DERECHO ADMINISTRATIVO IBEROAMERICANO

(DISCRECIONALIDAD, JUSTICIA ADMINISTRATIVA Y
ENTES REGULADORES)

VOLUMEN II

DERECHO ADMINISTRATIVO IBEROAMERICANO

(DISCRECIONALIDAD, JUSTICIA ADMINISTRATIVA Y ENTES REGULADORES)

VOLUMEN II

Editores:
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz
Víctor Leonel Benavides Pinilla
Javier Ernesto Sheffer Tuñón
Miguel Ángel Sendín García

Copyright © 2009 Congrex S.A.

Todos los derechos reservados. Queda rigurosamente prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, incluso la reprografía y el tratamiento electrónico, sin la autorización escrita de los titulares del copyright.

ISBN 10: 0-9842076-1-9
ISBN 13: 978-0-9842076-1-9

Diseño: Criteria International.
Impreso por Digital Publishing of Florida.

Para información contactar info@criteriainternational.com.

ÍNDICE

Panamá 1

Consideraciones en torno a la Discrecionalidad de la Administración Pública en Panamá 3
Víctor Leonel Benavides Pinilla

Inactividad de la administración y su control judicial 21
Javier Ernesto Sheffer Tuñón

El principio de buena fe en los procesos indemnizatorios contra el Estado 45
Elio Chi Rivera

Anotaciones sobre participación ciudadana y su implementación por parte de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos 57
Annette de León Molina

La jurisdicción contencioso-administrativa y el canal de Panamá 73
Marisol Hernández Guardia

La jurisdicción contencioso-administrativa y la tutela cautelar 91
Ricauter Noel Pitti Morales

Algunas consideraciones sobre la interconexión de redes de Telecomunicaciones y la intervención del Estado en Panamá 121
Marlena M. Domínguez G.

Fundamentos jurídicos de los actos administrativos y la obligación tributaria 139
Franklin Ward Ferguson

El reconocimiento de la protección de los derechos humanos en la Jurisdicción Contencioso Administrativa en Panamá: ¿Una perspectiva distinta? 161
Idania M. Torrero Perigault

Invalidez de los actos administrativos 183
Jaime Franco Pérez

Logros y desafíos de la Comisión Nacional de Valores de Panamá en el marco del X aniversario de Ley de Valores 191
Darío A. Sandoval Shaik

Los tribunales administrativos y las agencias reguladoras, una necesidad imperante dentro del Derecho Público panameño 203
Martin Wilson Chen

La ampliación de la tutela cautelar en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa panameña 239
Abilio Batista Domínguez

Algunos Parámetros para la incorporación de los estándares del sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos en la tutela constitucional, legal y judicial del derecho a un ambiente sano en Panamá 271
Félix Wing Solís

Responsabilidad patrimonial por actos administrativos impugnados ante jurisdicción supranacional y anacional 295
Cristóbal Miguel Gómez Gutiérrez

Perú 317

La regulación del silencio administrativo en el Derecho peruano: la historia de una reforma constante 319
Víctor Sebastian Baca Oneto

Portugal 347

O novo regime do contencioso administrativo em Portugal 349
Mário Aroso de Almeida

El Salvador 369

Control jurisdiccional del Regulador Medioambiental en materia de estudios de Impacto Ambiental y la responsabilidad exigible a los infractores de las normas protectoras de los ecosistemas 371
Henry Alexander Mejía

Uruguay 397

Retos de la justicia administrativa en el siglo XXI 399
Mariano R. Brito

Fundamentos constitucionales de la Jurisdicción Contencioso administrativa en el Derecho Uruguayo 407
Juan Pablo Cajarville Peluffo

Ejecución de la sentencia anulatoria en el Contencioso-administrativo uruguayo 435
Augusto Durán Martínez

Deberes y derechos de los usuarios de servicios públicos en Uruguay 451
Carlos E. Delpiazzo

Venezuela 473

Algunos aspectos del control judicial de la discricionalidad en Venezuela 475
Allan R. Brewer-Carías

La independencia del regulador sectorial en Venezuela. Experiencia y perspectivas 513
Armando Rodríguez García

El desarrollo de las medidas cautelares en el proceso administrativo en Venezuela 531
Víctor Rafael Hernández-Mendible

Autores 569

PANAMÁ

CONSIDERACIONES EN TORNO A LA DISCRECIONALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN PANAMÁ

Víctor Leonel Benavides Pinilla

I. Acerca del concepto de discrecionalidad administrativa

Uno de los problemas más debatidos dentro del campo del derecho administrativo es el relativo al concepto de discrecionalidad administrativa, de allí que hayan surgido divergencias entre los puntos de vista de diversos autores.

La discrecionalidad administrativa es la que sigue la Administración cuando la norma que determina su finalidad más o menos concreta le permite valorar los medios, guías o caminos a utilizar creando en otros supuestos la unidad de medida para actualizar y aplicar los conceptos indeterminados, no comprobables objetivamente, que se encierran en la norma" (RAMÍREZ ZAPATA, 1973).

A través de ella, la Administración dispone de un margen de libertad para apreciar la oportunidad o conveniencia de su acción dentro de ciertos límites. La potestad discrecional, viene a ser, aquella facultad atribuida a la Administración, en virtud de la cual ésta actúa según la libre apreciación de las circunstancias, para la satisfacción de los intereses de la colectividad.

Hay poder discrecional para la Administración, cuando la Ley o el Reglamento, previendo para la Administración cierta competencia en ocasión de una relación de derecho con un particular, dejan a la Administración un poder libre de apreciación para decidir si debe obrar o abstenerse, en qué momento debe obrar, cómo debe obrar y qué contenido va a dar a su actuación. El poder discrecional consiste, pues, en la libre apreciación dejada a la administración para decidir lo que es oportuno hacer o no hacer (FRAGA, 1971).

El paradigma propio de normativa constitucional que rige el Estado Social de Derecho, establece que todos los poderes públicos deben ser ejercidos de acuerdo a los principios y normas estrictamente constitucionales y legales, lo que nos ayuda a comprender que el ejercicio del poder público está supeditado al cumplimiento de ordenamiento establecido.

Las actividades que emergen de la administración pública son variadas y aumentan cada día conforme a las nuevas adecuaciones de un mundo cada vez más globalizado, en donde la realidad es cambiante y los grados de sostenibilidad que derivan de ella, obligan a los juristas, en cada una de las áreas especializadas, a interactuar en un proceso de negociación permanente, para adecuar nuestro modo de comprensión e interpretación de los nuevos elementos que entornan la administración pública.

El derecho administrativo no escapa a esta realidad y aunque abundan las normativas para regular las actividades que cumple la administración pública, la ley no siempre ha logrado precisar los límites de su actuación.

II. Fundamento jurídico de la discrecionalidad administrativa

En todo ordenamiento jurídico se hace casi exigible la existencia de la discrecionalidad administrativa, puesto que a través de ella, los funcionarios públicos escogerían en cada momento, los medios más adecuados para solucionar las situaciones que enfrentan, siempre teniendo como norte, la satisfacción del interés público, habida cuenta que la misma es una tarea de exclusiva incumbencia de la Administración Pública, siendo ésta la única responsable de que el plan previsto en las normas se concrete o fracase.

De tal suerte que es necesario manifestar que la facultad discrecional de que goza la Administración, se justifica exclusivamente por razones de práctica, de allí que siempre he considerado que las autoridades administrativas deben tener cierto margen de discrecionalidad, ya que se debe evitar a toda costa el automatismo administrativo, que se produce cuando los empleados públicos sólo tienen que acogerse a reglas predeterminadas, lo que va en detrimento de la propia Administración, al desaparecer la iniciativa dinámica del funcionario y como resultado de tal actuación, tenemos graves perjuicios para los administrados.

El fundamento jurídico de la discrecionalidad administrativa lo constituye el reconocimiento del poder discrecional, ya que al ser imposible que las normas jurídicas lo prevean todo, se hace imperativo que a los funcionarios públicos se les otorgue cierto grado de poder discrecional, para que en el momento de que la norma jurídica no lo prevea, encuentre las soluciones más útiles para el interés público dentro de ese marco legal.

La discrecionalidad bien podría justificarse como una actividad necesaria ya que a través de ella, los órganos de la Administración Pública podrán cumplir rectamente con los fines impuestos por la norma legislativa.

Teorizando al respecto, BARTOLOMÉ FIORINI, considera que la discrecionalidad es la herramienta jurídica que la ciencia del derecho entrega al administrado para que la gestión de los intereses sociales se realice conforme a las necesidades de cada momento. No es un instrumento legal que se concede al administrador para hacer lo que le imponga su capricho; ni tampoco para crear normas de carácter legislativo; menos aún para que intervenga ante una contienda normativa como acontece con la jurisdicción. Solo es una autorización limitada a un fin determinado, para que aprecie las condiciones presentes cuando administre el interés social específicamente contenido en la norma legislativa. De tal suerte que la discrecionalidad es una forma de actuar de la Administración Pública para poder realizar una recta administración de los cambiantes intereses sociales.

El motivo que justifica la necesidad de la discrecionalidad emana de las cambiantes circunstancias que transforman la estabilidad de los intereses públicos custodiados, por ende, las facultades discrecionales son eficaces y pertinentes puesto que, por medio de ellas, las entidades administrativas pueden dictar actos oportunos y eficaces, tanto para la buena marcha de la Administración como para el bienestar de los administrados.

III. La potestad reglada y la potestad discrecional

El ordenamiento jurídico atribuye a la administración dos tipos de potestades administrativas: las regladas y las discrecionales.

Siguiendo los lineamientos del Dr JAIME POZO CHAMORRO, *La Potestad Reglada* es aquella que se halla debidamente normada por el ordenamiento jurídico; en consecuencia, es la misma ley la que determina cuál es la autoridad que debe actuar, en qué momento y la forma como ha de proceder, por lo tanto no cabe que la autoridad pueda hacer uso de una valoración subjetiva y por tanto "La decisión en que consista el ejercicio de la potestad es obligatoria en presencia de dicho supuesto y su contenido no puede ser configurado libremente por la Administración, sino que ha de limitarse a lo que la propia Ley ha revisto sobre ese contenido de modo preciso y completo".

El numeral 14 del artículo 184 de la Constitución Política de la República de Panamá de 1972, reformada por los Actos Reformatorios No. 1 y No. 2 de 5 y 25 de octubre de 1978, respectivamente; por el Acto Constitucional aprobado el 24 de abril de 1983; por los Actos Legislativos No. 1 de 1993 y No. 2 de 1994; y por el Acto Legislativo No. 1 de 2004, expresa que es una atribución del Presidente de la República con la participación del Ministro respectivo, el reglamentar las leyes que lo requieran para su mejor cumplimiento, sin apartarse en ningún caso de su texto ni de su espíritu.

La norma citada constituye el fundamento de la potestad reglamentaria tradicional, referente a las leyes, pues la potestad de reglamentar los servicios públicos se encuentra prevista en el numeral 10 del precitado artículo 184 de la Constitución. En virtud de la potestad reglamentaria el Presidente de la República y el Ministro del ramo pueden expedir reglamentos para el desarrollo de las leyes. Un Reglamento, siguiendo la escuela española, bien representada en Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, es toda norma escrita dictada por la Administración.

Según criterio de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, el reglamento de una ley deber ser definido, a la vez, con un criterio formal que nos indica que el mismo es un acto administrativo con carácter ejecutorio, expedido por el Presidente de la República con el Ministro respectivo, y desde el punto de vista material, el reglamento se caracteriza por contener disposiciones generales e impersonales que lo diferencian de los actos administrativos no reglamentarios. Las normas contenidas en el reglamento no se agotan con su ejecución.

Los reglamentos, por su relación con la leyes, pueden ser de tres clases en nuestro sistema jurídico, a saber: los de ejecución de las leyes, los autónomos y los de necesidad o de urgencia.

La potestad del Órgano Ejecutivo, denominada reglamentaria por la doctrina y por la jurisprudencia, posee una serie de límites que se derivan del principio constitucional de la "reserva de ley", así como de la propia naturaleza de los reglamentos, particularmente los reglamentos de ejecución de ley que están subordinados a ella. Dichos actos no pueden alterar en ningún caso, ni el texto ni el espíritu de la ley que reglamentan.

Esto es así, debido a que la potestad del Órgano Ejecutivo para reglamentar cualquier ley dictada por el Órgano Legislativo, se limita a desarrollarla dentro de los límites establecidos por la propia ley reglamentada, para hacer viable su aplicación, sin cambiar su sentido, ni aumentar o disminuir su radio de acción y sin rebasar los límites de otras leyes que puedan guardar relación con la materia reglamentada. Vale acotar, que el reglamento es de inferior jerarquía que la ley, y no puede reformarla en forma alguna, sólo puede regularla para facilitar su ejecución, sin salirse del marco que la propia ley establece y sin que la autoridad que emite el reglamento, pretenda regular alguna materia que no es de su competencia.

Respecto al carácter formal o material de los límites de la potestad reglamentaria, la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá, se ha manifestado en reiteradas ocasiones indicando que dicha potestad posee una

serie de límites que se derivan tanto del principio constitucional de la reserva de la ley como de la naturaleza de los reglamentos, sustentando muchos de sus fallos en lo expresado por el tratadista colombiano Jaime Vidal Perdomo, cuando afirma que "la existencia de la potestad reglamentaria es inversamente proporcional a la extensión de la ley", (VIDAL PERDOMO, 1987).

En Sentencia de 27 de febrero de 2007 de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, se hizo un análisis exhaustivo de la figura jurídica de la Potestad Reglamentaria en Panamá.

Es importante destacar que esta Sala, en diversos fallos, ha declarado ilegales Decretos Ejecutivos, a través de los cuales se rebasaban los límites de la Potestad Reglamentaria. (V. Fallos de 5 de octubre de 1995; 13 de julio de 2005 y 27 de diciembre de 2007).

En igual medida, dicha potestad tiene límites de carácter formal, en los casos que atañen a la competencia para dictar el reglamento, y de carácter material, cuando hacen relación con la limitación de la potestad discrecional de reglamentar leyes que deben ejercerse en interés público y no con abuso de desviación de poder.

