministrativo, Editorial Giuffré, Milán, 1992, págs. 200 a 203.
- 20 Eduardo García de Enterría, La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Ed. Civitas, Madrid,Tercera edición, 1988, pág. 95.
- 21 El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo, Ed.Civitas, Madrid, Segunda edición, 1989.
- 22 The Judicial process in comparative perspective, Oxford University Press, Oxford (Inglaterra), 1989, pág. 270 a 272.
- 23 Op. cit., pág. 274.También Marco Cresti, Contributo allo studio della tutela degli interessi diffusi, Ed. Giuffré, Milán, 1992, 164 págs.
- 24 Paul Kennedy, Preparing for the Twenty-First Century, Editorial Random House, New York, 1993, págs. 95 a 121.
- 25 En el prefacio a la obra de Dominique Pouyaud, La Nullité des Contrats Administratifs, Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence, París, 1991, pág. 11.
- 26 Curso de Derecho Administrativo, Ed. Civitas, Quinta edición,Madrid,1989, Vol.I, pág. 237.
- 27 La derogación de las leyes, Ed. Civitas, Madrid, 1990, págs. 260 a 268.
- 28 “La Garantía Jurisdiccional de la Constitución (La Justicia Constitucional)”, publicado en Escritos sobre la Democracia y el Socialismo, traducción de J.Ruiz, Editorial Debate, Madrid, 1988, págs. 137 y 138.
- 29 fr. Jérôme Tremeau, “La caducité des lois incompatibles avec la Constitution”, publicado en Annuaire International de Justice Constitutionnelle 1990, Editorial Económica-Presses Universitaires D'Aix-Marseille, París y Aix-en-Provence,1992, págs. 219 a 316.
- 30 N. Bobbio y otros, Crisis de la democracia, Ed. Ariel,Barcelona, 1985, pág. 24.

- 31 “La Liberté de la vie privée”, Revue internationale de Droit Comparé, julio-septiembre de 1991, París, pág. 547.
- 32 Panorama del Derecho Administrativo al comienzo de su Tercera Centuria, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2002 , página 112.
- 33 Justicia, Democracia y Estado de Derecho, pág. 55.
- 34 Silvia Del Saz, “Desarrollo y Crisis del Derecho Administrativo. Su reserva Constitucional”, en la obra conjunta con las también profesoras de Derecho Administrativo Carmen Chinchilla y Blanca Lozano, Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres Estudios, con un prólogo de Eduardo García de Enterría, Editorial Civitas, Primera edición, Madrid, 1992, págs. 139 y siguientes.
- 35 Op Cit.
- 36 Boulouis, citado por Tomás Ramón Fernández, op. cit., página 93
- 37 The Future of the third wave, en la obra The Democratic Invention editorial The Johns Hopkins University Press, Baltimore año 2000 pág. 7.
- 38 “Sobre la teoría de la democracia”, La responsabilidad de vivir: Escritos sobre política, historia y conocimiento, Ed. Paidós, Buenos Aires, 1995, pág. 176
- 39 “Liberty’s great advance”, Londres, edición de 26 de junio de 2003.
- 40 Fareed Zakaria, The Future of Freedom, Ed. Norton, Nueva York, 2003, 256 págs.
- 41 Luigi Ferrajoli, El Garantismo y la filosofía del derecho, Externado de Colombia, 2001, pág. 155.