Según el tratadista español FERNANDO GARRIDO FALLA, se observan algunos límites que derivan de la propia naturaleza de los reglamentos, que no pueden derogar ni modificar el contenido de las leyes formales ni de otros reglamentos dictados por autoridad de mayor jerarquía; así, los reglamentos independientes no deben limitar derechos subjetivos ni situaciones jurídicas adquiridas por los particulares, al igual que no deben regular cuestiones que por su naturaleza pertenezcan al campo jurídico privado y los derogatorios de otros reglamentos anteriores deben respetar los derechos adquiridos. (GARRIDO FALLA, 1989).

En nuestro país la potestad reglamentaria de las leyes puede extenderse a diversas materias del campo jurídico privado en las cuales el Órgano Ejecutivo tenga asignado algún papel. Vale señalar que en materia que atañe exclusivamente a otro Órgano del Estado, el Órgano Ejecutivo carece de competencia para reglamentar la ley, tal como en el caso de la Carrera Judicial, que es competencia del Órgano Judicial, y es por todos conocido que sobre dicha materia el Código Judicial le otorga la potestad reglamentaria al Pleno de la Corte Suprema de Justicia y en atención a ello, la misma está reglamentada mediante el Acuerdo 46 de 27 de septiembre de 1991 modificado por el Acuerdo 230 de 14 de junio de 2000.

Por el contrario, la Potestad Discrecional otorga un margen de libertad de apreciación de la autoridad, quien realizando una valoración un tanto subjetiva ejerce sus potestades en casos concretos. Ahora bien, el margen de libertad del que goza la administración en el ejercicio de sus potestades discrecionales no es extra legal, sino por el contrario remitido por la ley, de tal suerte que, como bien lo anota el tratadista GARCÍA DE ENTERRIA, no hay discrecionalidad al margen de la Ley, sino justamente sólo en virtud de la Ley y en la medida en que la ley haya dispuesto.

La discrecionalidad no constituye una potestad extralegal, sino más bien, el ejercicio de una potestad debidamente atribuida por el ordenamiento jurídico a favor de determinada función, vale decir, la potestad discrecional es tal, sólo cuando la norma legal la determina de esa manera. En consecuencia, la discrecionalidad no puede ser total sino parcial, pues, debe observar y respetar determinados elementos que la ley señala.

Por otra parte, la discrecionalidad no constituye un concepto opuesto a lo reglado, porque, aunque en principio parezca contradictorio, toda potestad discrecional debe observar ciertos elementos esenciales para que se considere como tal, dichos elementos son: la existencia misma de la potestad, su ejercicio dentro de una determinada extensión; la competencia de un órgano determinado; y el fin caracterizado, porque toda potestad pública está conferida para la consecución de finalidades públicas.

IV. Discrecionalidad y otros términos jurídicos

La potestad discrecional, es una facultad-deber que tiene la Administración Pública para poder decidir algunos asuntos con un relativo margen de libertad, acorde con las circunstancias concretas que el Legislador en muchas ocasiones no puede determinar de antemano en la norma jurídica, es que como dicen muchos filósofos del derecho, es decir, cuando las circunstancias del caso superan con creces la realidad prevista en la norma. Esta facultad-deber, o potestad, es al igual que las otras potestades de la Administración, exorbitante y la misma constituye un límite a las actuaciones regladas o enmarcadas dentro del principio de la legalidad de la Administración Pública, la cual establece de antemano, de un modo concienzudo la actuación de la Administración, a los fines de asegurar los derechos de los ciudadanos y la seguridad jurídica de éstos, es decir, el logro del Estado de Derecho (CHACÍN FUENMAYOR**,** 2005).

Dado que el concepto de discrecionalidad administrativa es uno de las más controvertidos dentro del Derecho Administrativo, en veces, es común que se confunda con otros términos jurídicos, a saber:

A. Discrecionalidad y Libertad de Acción

La libertad de Acción es exclusiva de los particulares, quienes pueden hacer todo, menos lo que la Ley prohiba. Esta figura es muy característica de los Estado de Derecho y de los gobiernos demoliberales. En cambio, las actuaciones de la Administración Pública, en la emisión de sus actos y en la toma de decisiones, deben enmarcarse dentro de los parámetros legales establecidos. Pero, como bien sabemos, el administrador puede actuar discrecionalmente en tales casos en que la norma lo provee, teniendo así la potestad de escoger las medidas que crea más convenientes según cada situación.

Un ejemplo típico de esta distinción lo constituye el artículo 18 de la Constitución Política vigente de la República de Panamá, a saber:

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

Esta norma distingue entre la responsabilidad que cabe a los particulares y la que corresponde a los servidores públicos; los primeros, son sólo responsables ente las autoridades estatales cuando infringen la Constitución o la Ley, en cambio, los servidores públicos, además de ser responsables por esa causa, también lo son cuando se extralimiten en sus funciones, o por omisión en el ejercicio de estas.

B. Discrecionalidad y Arbitrariedad

Igualmente no deben confundirse estos conceptos, ya que este último, bien definido por MANUEL OSSORIO Y FLORIT, viene a ser “el acto, la conducta o proceder contrario a lo justo, razonable o legal, inspirado sólo por la voluntad, el capricho o un propósito maligno”

La arbitrariedad es aquella actuación que no tiene ni reconoce límites distintos a la propia voluntad del que actúa, lo cual se contrapone a la discrecionalidad, que es la actuación regida por normas legales o sometidas a un régimen legal. Por ser una conducta anti jurídica, la arbitrariedad, impregna de ilegitimidad al acto administrativo al evadir los fines de la ley.

Ambas categorías constituyen conceptos jurídicos totalmente diferentes y opuestos. La discrecionalidad es el ejercicio de potestades previstas en la ley, pero con cierta libertad de acción, escogiendo la opción que más convenga a la administración.

La discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad, muy por el contrario, es el ejercicio de una potestad legal que posibilita a la administración una estimación subjetiva, que le permita arribar a diferentes soluciones, pero siempre respetando los elementos reglados que se encuentren presentes en la potestad.

La arbitrariedad, es una manifestación de poder social ajena al derecho, y se caracteriza por patentar el capricho de quien ostenta el poder, en determinados casos. Lo arbitrario está en contra del principio constitucional de seguridad jurídica, puesto que el administrado se ve imposibilitado de actuar libremente por el temor a ser sancionado por el simple capricho o antojo de la autoridad. (POZO CHAMORRO, 2008).

El elemento que permite diferenciar la potestad discrecional de la arbitrariedad constituye la motivación, ya que en cualquier acto discrecional, la autoridad está obligada a expresar los motivos de su decisión, cosa que no ocurre con la arbitrariedad, pues resulta absurdo exigir una motivación a quien actúa al margen de la ley.

C. Discrecionalidad y Conceptos Indeterminados

La potestad discrecional se distingue de los "conceptos jurídicos indeterminados". La norma jurídica utiliza conceptos determinados o indeterminados. Los primeros, delimitan de manera precisa el ámbito de una determinada realidad, tal el caso de la mayoría de edad o los términos para interponer determinados recursos. La determinación de años o días no suscitan duda alguna, pues, se hallan perfectamente determinados. Por el contrario, al hablar de conceptos jurídicos indeterminados, la norma jurídica se refiere a realidades que no se hallan debidamente precisadas en su contenido, sin embargo queda claro que lo que se quiere es delimitar un supuesto concreto; así por ejemplo, el hecho de conceder la jubilación por motivos de incapacidad permanente, la buena fe, la falta de probidad, etc., supuestos que pueden ocurrir pero que no se hallan determinados de manera rigurosa, ya que se trata de conceptos indeterminados. Al igual que en cualquier rama del derecho, en el derecho administrativo, los conceptos jurídicos indeterminados solo permiten una sola solución justa, a la inversa de lo que ocurre con la potestad discrecional en la que se permite más de una solución igualmente justa desde las perspectivas del derecho.

En este sentido, el concepto de buena fe, bien administrado en su aplicación, por el juzgador, permite al administrado recobrar la confianza en que la Administración no va a exigirle más de lo que estrictamente sea necesario para la realización de los fines públicos que en cada caso concreto se persiga.

Y en que no le va a ser exigido en el lugar, en el momento ni en la forma más inadecuada, en atención a sus circunstancias personales y sociales, y a las propias necesidades públicas. Confianza, legítima confianza, de que no se le va a imponer una prestación cuando sólo superando dificultades extraordinarias podrá ser cumplida, ni en un lugar en que razonablemente, no cabía esperar. Ni antes de que lo exijan los intereses públicos, ni cuando ya no era concebible el ejercicio de la potestad administrativa. Confianza, en fin, en que en el procedimiento para dictar el acto que dará lugar a las relaciones entre Administración y Administrado, no va a adoptar una conducta confusa y equívoca que más tarde permita eludir o tergiversar sus obligaciones. (GONZÁLEZ PÉREZ, 1989).

El Tribunal Contencioso Administrativo panameño se ha referido al Principio de la Buena Fe en diferentes los Fallos. (V. Fallo de 21 de mayo de 203; 18 de enero de 2008 y 1 de septiembre de 2008).

La potestad discrecional significa libertad de elección entre varias opciones igualmente válidas y justas; por el contrario, el concepto jurídico indeterminado es un caso de aplicación de la Ley, un elemento reglado, ya que se trata de subsumir en una categoría legal ciertas circunstancias reales determinadas. No existen en ello ninguna discrecionalidad, vale decir, ninguna libertad de elección o actuación (POZO CHAMORRO, 2008).

Al no estar expuestos de manera categórica en la norma; éstos deben aplicarse según las circunstancias de tiempo y lugar. Por ende, no siempre que hay conceptos indeterminados hay discrecionalidad. Las facultades discrecionales se distinguen por la pluralidad de soluciones justas posibles, entre las que libremente puede escoger la Administración, según su propia iniciativa, al no estar comprendida dentro de la norma, la solución concreta. En tanto que el concepto jurídico indeterminado es configurado por la Ley como un supuesto concreto y como la única solución justa en la aplicación del mismo a la circunstancia del hecho.

D. Discrecionalidad e Interpretación Jurídica

La interpretación es la acción y efecto de interpretar, de explicar o de declarar el sentido de una cosa; principalmente, el de los textos faltos de claridad. En derecho, es importante la interpretación dada a la Ley por la Jurisprudencia y por la doctrina, al igual que la que se hace de los actos jurídicos en general y de los contratos y testamentos en particular (OSSORIO Y FLORIT, 1974). Lo que se persigue con ella, es la búsqueda del contenido de la disposición legal, por lo que no se puede considerar esta actuación como discrecional, ya que en esta última le es dable a la Administración, el valorar las mejores soluciones para

que se pueda conseguir el fin preinsertado por la norma. Así tenemos, que hay discrecionalidad cuando se valora; y como bien sabemos, la valoración es una actuación esencialmente subjetiva. En cambio, en la interpretación jurídica hay comprobación objetiva. La interpretación trata más bien de comprobaciones que de valoraciones subjetivas y, por lo tanto, recurribles en apelación y casación. Lo que ocurre, es que muchas veces no se distingue con precisión una de otra.

Sin lugar a dudas el tema de la discrecionalidad de la administración, ha sido y será uno de los temas clásicos y controvertidos en el Derecho Administrativo.

Recordando a GARCÍA DE ENTERRÍA, en su interesante estudio sobre *La Lucha contra las Inmunidades del Poder*, coincido en que la discrecionalidad es una inmunidad arbitrariamente otorgada al poder público para no tener que responder ante el juez de sus actos y para justificar esta doctrina no basta con admitir la posibilidad de revisar judicialmente los llamados actos discrecionales, sino que debe acudirse a otras formas de control, como el de los hechos determinantes o el verificado a través de los conceptos jurídicos indeterminados, de tal forma que ni uno solo de los motivos que pudieran aún escapar a la apreciación judicial, pueda sustraerse de ella. (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1972)

V. Discrecionalidad y el acto administrativo

Las definiciones de Acto Administrativo varían según dónde se ponga el énfasis, ya sea en el órgano que lo dicta, en el contenido del mismo, o en su forma.

El Acto Administrativo, como acto jurídico que es, participa de los caracteres, elementos y clasificaciones de los actos jurídicos (RODRÍGUEZ, 1972) "desde el punto de vista formal, el acto administrativo es aquel acto jurídico que emana de un agente administrativo que actúa en función administrativa. Desde el punto de vista material, es todo acto jurídico con contenido administrativo, en función administrativa, de tal forma que los actos administrativos pueden ser producidos por agentes judiciales o por el legislador. Contrariamente, un agente administrativo puede producir actos jurídicos de contenido legislativo o jurisdiccional. De manera tal, que para lograr una aproximación equilibrada al concepto de "acto administrativo", hay que considerar ambos puntos de vista.

Igualmente, sostiene RODRÍGUEZ que, la doctrina distingue el acto administrativo del acto de administración, considerando a éste como un género, dentro del cual cabe aquel; sustentando que toda actividad del

órgano administrativo es entendida como acto de administración; pero solo algunos actos más relevantes y decisorios, son considerados como actos administrativos. En virtud a esto, los actos que no son de la administración activa (los que no producen efectos jurídicos a terceros, como los conceptos de los órganos consultivos de la administración; los que corresponden a la actividad interna de la Administración; los que se realizan en el anterior del ordenamiento administrativo, siendo indiferentes al derecho, irrelevantes, como las órdenes y circulares internas que se dictan para la mejor distribución y eficacia del trabajo oficial,) son, simplemente, actos de la administración.

Obviando las disputas doctrinarias se puede entender al acto administrativo como "toda declaración unilateral de voluntad realizada en el ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma inmediata". Este concepto de acto administrativo es sostenido, entre otros, por el jurista argentino AGUSTÍN GORDILLO. Es menester señalar que conforme a la jurisprudencia panameña, fielmente representada en la figura del Dr. EDGARDO MOLINO MOLA, "los actos administrativos son la forma principal en que se expresa la función pública administrativa que cumple el Estado y esa función también se expresa por medio de actos materiales, operaciones administrativas, hechos administrativos, vías de hecho, omisiones administrativas y los contratos administrativos (EDGARDO MOLINO MOLA, 2007).

También se puede entender como "Acto jurídico de voluntad, de juicio, de conocimiento o deseo dictado por la Administración Pública en el ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria", definición esta defendida por el profesor español EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA.

Así pues, es una manifestación del poder administrativo, cuya característica es que se adopta en vía de decisión singular, en contra del acto del legislador (Reglamento) que es de carácter general, caracterizado por ser una imposición unilateral, imperativa y con consecuencias jurídicas para el destinatario.

Según ciertos juristas, como el peruano CHRISTIAN GUZMÁN NAPURÍ, el acto administrativo se distingue de otras actuaciones administrativas no solo por su carácter unilateral sino además por el hecho de generar efectos jurídicos específicos o particulares, sobre los administrados, lo cual lo diferencia claramente de otras actuaciones administrativas, como por ejemplo los reglamentos.

Se señala que el acto administrativo es una "declaración de voluntad" para descartar posibles actividades de la administración que no sean específicamente emanaciones de la voluntad estatal. Al decir que es "unilateral" se la diferencia

de otras figuras que sí expresan la voluntad de la administración como son, por ejemplo, los contratos administrativos. Al ser en ejercicio de la "función administrativa", se descarta a las funciones judiciales y legislativas –cabría entrar en el análisis, llegado el caso, de las diferentes concepciones de función administrativa. Y por último, si se dice que "produce efectos jurídicos individuales" para diferenciar el acto administrativo de otras actuaciones administrativas creadoras de situaciones jurídicas para el administrado, como los reglamentos.

VI. La potestad discrecional del acto administrativo en el ordenamiento jurídico panameño

El objetivo de la administración pública es satisfacer los intereses colectivos. En atención a ello, dicta los Actos Administrativos.

Los Actos Administrativos son la forma principal en que se expresa la función pública administrativa que cumple el Estado por medio de actos materiales, operaciones administrativas, hechos administrativos vías de hecho, omisiones administrativas y los contratos administrativos.

El tema del acto administrativo es de suma importancia en el Derecho público, dado que el reconocimiento de un acto como administrativo implica someterlo a un régimen especial que lo diferencia de otras manifestaciones estatales. Es una materia que ha sido muy discutida en la doctrina jurídica, sosteniéndose diferentes definiciones, según sea el concepto que se tenga, en general, de la función administrativa.

En nuestro país, la máxima excerta legal estable en su numeral 14 del artículo 184 que son atribuciones que ejerce el Presidente de la República con la participación del Ministro respectivo..."Reglamentar las Leyes que lo requieran para su mejor cumplimiento, sin apartarse en ningún caso de su texto ni de su espíritu." y en función a ello, la Ley No. 38 de 31 de julio de 2000, publicada en la Gaceta Oficial 24,109 de 2 de agosto de 2000 regula todo lo concerniente al Procedimiento Administrativo.

Vale mencionar que en la República de Panamá, el control de la legalidad del acto administrativo radica en la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, específicamente bajo la jurisdicción contencioso administrativa, en virtud de lo señalado en artículo 206, numeral 2 de la Constitución Política vigente.

Dado que en Panamá, no existen Juzgados y Tribunales Administrativos como ocurre en otros Estados, los ciudadanos que se sienten afectados por un acto administrativo pueden impugnarlo por medio de los recursos gubernativos o

administrativos ante la institución que dictó el precitado acto administrativo.. Luego de agotada la vía gubernativa, la parte afectada tiene que recurrir a la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral de la Corte Suprema Justicia, para solicitar la ilegalidad o nulidad del acto administrativo, sea que viole sus derechos subjetivos (demanda de plena jurisdicción) o el acto administrativo que viole los derechos de la colectividad (demanda de nulidad).

Antes de abordar el tema sobre el control judicial del poder discrecional en el derecho positivo panameño, debo destacar que en tiempos pasados se llegó a decir que todo acto discrecional estaba excluido de ser juzgado, revisado o anulado por otro poder, ya que de ser ello así, dicha facultad discrecional no sería propia de un poder. En la actualidad, el principio vigente que busca asegurar el respeto de os derechos individuales y la supremacía de la Ley, es el de que los actos discrecionales deben estar también sometidos al control de la legalidad.

En nuestro país, ni en la exposición de motivos de la Ley 135 de 1943 Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, ni en el mismo texto de Ley, se hace mención de los actos discrecionales, pero esa omisión no impide que los mismos sean impugnados ante esa jurisdicción.

Independientemente que el Código Judicial en su artículo 97, enumera los casos sobre los cuales, la Sala Tercera ejerce su competencia, es necesario señalar que en Panamá impera el sistema de la Cláusula General. Esto significa que los administrados pueden solicitar la revisión de cualquier acto, aunque no se encuentre entre los enumerados por el artículo citado, y siempre que no esté excluido de manera expresa por la Ley. Por otro lado, hay que tener presente que el artículo 162 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000 – que regula el procedimiento administrativo en Panamá, establece la desviación de poder como vicio del acto administrativo, y este vicio es característico de los actos discrecionales. Resulta oportuno destacar, que desde hace más de medio siglo, el antiguo Tribunal de lo Contencioso Administrativo Panameño en Sentencia de 6 de junio de 1951, tuvo la oportunidad de referirse a la naturaleza jurídica de la facultad discrecional y a la competencia de dicho Tribunal para conocer de dichos actos.

A seguidas, hago mención de algunos precedentes jurídicos de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral de la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá, relacionados con el control de la discrecionalidad en los actos administrativos, a saber:

– Facultad Discrecional de la Autoridad Nominadora para destituir a Servidores Públicos: la Tesis tradicional de la Sala Tercera ha sido la de que las autoridades nominadoras del sector público, gozan de una facultad discrecional para destituir a los servidores públicos que no tienen el estatus de carrera administrativa. (V. Sentencia 20 y 28 de mayo de 2003; 31 de marzo de 2005; 30 de mayo de 2005; 9 de abril de 2008 y 15 de abril de 2009).

– Actos discrecionales en materia de Concesiones de Servicios Públicos de Transporte: en Fallo de 30 de noviembre de 1998, la Sala Tercera estimó que los artículos 2 y 4, numeral 1, de la Ley 14 de 1993, establece la discrecionalidad del Ente Regulador, para otorgar nuevas concesiones y el equilibrio que debe mantenerse entre los intereses de los diferentes sectores involucrados en el servicio del transporte público. Por e los esta discrecionalidad fue limitada expresamente por la ley, estableciendo que no podrá el Estado, a través del ente rector de tránsito y transporte terrestre, incurrir en arbitrariedades.

– Discrecionalidad en las Relaciones Laborales de los empleados de la Autoridad del Canal de Panamá: en sentencia de 19 de marzo de 2009, bajo mi ponencia, se hizo un análisis de la facultad discrecional que el artículo 114 de la Ley 19 de 11 de junio de 1997 – Orgánica de la Autoridad del Canal de Panamá, señala que la Junta de Relaciones Laborales tramitará con prontitud todo asunto de su competencia que se le presente y de conformidad con sus reglamentaciones, y tendrá la facultad discrecional de recomendar a las partes, los procedimientos para la resolución del asunto, o de resolverlos por los medios y procedimientos que considere convenientes, pero no le es dable a dicha Junta utilizar criterios distintos para la solución de los mismos. El precitado Fallo, revocó la Resolución Número 2/2008 de 16 de enero de 2008, y su Resolución Aclaratoria Número 34/2008, de 8 de febrero de 2008. Dentro del Proceso por Práctica Laboral Desleal No. PLD-37/06 interpuesta por la International Association of Firefighters (IAFF) contra la División de Administración de Emergencias y Contingencias de la Autoridad del Canal de Panamá. (ACP).

– Facultad Discrecional en Materia de Contratación Pública: En el Fallo de 6 de abril de 2000, se hizo un análisis jurídico del artículo 48 de la Ley 56 de 1995, mismo que le confería a la autoridad responsable una facultad discrecional , que consistía en que el Estado se reserva el derecho de rechazar una o todas las propuestas, o de aceptar la que más convenga a sus intereses; sin embargo, la Sala Tercera enfatizó que dicha facultad o derecho reservado debe ejercerse sólo y únicamente cuando esta decisión garantice al Estado, sin lugar a dudas, un mejor y mayor beneficio. Ante tal análisis, se señaló que la entidad demandada, Banco Nacional de Panamá, al aplicar la precitada

norma, motivó en forma correcta su decisión y que la misma respondió a los mejores intereses del Estado.

– Facultad Discrecional en Materia de Desviación de Poder: los casos más emblemáticos panameños sobre esta materia son los del 28 de febrero de 1966, por medio del cual la Sala Tercera declaró ilegal el acto expedido por la Universidad de Panamá, por medio de la cual se destituía a la Dra GEORGINA JIMÉNEZ DE LÓPEZ, como Decana de la Facultad de Administración Pública, considerando entre otras cosas que "las autoridades de nuestra más alta Casa de Estudios Superiores había actuado incurriendo en desviación de poder; y en la sentencia de 10 de junio de 1970, la mencionada Sala señaló que era nulo por ilegal el contrato No. 55 de 30 de septiembre de 1968, celebrado entre el gobierno nacional por conducto del CARLOS RAÚL MORENO, aduciendo que dicho ministerio actuó con desviación de poder al comprobarse que gran parte de los lotes concedidos mediante dicho contrato eran tierra firme y los mismo se habían concedido como si fuesen playas. En cuanto a la Desviación de Poder en materia de Pago por Servicios de Publicidad de la Campaña Institucional de Descentralización del Sistema Educativo, la Sala Tercera en Fallo de 11 de noviembre de 1998, analizó en forma diáfana la figura de la desviación de poder tomando como referencia los criterios jurídicos de los más renombrados especialistas del derecho administrativo, concluyéndose que los actos dictados por el Ministro de Educación, al ordenar la confección y difusión de la publicidad gubernamental, no incurrieron en desviación de poder.

– Desviación de Poder por Resolución Administrativa de un Contrato: En Fallo de 14 de diciembre de 2000, la Sala Tercera analizó la actuación jurídica dictada por el Alcalde del Distrito de Panamá, relacionada con la Resolución Administrativa de un Contrato de Suministro, concluyendo que no era ilegal la actuación del funcionario público por haber actuado conforme a derecho.

– Desviación de Poder en Materia de Regulación de Telecomunicaciones: En Fallo de 26 de octubre de 2005, la Sala Tercera confirmó que era legal el Acto Administrativo dictado por el Ente Regulador de los Servicios Públicos, que impuso una multa de Ciento Cincuenta mil balboas (B/ 150.000.00) a una empresa que se dedicaba a la promoción, mercadeo y reventa de servicios de telecomunicaciones sin concesión propia, o sin convenios con el correspondiente concesionario. En el precitado Fallo, se estableció que no se había incurrido en Desviación de Poder, ya que en Ente actuó aplicando en debida forma su Ley Orgánica.

– Desviación de Poder en Materia de Protección Temporal por Razones Humanitarias: En Fallo de 25 de julio de 2006, la Sala Tercera avaló lo

actuado por el Ministerio de Gobierno y Justicia en relación con el Decreto Ejecutivo No. 23 de 10 de febrero de 1998, mismo que desarrolla la Ley No. 5 del 26 de octubre de 1977 que aprueba la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de Refugiado, se derogan el Decreto Ley No. 100 de 6 de julio de 1981, y la Resolución Ejecutiva No. 561 del 9 de octubre de 1984, y se dictan nuevas disposiciones en materia de protección temporal por razones humanitarias.

Observados todos estos aspectos, concluyo señalando que una de las grandes preocupaciones fundamentales del derecho administrativo ha sido la limitación jurídica de la discrecionalidad administrativa. Por lo tanto, el principio fundamental que prevalece hoy día, es el de que ningún acto jurídico debe estar exento del control jurisdiccional. Es importante que todos los administrados estemos dispuesto a defender la juridicidad de la actividad administrativa, para que así se pueda evitar la extralimitación de los funcionarios públicos en el ejercicio de los poderes discrecionales. Ello es así, ya que la tentación del poder discrecional puede causar corrupción entre los servidores públicos si no se ponen en ejecución diversas técnicas para controlarlos. Estimo que así como se deben evitar las arbitrariedades de los servidores públicos en el ejercicio de su poder discrecional, también se debe evitar un control exagerado sobre los actos discrecionales, ya que ello podría ocasionar graves perjuicios a la administración pública, debido a que los administrados, interponiendo muchas veces recursos infundados, harían entorpecer la función administrativa.

Bibliografía

BREWER CARÍAS, A. R.: *Estudios de Derecho Administrativo 2005-2007*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, Venezuela, 2007.

CHACÍN FUENMAYOR, R. de J.: *La discrecionalidad administrativa en el ordenamiento jurídico venezolano)*, Docente-Investigador del Instituto de Filosofía del Derecho "Dr. José Manuel Delgado Ocando", de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad del Zulia. Venezuela, 2005.

FRAGA, G.: *Derecho Administrativo*, Editorial Porrúa, S.A. México, D.F. 1971.

GARCÍA DE ENTERRÍA E.: "La Lucha contra las Inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo", en *Revista de Administración Pública*, No. 38, Madrid, España, 1972

GARRIDO FALLA., F.: *Tratados de Derecho Administrativo,* Volumen 1, Undécima Edición, Editorial Tecnos, Madrid, España, 1989.

GONZÁLEZ PÉREZ., J.: *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, S.A., Segunda Edición, Madrid, España, 1989.

VIDAL PERDOMO, J.: *Derecho Administrativo*, Novena edición, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1987.
JIMÉNEZ MEZA, M. Y OTROS.: *El Nuevo Proceso Contencioso Administrativo*, Tomo I, Editorial Jurídica Continental. San Kosé, Costa Rica, 2008.
MEDINA ALCOZ, L.: *La Responsabilidad Patrimonial por Acto Administrativo*, con prólogo del Doctor E. GARCÍA DE ENTERRÍA. Thompson, Civitas, Editorial Aranzadi S.A., España, 2005
OSORIO ACOSTA, E.: *La Suspensión Jurisdiccional del Acto Administrativo*, Instituto Canario de Administración Pública, Marcial Pons, 1995, España.
OSSORIO Y FLORIT, M.: *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Editorial Heliasta, S.R.L., Buenos Aires Agentina, 1974.
POZO CHAMORRO: *Mi Ecuador*, Diario de Circulación Nacional. Guayaquil, Ecuador.
RAMÍREZ ZAPATA, J. H.: *Curso de Derecho Administrativo General*, Segunda Edición, Imprenta del Departamento de Cali, Santiago de Cali, Colombia, 1973.
VIANA CLEVES, M. J.: *El Principio de Confianza Legítima en el Derecho Administrativo Colombiano*, Universidad del Externado de Colombia, 2007
RODRÍGUEZ, J. A.: *Protección Jurisdiccional de los Administrados*, Editorial Jurídica, Chile 1961.
Ley No. 38 de 31 de julio de 2000, publicada en la Gaceta Oficial 24,109 de 2 de agosto de 2000 que regula todo lo concerniente al Procedimiento Administrativo.
Constitución Política de la República de Panamá de 1972, reformada por los Actos Reformatorios No. 1 y No. 2 de 5 y 25 de octubre de 1978, respectivamente; por el Acto Constitucional aprobado el 24 de abril de 1983; por los Actos Legislativos No. 1 de 1993 y No. 2 de 1994; y por el Acto Legislativo No. 1 de 2004,
Registros Jurídicos de la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá.
Código Administrativo de la República de Panamá.

INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN Y SU CONTROL JUDICIAL

Javier Ernesto Sheffer Tuñón

I. Concepto lato, común y pragmático de Administración Pública

Me corresponde hablarles en este Congreso Paralelo al VIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, sobre la Inactividad de la Administración de cara a las garantías y derechos que tienen los particulares frente a este sector del aparato público, siempre presente en la vida de los asociados, no como cuestión de voluntad, sino por imperativo de la organización social, en el Estado, cultura o pueblo de que se trate, sometido, claro está, a la Constitución y a las reglas del Derecho; en pocas palabras, al imperio de la Ley.

La Administración Pública, en su sentido lato, comprende a todas las ramas del poder público[1] cuyas actuaciones u omisiones quedan de algún modo regidas por el Derecho Administrativo y por ende a las dependencias de éstas, entidades descentralizadas (territorialmente y por funciones) e instituciones públicas en general. Comúnmente, el ciudadano inconscientemente habla o se refiere al Gobierno[2], a esa parcela del poder público que él ha delegado en unos representantes elegidos o designados, perdiendo de vista que el Gobierno es un concepto político jurídico, temporal y muy restringido[3], si es

[1] El Código Procesal Contencioso Administrativo de Costa Rica crea una ficción en su artículo primero para los fines del control de legalidad, y entiende por ello como Administración Pública a la Administración central, los poderes Legislativo y Judicial y el Tribunal Supremo de Elecciones, cuando realicen funciones administrativas; agrega a la Administración descentralizada institucional y territorial, y las demás entidades de Derecho Público.

[2] Según la Ley 38 de 2000 (Art. 201, numeral 8), la Administración Pública, es definida de modo objetivo y de manera subjetiva de la siguiente forma: **"**Desde el punto de vista *objetivo*, es el conjunto de actividades heterogéneas que tienen por finalidad lograr el bienestar social, como son la prestación de servicios públicos, medidas de estímulo a las actividades sociales y medidas de frenos a dichas actividades. Desde un punto de vista *subjetivo*, es el conjunto de organismos o dependencias estatales que forman parte del Órgano Ejecutivo, cuya actividad está encaminada a lograr el bienestar social. *Dentro de este Órgano del Estado, se excluye la actividad de gobierno, que es una actividad netamente política*".

[3] Para el catedrático SÁNCHEZ MORÓN "Gobierno y Administración no son la misma cosa (STC 204/1992, de 26 de noviembre, entre otras), pues la Administración, bajo la superior dirección de aquél, está llamada a cumplir una función propia, institucional, de servicio de los intereses generales con objetividad (art. 103 CE). Habrá de hacerlo ciertamente, cumpliendo las leyes y también las directrices o instrucciones y objetivos que le fijen los órganos políticos y

Cont.

que a la Administración Pública o a las Administraciones Públicas, es a lo que verdaderamente se quiere aludir.

Por ello es que el Gobierno conveniente o inconvenientemente se le atribuye al Órgano Ejecutivo; pero esta forma de ver las cosas es realmente sesgada porque deja de contemplar el abanico de prestaciones, derechos o garantías que tiene a su haber el particular, que no son exclusivas e incluso son ajenas a las prestaciones o competencias de este ente. Como corolario, esta forma de focalizar en el ejecutivo sirve para imputarle, más o menos justificadamente, todas las demandas o la mayoría de las posibles soluciones a los problemas que aquejan a la población en general, o a determinados sectores sociales producto de las promesas de campañas políticas (extremadamente dadivosas en nuestro querido terruño y hasta quiméricas), ya sean éstas anheladas por estratos deprimidos (como barriadas o caseríos marginales, invasores, precaristas), o las expectativas del sector social medio o las de los económicamente más pudientes, que constituyen el grueso de las economías de los países acuñados bajo el signo capitalista o del mercado libre.

Para el sector financiero y para los financistas la Administración del Estado, por ejemplo, viene a ser aquel sujeto que permite la mayor y más fácil operación del tráfico de dinero y las transacciones bancarias. Panamá es un centro bancario de un nivel apreciable en los mercados internacionales. Hoy en día se plantea la revisión del sistema debido a su consideración por la OCDE de paraíso fiscal, junto a un no muy predilecto número de otros países en la mira de dicho organismo.

II. ¿Qué connotaciones ha de reunir el servicio público que requiere o necesita la sociedad concreta?

La pregunta es oportuna por cuanto los días que corren y desde hace algunos lustros atrás existe la arremetida de lo que se dio en llamar neoliberalización, proceso sociopolítico, económico, intercultural, que ya de por sí es complejo, que todavía registra las huellas de sus efectos en todo sentido (positivos y nega-

con fidelidad hacia éstos. Sin embargo, en el ejercicio de su función ha de obrar con criterios no partidistas, sino objetivos e impersonales, de legalidad y eficacia. En conexión con este esquema institucional, lo primero que el artículo 103 CE garantiza es que el personal al servicio de la Administración tiene y debe seguir teniendo un estatuto profesional.
Esta profesionalidad de la función pública, por contraposición a los órganos de elección o designación política (lo que no quiere decir, obviamente, que sus titulares no puedan ser buenos profesionales, pues muchos de ellos se nombran también teniendo en cuenta su capacidad y experiencia en tareas administrativas), se refleja precisamente en algunos de los aspectos esenciales del estatuto a que se refiere el artículo 103.3 CE. En particular, en los criterios de mérito y capacidad como los únicos que deben regir el acceso a la función pública y en la garantía de la imparcialidad del funcionario en el ejercicio de sus funciones". SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho de la función pública*, Editorial Tecnos, 5ta. edición, Madrid. 2008, pág. 46.

tivos); pero que a la postre ha supuesto una prestación de servicios públicos de contenido económico (telecomunicaciones, electricidad, agua potable, hidrocarburos, etc.), en sociedades que han escogido el modelo o las recetas de los organismos multilaterales de crédito, regentados a través de la fórmula concesional, por empresas multinacionales o coligadas con las "nativas", bajo el prisma de facilitar la desregulación y la concurrencia al mercado.

Visto aisladamente esto significa un gran negocio en nuestros países latinoamericanos, que no corren parejo en cuanto al desarrollo económico; pero que sí tienen hondas similitudes en los indicadores de pobreza y la cobertura de los servicios públicos básicos, que ahora son prestados por los otizadotes de la bolsa internacional.

Por ello es necesario el replanteamiento del tipo de servicio público más ligado a nuestra idiosincrasia, de utilidad para ésta, sin que ello signifique el culto a la misantropía o xenofobia, o descarte de la experiencia anterior[4] en la evolución de la "categoría"[5]. Un ejemplo que corre en ese sentido es el que nos comenta Jaime Rodríguez-Arana, quien reseña el caso de la Unión Europea.

El autor refiere al *servicio público universal* "que es un principio del ordenamiento jurídico comunitario que garantiza el acceso a un servicio de calidad especificada, a un precio asequible, a todos los ciudadanos, independientemente de su situación económica, social o geográfica... y agrega que, según el derecho comunitario, todos los servicios que las autoridades nacionales consideren de interés general, tienen obligaciones de servicio público, sean o no de contenido económico"[6].

[4] Al respecto ROJAS FRANCO tras afirmar que la noción del servicio público es histórica y por tanto su "...concepto cambiante como es, debe buscarse en el marco de los fines generales del Estado, en cada tiempo y lugar, sin que por inaugurar una nueva tesis, se desprecien y olviden las añejas como su eterna y perenne esencia..." ROJAS FRANCO, E.: "Las nociones contemporáneas del servicio público y su regulación por las agencias" en *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, No. 3, 2003, pág. 51.

[5] Dentro de este contexto y hacia la búsqueda de nuevas concepciones que respeten la identidad latinoamericana, es posible intuir la necesidad de las nuevas perspectivas que supone la atención a las necesidades sociales pero bajo el prisma de lo apropiado, sin recetas prefabricadas que no se ajusten a nuestro malestar, incluso si ello supone, como es lógico pensar, el cambio o por lo menos la modificación sustancial del paradigma hasta ahora vigente. Por ello comulgo con la opinión de Rodríguez-Arana cuando comenta que "algunos autores piensan que la pérdida de la noción clásica del servicio público es poco menos que una traición al derecho administrativo. Quienes así piensan... no son conscientes de que precisamente a través del alumbramiento de nuevos conceptos como el del servicio público de interés general, o el del servicio público de interés económico general el derecho administrativo, nuestra disciplina, está recobrando el pulso y adquiriendo protagonismo desconocido... se trata de registrar el nacimiento de un nuevo derecho administrativo que, a través de nuevas instituciones, sigue buscando, como ansiaba VON IHERING, la mejor regulación del interés general", Cf. "Ars Iuris", Facultad de Derecho, Universidad Panamericana, pág. 279.

[6] RODRÍGUEZ-ARANA, J.: "El Derecho Administrativo en el Siglo XXI: Nuevas Perspectivas", en *AÍDA. Ópera Prima de Derecho Administrativo*, Opus No. 3, enero-junio de 2008, *Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo*, pág. 310.

Este servicio público universal es plasmado en el Libro Verde de la Comisión Europea, al igual que distingue entre cinco (5) conceptos, tales como: Servicio de interés general, servicio de interés económico general, servicio público, obligación de servicio público y empresa pública[7]. Aún no se vislumbra un acuerdo teórico doctrinal sobre estas nociones; pero lo importante que deseo reseñar es la búsqueda de la pertinencia de conceptos que sean cónsonos con la salud y el beneficio de la colectividad, sin que importe significativamente que la prestación del servicio sea por el ente público o un concesionario.

Como se plantee, la Administración Pública, a contra partida de los Gobiernos, es permanente o constante, y está de modo ineludible vinculada a los quehaceres del diario vivir. De ella el conglomerado, los grupos intermedios (usuarios y asociaciones de consumidores, la "sociedad civil" organizada) y por qué no el individuo aisladamente considerado (el sujeto de derechos y obligaciones), requieren prestaciones; pero no cualquier tipo de prestación o beneficio de parte del prestador; sino servicios con la accesibilidad, amplitud, extensión, regularidad y calidad debidas. Que tome en cuenta la *dignidad* de la persona humana y refleje los signos del desarrollo económico, el impacto de las inversiones públicas (carreteras, puentes, transporte público seguro y eficiente, salubridad, telecomunicaciones, programas para adquirir vivienda o una parcela de tierra para constituir familia propia, suministro de agua potable, electricidad, atención médica y adquisición de medicamentos, etc.).

He aquí el punto medular: el por qué o para qué de la intervención de la Administración. Esto es lo que los conocedores doctrinarios de la gerencia pública y del Derecho Administrativo han entendido que ésta tiene un carácter instrumental, servicial; no es un fin u objetivo en sí misma de la organización social sino una herramienta o medio para obtener objetivos de utilidad colectiva o pública, en que resuena el interés público o bien común.

Sobre el concepto de *interés público* vale acotar lo que ha reseñado la Sala Tercera de la Corte Suprema, con ocasión de los contratos administrativos[8],

[7] Ibídem, pág. 309.

[8] En sentencia de 15 de diciembre de 1995, la Sala Tercera expresó al respecto: "Sobre el interés público como nota característica en los contratos administrativos ESCOLA manifiesta, que 'los contratos administrativos, siendo como son una parte o forma de la actividad administrativa, tienen una finalidad específica y propia, distinta de la que es inherente a la generalidad de los contratos de derecho privado, y que no es otra que la satisfacción y el logro del interés público, de las necesidades colectivas, siendo esa finalidad, precisamente, la que les da y define su naturaleza jurídica como tales y los efectos y consecuencias que le son específicos.' (ESCOLA, J. H.: *El interés público como fundamento del derecho administrativo*, Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1989, pág. 160).

Como contrato administrativo que es, al Contrato Nº F. P. 85-714 del 25 de julio de 1985 le son aplicables las normas del Código Fiscal y las disposiciones orgánicas de los entes públicos cuyos

Cont.

toda vez que esa connotación especial es la que sigue prevaleciendo en nuestro régimen de contratación estatal, pese a que ha recibido acentuadas modificaciones a través de la Ley 56 de 1995 y la actual Ley 22 de 2006, que sustituyó a la primera. Con el régimen contractual implantado por la Ley 56 se apostaba a la "huida del derecho administrativo"; pero el paso del tiempo y las necesidades de un sistema de *transparencia* en la disposición de fondos y bienes públicos, que esté presente en el procedimiento precontractual y luego en la etapa de cumplimiento del contrato celebrado entre el contratista y el Estado, da lugar a pensar y reconocer conforme a esa realidad, que es imperioso mantener la vigencia de las cláusulas exorbitantes que estos contratos suelen contener[9]; sin que ello suponga un abuso o desequilibrio contractual en perjuicio del cocontratante, que de presentarse puede ser objeto de control mediante el contencioso administrativo.

El carácter de permanencia y regularidad de la Administración en nada supone su anquilosamiento a modelos pétreos o costumbres burocratizadas; antes bien implica el motor cambiante y a tono con las exigencias de todos los interlocutores sociales, sobre todo en este mundo contemporáneo sometido a los más volátiles y vertiginosos cambios, que exigen del Derecho Administrativo eficiencia y un adecuado ajuste; pero más que todo pertinencia de las herramientas con que se hacen los ajustes que requiere toda modificación. Ésta es la idea más sensible de la movilidad de la Administración, de su carácter orgánico, de un ente viviente, y directamente

representantes legales intervinieron en la formación del contrato, de acuerdo con el artículo 64 del aludido Código, que menciona a manera de ejemplo algunos de los contratos administrativos que deben sujetarse a sus disposiciones. El artículo 64 recién mencionado, dispone claramente que las disposiciones de derecho privado, como las que el demandante cita en su libelo, pueden aplicarse siempre que no se opongan al interés público (literal b) y, en el presente caso, es evidente que tales normas son contrarias al mismo, pues, a través de las ellas se pretende la reincorporación de un funcionario a un cargo que sólo puede llenarse mediante concurso, que sí le exige al resto de los galenos y obviando por completo el hecho de que el Doctor GUELFI AGUILAR completó su segundo período de residencia al concluir sus estudios de Maestría en Psiquiatría mientras ocupaba el cargo de Médico Residente". Caso: Jorge Lombardo, actuando en nombre y representación del señor FRANK ULISES GUELFI AGUILAR, interpuso ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia demanda contencioso-administrativa de plena jurisdicción para que se declare nula, por ilegal, la negativa tácita por silencio administrativo en que incurrió el señor Ministro de Salud al no resolver las peticiones hechas mediante Nota del 1º de agosto de 1994 y para que se hagan otras declaraciones. MP. MIRTZA DE AGUILERA.

[9] DROMI señala que los "principios de la autonomía de la voluntad e igualdad jurídica de las partes quedan subordinados en el contrato de la Administración. Es el **interés público** el que prevalece sobre los intereses privados o de los particulares. En consecuencia, la Administración aparece investida de una posición de superioridad jurídica y de prerrogativas en cuanto a interpretación, modificación y resolución del contrato en virtud de las 'cláusulas exorbitantes al derecho común' que éste contiene. En suma, señala este autor argentino, esas prerrogativas de la Administración se manifiestan en la **desigualdad jurídica de los contratantes** y en las **cláusulas exorbitantes del derecho común**". DROMI, J. R.: *La licitación pública,* 4ta. reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires. 1989, pág. 80.

estimulada por el fin constitucional que le sirve de sustrato o apoyo para su magna actividad y tareas.

Decir, por ejemplo, que la Administración *sirve con objetividad los intereses generales*, como pregona la Constitución española, es una descripción más atinada que la que contiene nuestra Constitución en su artículo 17, que por cierto viene a parafrasear y completar un objetivo previsto desde antaño por el Código Administrativo (Art. 752), en cuanto a que las autoridades están instituidas para proteger en su vida honra y bienes a los nacionales dondequiera que se encuentren, como a los extranjeros que estén en su territorio, además de cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes de la República.

Resulta más propia que la nuestra en cuanto comunica más allá de la legalidad a la que se restringe la Carta Magna panameña, la idea que no importa el sector social del que se trate, a éste le corresponde una cuota proporcional y equitativa de estímulo de las políticas públicas para apoyar su avance o desarrollo, fundado en el concepto, por lo menos teórico, de compartir la riqueza social generada.

III. El sujeto central: la persona humana

Los derechos humanos ocupan un papel importante toda vez que si el centro o beneficiario principal del servicio de la Administración es el ser humano, habría que considerar la forma cómo la inactividad de aquélla incide sobre tales derechos, que la ciencia jurídica califica como humanos o fundamentales, integrados en el patrimonio de toda persona por el solo hecho de serlo, y que merecen una tutela frente a la *inactividad* de la Administración, cuando ésta, se presenta, se hace patente en las formas que fuere, lesionando esa aspirada tuición y, sobre todo, los intereses y necesidades de los concernidos.

La Administración servicial, estimuladora de la producción de bienes y servicios o simplemente ante una función prestacional como el debido goce de un procedimiento administrativo eficiente y de duración razonable, constituyen elementos esenciales en el Estado de Derecho.

Qué recurso cabe al individuo o grupo de personas ante la carencia en la prestación del servicio público de transporte en el área en la que residen; ante la tragedia que supone transitar en automóvil o a pie diariamente por calles que son como cráteres y ocasionan daños mecánicos a los vehículos, circunstancias que como contrapartida justifican, en apariencia, el clásico “no voy” de los taxistas, entre otras muchas omisiones en la ejecución de obras de indudable interés colectivo o general.

Las formas de controlar la inactividad administrativa sigue preocupando no sólo a los académicos que procuran encauzar dentro de la legalidad esa inacción o pasividad, si ésta es generadora de afectación a terceros. De esto resulta que la fuente motiva primaria para encontrarle mejores formas de control radica en la necesidad sentida de los asociados, además, si individualmente es altamente probable que cada uno de nosotros hallamos sido afectados por dicha irregularidad.

Tradicionalmente se ha hecho una escisión entre inactividad material e inactividad formal, no porque sean incompatibles entre sí; la realidad demuestra lo contrario porque pueden coexistir.

IV. Tipos de inactividad administrativa

A. Inactividad material

Es un no hacer del ente público, una pasividad que desdice del *liderazgo*, la eficiencia y eficacia que como principios, entre otros, presiden la gestión pública.

Por cierto, este tipo de inactividad está muy difundida en nuestros pueblos; no se limita a la omisión o defectos en la construcción de obras (con lo que se suple un servicio a la población) sino que puede consistir en la abstención de proveer las medidas de fomento o estímulo que el plan de desarrollo o inversión pública contempla, por ejemplo, para el agro, la industria, el comercio en general, o en el supuesto también posible si omite corregir el rumbo de acción cuando aquellas no son las apropiadas.

La inactividad material incluye el simple concepto material de la omisión, el no hacer, como señala NANCLARES TORRES[10]. La omisión no sólo puede estar ligada a la rama ejecutiva sino además a todos aquellos organismos públicos y personas privadas, cuando éstas ejercen funciones administrativas.[11]

Entiendo que cada vez que haya la ocasión de que la Administración salve o suprima un obstáculo para la buena marcha del sector o grupo social que corresponda, o respeto de los derechos o intereses legítimos de la persona individualmente considerada, estamos en presencia de una inactividad de tipo material, sobre todo si existen normas constitucionales, legales o reglamentarias, un acto de contenido individual, contrato o convenio, que así lo impelen, por lo menos, como principio.

[10] Cf. NANCLARES TORRES, M. R.: *Acciones de cumplimiento ambiental*, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 1995, pág. 13.
[11] Ibídem, págs. 13-14.

Y aquí aludo a las disposiciones programáticas o normas programa de la Constitución, muy comunes en nuestras extensas constituciones latinoamericanas, que incluyen un recetario prolijo de cometidos institucionales de claro contenido prestacional material y aun cultural, como promoción del pleno empleo, eliminación del faltante habitacional, gratuidad de la educación básica, salud integral para la población. Tal es el ejemplo de la reciente Carta de nuestro hermano país Ecuador, que contiene un título sobre el "Régimen del Buen Vivir" como haber de los ecuatorianos, que implica todo un sistema en el que se articula un plan de desarrollo nacional y de descentralización participativa, guiado por los principios de universalidad, igualdad, equidad, progresividad, interculturalidad, solidaridad y no discriminación, destinado a funcionar bajo criterios de calidad, eficiencia, eficacia, transparencia, responsabilidad y participación[12].

Frente a la inactividad material de la Administración los individuos en sus comunidades y los grupos de presión como Sindicatos (ante el aumento de la canasta básica de alimentos y otras pretendidas conquistas), asociaciones conservacionistas, de consumidores o de usuarios de servicios públicos, han adoptado medidas de fuerza como recurso. La omisión del ente público auspicia huelgas (impropiamente denominadas paro) el cierre de calles, con secuela de afectación a terceros (con daños económicos y morales); pero que en último grado ha tenido como respuesta de la Administración si no la completa solución del reclamo, por lo menos paliativos a los mismos.

1. Atención a la Gobernanza

Consciente o inconscientemente se está propiciando en la población la cultura del choque o fuerza para obtener simples respuestas lógicas, porque a veces eso es lo que desea la población; pero sobre todo realistas de parte de las autoridades.

La Administración ha de aprender como herramienta de su liderazgo social a escuchar los síntomas atendibles provenientes de las necesidades del pueblo. Comporta esto un elemento: la *gobernabilidad* en nuestras jóvenes democracias representativas, que incide directamente en lo jurídico versus el grado de satisfacción de las aspiraciones naturales del ser humano en sociedad.

La intervención de la jurisdicción contencioso administrativa, más que preventiva, para conjurar la omisión y obligar a la Administración a que actúe conforme a sus deberes, es de carácter *resarcitorio* por medio de las

[12] Constitución de 2008, sancionada por el pueblo en el 2009, artículo 340. Publicación Oficial de la Asamblea Constituyente.

demandas de indemnización directa, caso típico –que todavía está en la palestra pública- ha sido el incendio, en el año 2006, de un Bus de transporte público de pasajeros, en el que fallecieron una veintena de panameños y otros más resultaron con quemaduras de diverso grado, estando las demandas por responsabilidad administrativa contra la Autoridad de Tránsito y Transporte Terrestre (ente regulador) pendientes de decisión. Otro asunto ligado a esto es el envenenamiento masivo por medicamentos suministrados por la Caja de Seguro Social (CSS) con *dietilenglicol*[13], que ha significado, según cifras conservadoras, la muerte de más de un centenar de personas.

En este último sentido, es mencionable el caso de la sobrerradiación a pacientes del Hospital Oncológico Nacional, a inicios de la presente década, que para algunos expertos significó la muerte prematura o adelantada de los enfermos de cáncer que fueron expuestos a esa terapia excesiva.

Estos tres últimos ejemplos pueden estar más relacionados con el *mal funcionamiento del servicio público* de transporte y de salud, respectivamente; pero en ciernes de su desarrollo existe una clara omisión de la Administración en prevenir los efectos, ya sea por no ejercer los controles que las leyes y los reglamentos ordenan (revisión mecánica del autobús y su sistema de enfriamiento; examen minucioso de la calidad de los componentes antes de la preparación en laboratorio de los medicamentos; calibración apropiada de los instrumentos a través de los cuales se aplicó la terapia radiactiva), o por la simple negligencia en la prestación del servicio, lo que indica una omisión en ser diligente.

Sin perder de vista que puede ocurrir la mezcla o combinación de actividad formal y material es útil destacar algunas formas de *inactividad material*:

2. Formas de inactividad material

a. Inactividad en la expedición de un acto administrativo: Es la fórmula común o general en que la Administración estando obligada a dictar el

[13] *Propiedades químicas:* Es un líquido viscoso, incoloro e inodoro de sabor dulce. Es higroscópico, miscible en agua, alcohol, etilenglicol, etc. Posee una densidad de 1,118. El punto de ebullición es 244-245 °C. *Farmacocinética*: Se absorbe rápidamente por las vías digestivas y respiratorias y por contacto prolongado por la piel. El mecanismo de metabolización es llevado a cabo en el hígado y riñón. Una parte se metaboliza a agua y dióxido de carbono y etilenglicol. Los pasos posteriores son los mismos que los del etilenglicol, con la formación de ácido glicólico y ácido oxálico. Por otro lado también se sostiene que el metabolismo del **dietilenglicol** podría ocurrir por una vía diferente, con la formación de ácido etoxihidroxi-acético (HEAA) en el hígado, que provoca la acumulación intrahepatocítica del HEAA, llevando a la muerte celular de las células de hígado y de los túbulos renales. Dicho mecanismo justificaría la no aparición de cristales de oxalato en algunos casos de intoxicación y la aparición de daño renal y hepático. Cf. http://es.wikipedia.org/wiki/Dietilenglicol.

resultado natural del procedimiento administrativo, omite la expedición del acto mediando petición al respecto (silencio administrativo sustantivo), o de la decisión que resuelve un recurso (silencio administrativo procesal).

b. Omisión en la expedición de normas de carácter general: Ocurre con no poca frecuencia que la Asamblea dicta la Ley que requiere ser completada a través de un reglamento ejecutivo y el órgano competente para ello no lo hace. Esto ha llevado al legislador a colocar una cláusula en el articulado imponiéndole un plazo al ejecutivo para que desarrolle la Ley para su mejor cumplimiento, sin apartarse de su texto o espíritu, como manda el precepto constitucional.

Un ejemplo visible fue el caso de la Ley 9 de 1994 sobre carrera administrativa, cuyo reglamento no fue expedido sino casi 3 años después de haber sido creada aquélla. La Ley estaba vigente pero no gozaba de eficacia.

c. Inactividad en la creación de organismos públicos: Consiste en la no creación de organismos necesarios para el cumplimiento de las tareas públicas, comparto que si bien esto puede estar relacionado con la denominada discrecionalidad administrativa, no es tan cierto cuando por ejemplo, convenios o tratados internacionales imponen obligaciones a las partes que inciden sobre la estructura administrativa, caso del tratado constitutivo de la Organización Mundial del Comercio o Acuerdo de Marrakech.

La acotación es elemental: si se ha participado en un proceso negociador del cual surgió el convenio internacional, muestra indudable de la manifestación de voluntad o consentimiento por los suscriptores (tanto de las obligaciones como derechos que de él puedan dimanar), qué lógica tiene no adoptar las medidas administrativas o presupuestarias para crear los órganos que hagan viable en la práctica la ejecución del mismo?

d. Inactividad en la prestación de un servicio público: Como su descripción lo indica, consiste en la omisión en la prestación de un servicio a la población. Como ejemplo está el anhelado alcantarillado sanitario; la dependencia pública que debe construir este tipo de estructura que incide en la salud de la colectividad, no suple a cabalidad el mismo, y sólo se conforma con mantener un déficit de tuberías conductoras de agua potable.

En igual sentido puede mencionarse el reclamado saneamiento de la Bahía de Panamá, que con la reciente creación de la “Cinta Costera” fueron colocadas colectoras para tal proyecto; sin embargo, lamentablemente, la afectación del ambiente es un mal que todavía resienten lugareños y extranjeros, en tan atractivo lugar de esparcimiento.

La incertidumbre que me asalta es si podemos considerar esto como un tipo de inactividad material cuando es un hecho notorio que se adelantan trabajos para la prestación del servicio. Creo que sí porque una cosa es la interrupción o deficiencia en la prestación de un servicio público y otra distinta es no poder decir que se ha gozado alguna vez de dicho servicio[14].

e. Inactividad en la defensa de derechos e intereses: Hoy en día la Administración tiene bajo su cargo, entre otros rubros, la preservación del medio ambiente y de zonas protegidas cuyo daño, según la ficción jurídica, implica un perjuicio para los asociados en general, a través de lo que se denomina un interés difuso. El no ejercicio de los poderes de policía para preservar los ecosistemas es un caso típico de inactividad material en este sentido.

Recordemos que como nos dice XIOL RÍOS, en general, "el intervencionismo administrativo provoca la existencia de categorías de sujetos con intereses comunes casi en todos los sectores culturales, profesionales y económicos... La sociedad de masas se singulariza finalmente por los fenómenos del urbanismo y de la industrialización. El primero de ellos provoca la existencia de grupos que también se pueden caracterizar como minorías con situaciones, actitudes e intereses comunes ante la concentración demográfica en las grandes ciudades y todo lo que ello comporta: usuarios de servicios de suministro y de transporte, inquilinos, participantes en el tránsito por las vías públicas, grupos urbanos marginales. El propio urbanismo, y la industrialización, por otra parte, amén de generadores de minorías necesitadas de protección social, explican la existencia de grandes grupos de personas cuya característica radica en su interés por la salud, por la regularidad en la fabricación y distribución de bienes de consumo, por la racionalidad en la planificación de las ciudades y por la preservación de la naturaleza y del medio ambiente"[15].

f. Inactividad en la ejecución de sentencias judiciales: Éste es el Talón de Aquiles o uno de los talones de Aquiles del sistema contencioso administrativo patrio. ¿Cómo hacer que la Administración cumpla en un término perentorio, que según la Ley es de cinco (5) días luego de haber recibido comunicación formal de la sentencia de condena o declarativa dictada por la Sala Tercera[16]?

[14] Sin perjuicio de que en el pasado ante la ausencia de la gran cantidad de edificaciones y de población, los efectos de esa contaminación fueran casi irrelevantes. El crecimiento de la metrópolis ha producido todo lo contrario, incluso con la imposibilidad de utilizar las aguas como balneario por los altos niveles de toxicidad.

[15] XIOL RÍOS, J. A.: *El precedente judicial y otros estudios sobre el proceso administrativo*, Fundación Beneficentia et Perita Iuris, Madrid, 2005, págs. 80-81.

[16] Impropiamente, la versión original del artículo 99 de la Ley 135 de 1943, orgánica de lo contencioso administrativo, se refería al término de 5 días; pero contados a partir de la ejecutoria *Cont.*

En la práctica, el cumplimiento de este término se ha convertido en un sueño de opio.

La Administración no sólo omite dar cumplimiento a las sentencias contenciosas; sino que antepone lo que a su criterio viene a ser una validación u homologación de lo resuelto por el máximo Tribunal, a través de una suerte de trámites internos, que genera un nuevo proceso como secuela de dicha ilegal homologación.

Ya va siendo hora de que se adopten medidas más eficaces para salvar el aparente escudo que produce la constitucionalizada separación de los órganos del poder público. Esta tesis ya ha sido superada por una armonización de funciones dentro del contexto de un poder delegado por el pueblo; pero resulta que ese pueblo al acudir ante la Administración se encuentra con que ha sido *desapoderado de hecho* por funcionarios burocratizados que desatienden el llamado de servicio público y del debido proceso, porque una sentencia incumplida no es más que una flagrante infracción de la tutela judicial efectiva, que en su seno abriga al debido proceso legal.

Sin duda esto es parte de la necesaria reforma del contencioso administrativo para que incluya supuestos como los de reintegro de funcionarios con el pago de salarios caídos, en que el propio Tribunal pudiera sustituir a la Administración contumaz colocando físicamente en su puesto de trabajo al servidor restituido, o que ordene al Banco Nacional, como depositario de los fondos públicos, a que entregue al demandante la suma a la que asciende la condena pecuniaria.

O en otro giro, que se cree un sistema de ejecución de sentencias contra el Estado acorde con la realidad de la hora que vivimos y de los procesos contencioso administrativos, tal como ha sido incluido en la reciente legislación de la materia en Costa Rica[17]. Procesos que, aunque comparativamente duran menos que los procesos civiles, implican gran cantidad de gastos para las partes, que no se ve compensado siquiera porque no es posible la condena en costas contra el Estado, y por una suerte de equiparación, también se ha eximido de ser condenado en costas al particular que litiga contra la Administración[18], y entiendo que por analogía, a los litigantes privados que acuden a la jurisdicción por razón de sus propios intereses[19].

de la sentencia, cosa que fue reformada por la Ley 33 de 1946, para establecer con mejor tino que ese cumplimiento se debe dar dentro de dicho término no obstante que se empieza a contar "desde la fecha en que el Tribunal se la comunique, las medidas necesarias para el debido cumplimiento de lo resuelto".

[17] Código Procesal Contencioso Administrativo, aprobado mediante Ley 8508, de 24 de abril de 2006, que entró en vigencia el 1 de abril de 2008.

Esta medida considero que no tiene asidero en el *interés público* que pudiera alegarse como defensa del fisco; es más, puede ser una especie de incentivo implícito a la irresponsabilidad de la Administración y su estatus indemne ante los hechos u omisiones arbitrarios que irrogan perjuicios a los administrados, cuyos costes dentro del proceso que es el ámbito natural para dilucidar las controversias civilizadamente, prohíbe la condena en costas al Estado.

g. Inactividad de tipo político: Ocurre cuando, por ejemplo, en el derecho colombiano, el Presidente debe designar un Ministro y no lo hace. Como nos comenta NANCLARES TORRES, más que de derecho éste es un asunto de cariz político, y muchas veces ha derivado en mecanismos constitucionales de responsabilidad pública[20].

B. Inactividad formal

Con la más frecuente de las ocasiones, se aprecia cómo la Administración deja de hacer lo prescrito por la Ley, retrasando la solución o decisión a una solicitud o petición de los particulares en un asunto o procedimiento que es de su interés o que involucra un derecho subjetivo. Simplemente no se pronuncia, calla, estando obligada por mandato constitucional desarrollado en la Ley, a dar respuesta al peticionario o recurrente. Observo que en relación con la primera variante de inactividad material ésta se distingue de aquélla en que la Administración no plasma en blanco y negro el acto.

Aquí la presencia omnímoda de la Administración, por ser inevitable, es doblemente perjudicial, en cuanto omite hacer lo que legal o reglamentariamente está obligada, y por otro lado infunde sobre costos y dilaciones no debidas a la persona que reclama ante ella.

Ésta es la clásica *inactividad formal* de la Administración, que coincide circunstancialmente con su silencio displicente y gravoso, porque el particular en la búsqueda de un pronunciamiento que obligue a aquélla, ha de acudir a la vía jurisdiccional contencioso administrativa, para que se pronuncie sobre la negativa tácita por silencio; omisión que además de tener que soportar, debe probar convincentemente ante la Sala o Tribunal de lo Contencioso aquel mutismo.

[18] Cf. Artículo 1077, numeral 1, del Código Judicial. Antes de esta norma, La Ley 135 de 1943 preveía la condena en costas al demandante perdidoso en su artículo 68, que luego fue reformado por el 41 de la Ley 33 de 1946, sin sustanciales cambios.

[19] Regulaciones más realistas como la de Colombia prevén la condena en costas a la parte perdidosa, salvo en las acciones públicas (Art. 171 del Decreto 01 de 1984, tal como quedó al ser modificado por la Ley 446 de 7 de julio de 1998. Cf., asimismo, el artículo 193 del Código Procesal C.A. de Costa Rica (Título X sobre "efectos económicos del proceso").

[20] Cf. NANCLARES TORRES. Op Cit., pág. 16.

Por otro lado, gravita la expectativa de que este control o revisión reciba una declaratoria de ilegalidad que lo invalide y reconozca la indemnización, reparación o restablecimiento del derecho que corresponda, según lo aspirado y probado a los magistrados; batalla onerosa, al tomar en cuenta las garantías que protegen al Estado o por lo menos dificultan considerablemente el acceso a la tutela judicial.

1. ¿Es el silencio administrativo realmente una garantía procesal a favor del particular?

La pregunta la considero válida y pertinente en la medida que muchas veces tener que acudir a la revisión judicial de la omisión administrativa, denota que algo pasa con los operadores de la Administración, con los servidores públicos quienes no sustancian las peticiones o recursos dentro del término estipulado en la Ley. En Panamá, la regla es que transcurridos dos meses sin que haya respuesta desde que se presentó la petición que compromete un derecho subjetivo o interés legítimo del particular, o desde haber sido interpuesto el recurso de reconsideración o apelación, o ambos[21], se entiende negada la respectiva petición o recurso, agotándose así la vía por silencio[22].

En principio, el silencio conlleva que se le pone un término a la inactividad de la Administración, es decir, ésta no tiene el carácter *sine die*; pero al mismo tiempo supone que a ciencia y paciencia los servidores conocedores que el silencio tiene efecto desestimatorio de la pretensión o recurso, dejan transcurrir el plazo tratando como el más abierto de los desprecios los derechos de los asociados, y en concreto, de aquel que se ve envuelto en tan lamentable circunstancia.

Son excepcionales los casos en que al silencio administrativo se le asigna un efecto estimatorio (positivo) de la pretensión del particular; lo que viene a reforzar el criterio de exigir mayor responsabilidad a los tramitantes de los asuntos y jefes de despacho para la resolución pronta de éstos[23].

[21] Cf. Art. 200, numerales 1 y 2 de la Ley 38 de 2000.

[22] De conformidad con el numeral 104 del artículo 201, de la Ley 38 de 2000, el silencio administrativo es definido como: "Medio de agotar la vía administrativa o gubernativa, que consiste en el hecho de que la administración no contesta, en el término de dos meses, contado a partir de su presentación, la petición presentada o el recurso interpuesto por el particular. De esta manera, se entiende que la administración ha negado la petición o recurso respectivo, y queda abierta la vía jurisdiccional de lo contencioso-administrativo ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, para que si el interesado lo decide, interponga el correspondiente recurso de plena jurisdicción con el propósito de que se le restablezca su derecho subjetivo, supuestamente violado".

[23] De conformidad con el artículo 157 de la Ley 38 de 2000, el silencio se entenderá positivo, sin denuncia de mora, cuando así se establezca por disposición expresa. Si las disposiciones no establecen un plazo especial, éste será de dos meses, contado desde la fecha en que se presentó

Cont.

Basados en esta innegable razón de índole práctica es que algunos autores han sugerido la no necesidad del agotamiento de la vía administrativa, para poder acudir al Juez natural de la Administración, que revise sus acciones u omisiones ilícitas. Argumento que aparentemente tiene justificación para ser atendido; no obstante, por lineal y pragmático le resta entidad al principio de una Administración supeditada al imperio de la legalidad, y no a la discrecionalidad mal entendida, la arbitrariedad y falta de ética y compromiso de sus funcionarios[24].

Actualmente, y tal vez como nunca antes, asistimos a una *juridización* de la ética en el especio público. DELPIAZZO recalca que es una exigencia del obrar de los funcionarios cualquiera sea su jerarquía, especialmente los que participan del ejercicio del poder, y como fin de la actividad administrativa[25].

Un paso significativo en este proceso, fue la obligación impuesta mediante Ley 6 de 2002, comúnmente denominada de transparencia en la gestión pública, a todos los órganos del Estado e instituciones en general de publicar en la Gaceta Oficial sus respectivos Códigos de Ética[26].

No es ético que por impericia o falta de responsabilidad el funcionario deje invernando un expediente, sin justificación válida. Tal comportamiento es de signo contrario al principio comentado y revela, además, deshonestidad de quien incurre en ello.

---

la petición o recurso. Esta norma no distingue si la disposición que habilita el efecto positivo del silencio debe ser una Ley o precepto de igual valor, o si esa calidad jurídica puede ser establecida por un acto de contenido normativo (Reglamento). Yo me expido porque sea una Ley o acto de igual valor el instrumento que asigne efecto positivo al silencio, para evitar posibles desgreños en la dictación de normas reglamentarias que enturbien o perjudiquen el interés público (caso, por ejemplo de los municipios, que ante la omisión del otorgamiento de un permiso de construcción -edificación- éste se entienda concedido por el solo transcurso del tiempo, sin atender la posible lesión a las normas sobre uso de suelo, derechos de los vecinos, entre otros factores a considerar).

[24] Ha dicho en esta senda que el principio de la Administración ajustado a derecho prohíbe que las leyes y demás disposiciones basadas en ellas permanezcan incumplidas. Max Imbodem, citado por NIETO, A.: *La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo*, pág. 77.

[25] Cf. DELPIAZZO, C.: "Regulación jurídica de la ética pública", en *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, No. 3, 2003, págs. 27-28. En Panamá, mediante Decreto Ejecutivo No. 246, de 15 de diciembre de 2004, se dicta el Código de Ética Uniforme para los servidores del "Gobierno Central"; no obstante del articulado de este instrumento se desprende que su ámbito de aplicación es mucho más extenso, abarcando no sólo a la administración central sino a las entidades autónomas, semiautónomas, empresas estatales y mixtas con participación estatal mayoritaria (Art. 1).

[26] Cf. Art. 27 de la Ley 6, de 22 de enero de 2002.

V. Énfasis en los mecanismos que exigen responsabilidad a los funcionarios por inactividad

Cabe así poner énfasis en los criterios de responsabilidad respecto de aquellos servidores que dejan adormecidos los expedientes sin resolución perentoria a los particulares. A este clamor responden los artículos 43 y 44 de la Ley 38 de 2000, a saber:

> **Artículo 43.** Al servidor público infractor de las disposiciones sobre el derecho fundamental de petición se le impondrán las siguientes sanciones, de oficio o a petición de parte:
> 1. Amonestación escrita, la primera vez;
> 2. Suspensión temporal del cargo por diez días hábiles, sin derecho a sueldo, en caso de reincidencia durante el mismo año;
> 3. Destitución, en caso de volver a cometer la falta disciplinaria; y
> 4. Destitución, si el funcionario incurre en infracción a lo dispuesto en este artículo en tres ocasiones distintas, sin consideración al año en que realice la falta.
> Las sanciones antes descritas serán impuestas por el superior jerárquico, respetando el debido proceso y mediante resolución motivada que deberá ser agregada al expediente personal del funcionario sancionado.
>
> **Artículo 44.** Toda persona que haya presentado una petición, consulta o queja tiene derecho a conocer el estado en que se encuentra la tramitación, y la entidad pública correspondiente está en la obligación de informarle lo pertinente en el término de cinco días, contado a partir de la fecha de su presentación. *Si la entidad no pudiese resolver la petición, consulta o queja dentro del término señalado en la ley, la autoridad responsable deberá informar al interesado el estado de la tramitación, que incluirá una exposición al interesado justificando las razones de la demora.*

Estas normas han significado un avance importante para tratar de conjurar la letanía e incumplimiento de sus deberes por parte de los funcionarios; sin embargo, queda mucho por hacer en el tema de la capacitación constante al personal que tramita los asuntos administrativos, que incluye al Jefe o Director de Despacho, toda vez que en ejercicio de su función fiscalizadora y de gerencia debe saber el efecto sancionador de normas que han sido diseñadas para la buena marcha de la función pública.

Todo indica que no basta con que una norma esté vigente si ésta no ha calado en la conciencia de sus destinatarios, o por lo menos que existan los mecanismos que supervisen su cumplimiento. No sé si se ha producido algún caso en que el superior jerárquico de aquel que sustancia un expediente le haya impuesto una sanción por violación de las normas atinentes al derecho de petición. Ante el panorama de incumplimiento del derecho constitucional,

sería una cosa excepcional pero digna de imitar para abonar el camino de la corrección de dicha praxis ilegal.

Con igual propósito ha sido prevista una disposición en el régimen de procedimiento administrativo general, que atribuye *responsabilidad solidaria* tanto al jefe de despacho como el tramitante del asunto, en miras al impulso del proceso, consagrando una posible *causal de recusación* contra la autoridad encargada de decidir por paralización injustificada del trámite administrativo[27].

VI. Control judicial de la inactividad de la Administración

A. La decisión previa en nuestro Derecho como requisito *sine qua non* para demandar en vía jurisdiccional a la Administración

Tradicionalmente el contencioso administrativo ha sido concebido como un proceso al acto, pero no cualquier acto sino regularmente el de carácter administrativo. El objeto de dicho proceso se resumía en controlar su ajuste o no a la Ley.

Esta idea ha ido perdiendo terreno a raíz de las concepciones más avanzadas que humanizan el proceso y estiman que lo contencioso administrativo es una institución de garantía, de tal suerte que sin perder su función revisora o controladora de la legalidad administrativa, hoy en día se enfatiza un rol garantista de reconocimiento de derechos y libertades, que *proscribe* las vías de hecho y la no conformidad de las acciones u omisiones de la Administración y sus autoridades a la juridicidad.

Se sabe que las normas procesales que establecen garantías están en función de los derechos que protegen por su violación, incumplimiento o

[27] Artículo 49. Es responsabilidad de la Administración y, de manera especial, del Jefe o la Jefa del Despacho respectivo y del funcionario encargado de la tramitación del proceso, el impulso de éste. Por tanto, ambos funcionarios serán solidariamente responsables de que el proceso se desarrolle conforme a los principios instituidos en esta Ley y demás normas pertinentes.
El retraso injustificado en la realización de un trámite a cargo de la Administración, constituirá impedimento de la autoridad para seguir conociendo del proceso. El incidente de recusación deberá ser presentado ante el superior jerárquico respectivo, quien deberá decidirlo en un término no superior a tres días hábiles, contado a partir de la fecha que quede en estado de decidir. La decisión que resuelve el incidente no admite recurso alguno.
De prosperar el incidente de recusación, la autoridad nominadora designará la autoridad ad hoc para conocer y decidir el proceso.
Si en el transcurso de un año prosperan dos o más incidentes de recusación contra una autoridad por la causa instituida en este artículo, la sanción será la destitución del funcionario.
Lo anterior es sin perjuicio de la queja que el afectado pueda presentar contra el funcionario moroso.

simplemente ante el intento de que sean reconocidos, hacerlos valer frente al ente público o persona particular de que se trate.

En Panamá, la noción de institución de garantía predicable del contencioso administrativo es coetánea a la creación (inserción) de dicha institución en nuestro sistema jurídico constitucional por la Constitución de 1941 (Arts. 190, 191 y 192); no obstante, desconozco por qué razón su regulación tanto en la Carta Fundamental que la instituyó como en las dos subsecuentes no ha sido incluida en un aparte dedicado a las instituciones de garantía, a la par que la demanda de inconstitucionalidad, el hábeas corpus, el amparo de derechos constitucionales y recientemente el hábeas data. Una futura nueva Carta o reforma integral de la que ahora rige pudiera rescatar esta sugerencia para bien de las instituciones de garantía y respeto de los derechos de los asociados frente al poder público.

La regla de la decisión previa está vigente en nuestro derecho para el agotamiento de la vía administrativa, especialmente como requisito *sine qua non* antes de acudir mediante demanda de *plena jurisdicción*, a la jurisdicción contencioso administrativa por violación de un derecho subjetivo o interés legítimo.

La decisión previa nos la explica Nieto, siguiendo a la doctrina francesa, en una clásica obra, publicada por la Revista de Administración Pública No. 37, en 1962, al exponer que por aquella se entiende "la decisión que toma la Administración –bien sea espontáneamente, bien a petición de un interesado- antes de la interposición por este último de un recurso jurisdiccional"[28]. Y sobre su justificación alude a LEFERRIÈRE, para quien la decisión previa es necesaria para que haya dos pretensiones opuestas y un litigio. ¿Cómo es posible que alguien reclame ante la Administración mientras no sepa si accede o no a hacerle justicia? Para que surja un contencioso no es suficiente invocar la violación de un derecho. Es necesario, además, una decisión expresa de la autoridad competente sobre el particular. Pues no puede haber contencioso mientras no haya una oposición a una pretensión.

Esta postura fue posteriormente rechazada y según el propio Nieto es la opinión de Waline la que más le convence, en el sentido de que la regla de la decisión previa aparece como una *supervivencia* de la antigua doctrina francesa del Ministro-juez[29].

[28] NIETO. Op. Cit., pág. 86.

[29] A partir de 1889 dejó de ser el Ministro un juez de lo contencioso administrativo; sin embargo, subsistió la regla que imponía que se dirigieran a él las reclamaciones con dos modificaciones: resuelve como administrador y no como juez, y ya no es a él inexcusablemente a quien han de dirigirse los que tengan intención de elevar posteriormente reclamaciones ante el juez

Cont.

B. Control de la inactividad administrativa según la Constitución

Considero que el contencioso administrativo previsto por la Ley Superior tiene una formulación amplia, que nos permite extraer la posibilidad lógico jurídica de que es viable el control de la inactividad administrativa, tanto formal como material.

Al respecto el artículo 206, numeral 2, al regular las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, establece que a ésta compete la jurisdicción contencioso administrativa respecto de los actos, *omisiones*, prestación defectuosa o deficiente de los servicios públicos, resoluciones, órdenes, o disposiciones que ejecuten, adopten, expidan o en que incurran en el ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, los funcionarios públicos y entidades nacionales, provinciales, municipales y de las entidades públicas autónomas o semiautónomas. Esta misma disposición es repetida por el Código Judicial (Art. 97, primer párrafo), a propósito de señalar las atribuciones de la Sala Tercera, que es el organismo de la Corte Suprema al que está asignado el control de legalidad de los actos administrativos.

Sólo como producto de una interpretación restrictiva a lo que se sumaría que la Ley orgánica de lo contencioso administrativo, el Código Judicial, la Ley 38 de 2000, ni ninguna Ley especial, ha desarrollado en detalle las omisiones de la Administración sujetas a revisión por el Juez natural de ésta (tarea que a mi juicio sería excesiva), o como contrapartida aquellas que están excluidas de revisión. No hay razón suficiente para que aun siendo el texto constitucional amplio deje de abarcar la inactividad de la Administración. Antes bien la expresión "omisiones", es tan genérica e incondicionada que no cabe argumento en contrario acerca de dicha posibilidad, que hace de recibo ese control.

Por lo anterior, estimo que hablar de *omisiones* como lo hace la Carta Magna no se refiere única y exclusivamente al *silencio* de la Administración, como forma de agotamiento de la "vía gubernativa".

De todos modos, recomiendo que en la próxima actualización del régimen legal contencioso administrativo, se regule expresamente este tema, para lo que ayudaría una revisión del Derecho Comparado, toda vez que lo más cercano a este asunto es el deber al consignar los requisitos de toda demanda ante la jurisdicción de exponer en ella "los hechos u omisiones fundamentales de la acción", contenciosa incoada[30].

administrativo, sino a toda autoridad calificada para responder a la reclamación en nombre de la Administración. Ibídem, pág. 87.

[30] Cf. Artículo 43, numeral 3, de la Ley 135 de 1943. En Colombia, el artículo 137, numeral 3, del Decreto 01 de 1984, prevé también como uno de los requisitos de la demanda "Los hechos u *omisiones* que sirvan de fundamento de la acción".

C. Mención de algunas legislaciones que regulan la figura

Algunos países de tradición jurídica similar a la nuestra prevén acciones o recursos instables ante la vía jurisdiccional, para controlar la inactividad de la Administración; en dicho sentido, podemos aludir al caso español mediante la Ley 29/98 y la recién promulgada Ley que dicta el Código Procesal Contencioso Administrativo de Costa Rica, conclusión similar puede derivarse del estudio de la legislación colombiana.

1. España

Pese a que la anterior Ley de la jurisdicción contencioso administrativa de 1956, contenía algunos preceptos que cobijaban la posibilidad de un recurso ante la justicia por inactividad de la Administración, no ha sido poca la polémica y discusión doctrinal, tal cual comentan algunos entendidos, e incluso se produjeron pronunciamientos de tribunales de máxima jerarquía al respecto, v. gr., el Tribunal Constitucional, que sólo referimos sin ánimo de ser expertos en derecho español sobre este asunto.

La actual Ley 29/1998 establece la posibilidad de promover dicho control respecto de la inactividad administrativa.

El artículo 25.2 dispone que: "También es admisible el recurso contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho, en los términos establecidos en esta Ley". Asimismo, el artículo 29 establece: "1. Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso Contencioso-Administrativo contra la inactividad de la Administración. 2. Cuando la Administración no ejecute sus actos firmes podrán los afectados solicitar su ejecución, y si ésta no se produce en el plazo de un mes desde tal petición podrán los solicitantes formular recurso Contencioso-Administrativo, que se tramitará por el procedimiento abreviado regulado en el artículo 78".

El debate ha sido bastante acentuado, y a nivel de la doctrina legal, el Tribunal Constitucional (Sala Segunda), se pronunció entre otras proferidas

en la década del ochenta del siglo pasado, mediante sentencia de 7 de noviembre de 1994, en los siguientes términos:

"Si el objeto de la jurisdicción contencioso-administrativa es conocer de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho administrativo (art. 1.1 L.J.C.A.), no se da la causa de inadmisión prevista en el art. 82 c) de la L.J.C.A., por cuanto existe una pretensión (cobrar las cantidades debidas) que se ejerce en relación con diversos actos administrativos: un primer acto que los recurrentes consideran contrario a la Ley por limitarse a reconocer la existencia de un derecho, sin proceder a su efectivo cumplimiento, y un segundo acto (la denegación presunta del recurso administrativo) que consideran igualmente no ajustado a Derecho por confirmar la validez del primero. Y todavía habría una manifestación más de la actuación administrativa, susceptible de ser revisada por la jurisdicción contencioso-administrativa, a saber: La inactividad material de la Administración frente a la obligación, nacida de la Ley y reconocida por la propia Administración en una resolución expresa, de pagar a los interesados las cantidades adeudadas. Existiría, pues, en todo caso, un acto tácito, esto es, producido por facta *concludentia* que indica de forma unívoca la existencia de una resolución administrativa. Esto es, la negativa de la Administración al cumplimiento de su deuda pecuniaria, visto el tiempo transcurrido... sin que en los Presupuestos Generales del Estado se incluyeran partidas suficientes, y los muchos años transcurridos desde la entrada en vigor de la Ley que generó dicha obligación... Es**,** pues, la conformidad a Derecho de esa serie de actos administrativos – expreso, presunto y tácito – lo que los recurrentes legítimamente (art. 1.1 L.J.C.A.) pretendían someter al control de los Tribunales, para obtener de ellos (art. 42 L.J.C.A.) una Sentencia que declarase, en su caso, la ilicitud de la actuación administrativa y ordenase la adopción de las medidas necesarias para la efectividad o pleno restablecimiento de una situación jurídica individualizada consagrada en la Ley. Frente a la pretensión de los recurrentes de obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos (art. 24 C.E.), y de hacer efectivo con ello el cumplimiento del principio de legalidad administrativa, no puede objetarse que no existía acto administrativo impugnable, por no encontrarse formulado de manera expresa; ni tampoco que la inactividad administrativa no sea objeto idóneo del recurso contencioso-administrativo**,** objeciones ambas en las que, en último término, descansan las resoluciones de inadmisión que han sido impugnadas en este proceso de amparo[31].

[31] Ciada por VICENTA ÁNGELES ZARAGOZA TEULER. La Inactividad de la Administración a partir de la Ley 4/1999, de 13 de Enero, en http://www.porticolegal.com/pa_articulo.php?ref=153.

Este pronunciamiento, al igual que muchos otros, es anterior a la nueva Ley jurisdiccional de 1998, lo cual demuestra el acentuado interés del foro y los tribunales españoles sobre esta especial forma de controlar las diversas facetas de la Administración en relación con los particulares y la tutela de sus derechos.

2. Costa Rica

La recién vigente Ley tica establece en su artículo 36 (Título IV, Capítulo II sobre la conducta administrativa objeto del proceso), que:

> La pretensión administrativa será admisible respecto de lo siguiente:
> ...
> e) Las conductas omisivas de la Administración Pública.
> ...

Mientras que el 122 establece los pronunciamientos que puede hacer el Tribunal contencioso administrativo, uno de los cuales puede consistir en:

> g. Condenar a la Administración a realizar cualquier conducta administrativa específica impuesta por el ordenamiento jurídico.

El profesor ROJAS FRANCO al comentar este literal pone como ejemplo la obligación de la Administración de dar alguna pretensión económica que surja como un deber jurídico. El juez no puede crearlo si no existe norma jurídica, escrita o no que lo permita[32].

La primera norma reseñada es tajante en cuanto al control de la omisión administrativa. La segunda también lo implica porque sólo tendría cabida ante la inacción o pretermisión del ente público en reconocer un derecho o interés legítimo reconocido por el ordenamiento a una persona o grupo de personas.

3. Colombia

En derecho colombiano el objeto analizado es tratado bajo la figura jurídico administrativa de la *omisión*. Y es que como se ha dicho "la administración pública actúa por acción y por omisión o abstención. Es en este segundo caso cuando se tiene la categoría de actividad denominada omisión administrativa", como nos explica GUSTAVO HUMBERTO RODRÍGUEZ[33].

[32] Cf. ROJAS FRANCO, E.: *Comentarios al Código Procesal Contencioso Administrativo*, Editorama, S.A., San José, 2008, pág. 250.
[33] RODRÍGUEZ R., G. H.: *Derecho Administrativo General*, 2da. Edición, Editorial Ciencia y Derecho, Bogotá, 1995, pág. 371.

El instituto supone que la abstención puede generar daños y perjuicios por lo que no es extraño que vaya de la mano con el régimen de responsabilidad estatal[34]. Cuando los constructores en una vía pública omiten colocar las señales de peligro y como consecuencia se causan daños a particulares; o cuando se pretermiten las medidas de seguridad respecto de un edificio que amenaza ruina, es evidente que el estatuto de responsabilidad entra en escena, y sobre esto ha sido edificada toda una doctrina en el país hermano, de cuya cuenta podemos rememorar precisamente el Congreso paralelo que se celebró con ocasión de unas tradicionales jornadas de derecho constitucional y administrativo en la Universidad Externado en el año 2007, fecha en que sesionó el VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.

Tras el entendido que la actividad administrativa (sin restringirse sólo a éstas) se desdobla en acciones u omisiones observamos que el Libro Segundo del Código Contencioso Administrativo Colombiano dedica el Título XI al "Control de la actividad administrativa". El artículo 83 al precisar la extensión de dicho control, es expreso al determinar que la jurisdicción "juzga los actos administrativos, los hechos, *las omisiones*, las operaciones administrativas y los contratos administrativos y privados con cláusula de caducidad de las entidades públicas y de las entidades públicas y de las personas privadas que ejerzan funciones administrativas de conformidad con este Estatuto".

Por medio de una *acción de reparación directa*, según el artículo 86 ibídem, es posible reclamar el resarcimiento del daño cuando entre otras causas el motivo haya sido una omisión administrativa.

Paralelo a esta forma de regulación existe la denominada *acción de cumplimiento* que tiene base constitucional, en el artículo 87, de la Ley Fundamental de 1991[35], conforme a la que por una especie de acción popular cualquier persona puede acudir ante la justicia para pedir el cumplimiento de una Ley o un acto administrativo. No obstante, la Carta no establece un fuero especial competente sino que en general se referirse a la "autoridad judicial".

[34] Para mí es claro que este *principio de responsabilidad estatal* producto de la abstención, el no hacer, la pasividad de la Administración generadora de perjuicios al particular, tiene nítido fundamento en el artículo 18 de la Constitución panameña.

[35] Artículo 87. Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido.

EL PRINCIPIO DE BUENA FE EN LOS PROCESOS INDEMNIZATORIOS CONTRA EL ESTADO

Elio Chi Rivera

Acorde al planteamiento esbozado por FERREIRA RUBIO, en su obra *La Buena Fe*, página 55, los principios generales del derecho son considerados como aquellas ideas, postulados éticos o criterios fundamentales básicos positivizados o no, que condicionan y orientan la creación, interpretación e integración del ordenamiento jurídico, siendo su función la de imponer una dirección al comportamiento de los hombres en sus relaciones con los demás.

Bajo este prisma, el principio objeto de este ensayo, y en base a las reglas ético – morales, se configura en el origen que utiliza el ordenamiento jurídico para integrar, incorporar valores éticos y entenderse tácito, aún cuando no se consagre en la disposición jurídica.

MANUEL OSSORIO, en su *Diccionario de Ciencias Jurídica y Sociales*, correspondiente a la Edición 23ª de 1996, define el vocablo *Buena Fe* como: "Convencimiento, en quien realiza un acto o hecho jurídico, de que éste es verdadero, lícito y justo. ...".

Desde el punto de vista del derecho administrativo, indica GONZÁLEZ PÉREZ, el principio de la Buena Fe puede contribuir a incrementar la confianza en la justicia, pues humaniza las relaciones entre administradores y administrados (*El Principio General de la Buena Fe en Derecho Administrativo*, 1989, págs.185-186). Manifiesta este autor, que este principio exige que tanto administrados como los funcionarios de la administración pública actúen con la lealtad, honestidad y confianza esperada.

El principio general de la Buena Fe, forma parte de los principios generales del derecho, y es recogido por nuestra legislación positiva civil en el texto del artículo 1109, que señala en materia contractual y que es motivo de este artículo, lo concerniente a las obligaciones, tanto de lo expresamente pactado, como a todas las consecuencias, que según su naturaleza, sean conforme a la *buena fe*, al uso y a la Ley.

En el derecho administrativo panameño, el principio general de la Buena Fe, ha sido abordado en la obra *El Derecho Contencioso-Administrativo en Panamá* del doctor ARTURO HOYOS (2005, pág. 26), en el que se aprecian los cambios en los precedentes de la Sala Contencioso-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, rebasando el sentido de las leyes formales.

De acuerdo al doctor Hoyos, dentro de los fundamentos utilizados por la Sala Contencioso-Administrativa para integrar el derecho aplicado en sus fallos, se encuentra el principio de Buena Fe.

Propiamente de este principio, el autor subraya que:

> La Corte sostuvo en 1991 por primera vez en la historia de la jurisdicción, siguiendo al tratadista español JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, 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.

De igual manera, en Sentencia de 30 de mayo de 1994, la Sala Tercera expone sobre la infracción de los actos de comercio cuando se pretende hacer valer como excepción una falta cometida por quien la alega. Veamos:

> A juicio de la Sala, lo alegado por la ejecutada Gilda Cecilia Selles Pinto constituye una conducta contraria a la buena fe que debe imperar en los actos de comercio, ya que si ella, mediante una declaración de voluntad real y consciente, se constituyó codeudora en el contrato de préstamo N° 60532 de 29 de enero de 1986, celebrado con el Banco Nacional de Panamá, no puede ahora alegar como excepción una infracción que ella misma cometió, del artículo 52 de la Ley Orgánica de la Caja de Ahorros, para sustraerse del cumplimiento de la obligación cuyo pago se le exige en la presente ejecución.

También, se hace imperante traer a colación el fallo de 10 de octubre de 1996, en el que esta augusta Sala determinó la vulneración por parte de la administración al ir en contra de sus propios actos, señalando lo siguiente:

> Si bien es cierto que posteriormente a la adjudicación concedida mediante la Resolución de Gerencia N° 16-94 de 21 de abril de 1994 no se suscribió contrato alguno, no es menos cierto que se violenta el principio de buena fe que debe regir en las relaciones del Estado con sus administrados. Lo

> anterior es así pues, se le creo al administrado la esperanza de adquirir una propiedad mediante pagos efectuados por un acuerdo preliminar el cual se perfeccionaría con la suscripción del contrato y su posterior inscripción en el Registro Público, no obstante la falta de un contrato escrito, en este caso, no es una responsabilidad que se le imputa al administrado. J. GONZÁLEZ PÉREZ amplía este aspecto cuando señala que "la aplicación del principio de la buena fe permitirá al administrado recobrar la confianza en que la Administración no va exigirle más de lo que estrictamente sea necesario para la realización de los fines públicos que en cada caso concreto persiga. Y en que no le va a ser exigido en el lugar, en el momento ni en la forma más inadecuados, en atención a sus circunstancias personales y sociales, y en las propias necesidades públicas... confianza en fin, en que el procedimiento para dictar el acto que dará lugar a las relaciones entre Administración y administrado, o va adoptar una conducta confusa y equívoca que más tarde permita eludir o tergiversar sus obligaciones.

Es de allí que ir contra los actos propios, según el mismo autor, es una actuación contraria a la buena fe. (GONZALEZ PERDOMO, J.: *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, S.A., Segunda Edición, Madrid, España, 1989, págs, 69 y 76).

Contraría, pues, el principio de la buena fe consagrado en el artículo 1109 del Código Civil, que ahora el Banco Hipotecario Nacional, que aceptó los pagos efectuados mediante descuentos directos hechos por la Contraloría General de la Nación a Manuel Vidal Fuentes en virtud de una adjudicación vengan contra su propio acto, lo revoque ilegalmente e invoque su ilegalidad a fin de no reconocer los derechos de propiedad que fueron adquiridos por el demandante."

Prevalecido este principio en la década de los noventa, y observado posteriormente, en variada jurisprudencia contencioso-administrativa panameña, el mismo se ha tomado en consideración en las demandas contencioso-administrativas de indemnización contra el Estado.

El Diccionario Esencial de la Lengua Española, en su edición de 2006, asigna el siguiente significado a la palabra indemnización:

> 1. Acción y efecto de indemnizar. 2. Cosa que se indemniza.
>
> Indemnizar. Resarcir de un daño o perjuicio.

En igual sentido, por el término *indemnización*, se entiende el resarcimiento de un daño o perjuicio, de acuerdo al significado adoptado por MANUEL OSSORIO, en el *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*.

Haciendo historia, en la República de Panamá, previo a la creación de la jurisdicción contencioso-administrativa, los procesos indemnizatorios contra el Estado, fueron objeto de estudio y análisis en la jurisdicción civil; no obstante, en fallo de 6 de febrero de 2003, emitido por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, se despejó la competencia de los procesos de indemnización contra las entidades estatales, declarándose la nulidad del proceso indemnizatorio instaurado contra el Estado, por ser de distinta jurisdicción y fundamentándose en el artículo 733, numeral 1º del Código Judicial. Veamos un extracto:

"Hay que señalar que no existe norma que expresamente le otorgue competencia a la jurisdicción civil en estos casos relativos a las demandas de indemnización contra el Estado, donde se reúnen los presupuestos del artículo 1645 del Código Civil. Sin embargo, debemos recordar que antes de que se creara la jurisdicción contencioso administrativa en nuestro país y antes de que existiera la norma que atribuye esta competencia específicamente a esa jurisdicción (artículo 97, nums. 8, 9 y 10 C.J.), los tribunales civiles conocían de estas demandas en virtud del artículo 159 numeral 16 del Código Judicial (actual art.159,num.14), de ahí que en algunas ocasiones, como en este caso, el demandante equivoque la vía idónea para exigir su pretensión indemnizatoria.

Aunado a lo expuesto, conviene aclarar, conforme lo viene reiterando nuestra jurisprudencia, que es distinto el caso en que se demande únicamente a un servidor público como causante del daño, acreditándose que el mismo no actuaba dentro del marco de sus funciones o con motivo de éstas, en cuyo caso la jurisdicción correspondiente sería la civil. Lo que ésta última jurisdicción no puede conocer son las pretensiones indemnizatorias enderezadas contra El Estado en litisconsorcio pasivo con el servidor público causante del daño, en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas".

En los procesos indemnizatorios acaecidos ante la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, se ha advertido que conforme al artículo 97 del Código Judicial, se señalan entre las atribuciones a ella adscritas, las siguientes:

> A la Sala Tercera les están atribuidos los procesos que se originen por actos, omisiones, prestaciones defectuosas o deficientes de los servidores públicos, resoluciones, órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten, expidan o en que incurran en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, los funcionarios públicos o autoridades nacionales, provinciales, municipales y de las entidades públicas autónomas o semiautónomas.

> En consecuencia, la Sala Tercera conocerá en materia administrativa de lo siguiente:
>
> 1. ...
>
> 8. De las indemnizaciones de que deban responder personalmente los funcionarios del Estado, y de las restantes entidades públicas, por razón de daños o perjuicios causados por actos que esta misma Sala reforme o anule.
>
> 9. De las indemnizaciones por razón de la responsabilidad del Estado, y de las restantes entidades públicas, en virtud de daños o perjuicios que originen las infracciones en que incurra en el ejercicio de sus funciones o con pretexto de ejercerlas cualquier funcionario o entidad que haya proferido el acto administrativo impugnado.
>
> 10. De las indemnizaciones de que sean responsables directos el Estado y las restantes entidades públicas, por el mal funcionamiento de los servicios públicos a ellos adscritos;...

Es así que la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, al dictaminar fallos sobre esta materia, crea nueva jurisprudencia, pues el tema de indemnización, tal vez por ignorancia sobre el tópico, no había sido explorado por nuestros letrados, aunque la norma citada y sus ordinales 8, 9 y 10, ha estado contenida en el Código Judicial. En consecuencia, al presentarse demandas contencioso administrativas de indemnización con mayor realce desde el año 1996 hasta nuestros días, posiblemente por la confianza generada en la administración de justicia, cada fallo expedido por la máxima Corporación de Justicia de nuestro país, se hace prácticamente novedoso el material sobre indemnización.

Dentro de este caudal de demandas presentadas en fechas recientes, aportamos las siguientes:

– Demanda Contencioso Administrativa de Indemnización, interpuesta por el licenciado Julio Jované Del Cid, en representación de María De Los Ángeles Hernández López, contra el Registro Público por responsabilidad extracontractual administrativa. -ponente: ADÁN ARNULFO ARJONA LÓPEZ. -Panamá, once (11) de julio de dos mil siete (2007).

– Demanda Contencioso Administrativa de Indemnización, interpuesta por el licenciado Víctor Javier Almengor, en representación de Abraham Alonso Pérez Zakata, para que se condene al Ministerio Público y a la Policía Nacional, al pago de setenta y cinco mil balboas con 00/100 (B/.75,000.00), en concepto por daños y perjuicios, materiales y morales causados por el mal

funcionamiento de los servicios públicos a ellos adscritos. ponente: VÍCTOR L. BENAVIDES P. -Panamá, veintiséis (26) de junio de dos mil ocho (2008).

– Demanda Contencioso Administrativa de Indemnización, interpuesta por el licenciado Víctor Javier Almengor Torres, en representación de Bradford Randall, para que se condene al Ministerio Público y al Ministerio de la Presidencia, al pago de quinientos mil balboas con 00/100 (B/.500,000.00), en concepto de daños y perjuicios morales y materiales, causado por la falla o mal funcionamiento del servicio público a ellos adscritos. ponente: VÍCTOR L. BENAVIDES P. Panamá, uno (1) de septiembre de dos mil ocho (2008).

– Demanda Contencioso Administrativa de Indemnización de Daños y Perjuicios, interpuesta por la Lcda. Lidia Valdés, en representación de Moisés Martínez y Baldomero González, para que se condene al IDAAN, al pago de B/.279,389.50 a Moisés Martínez y B/.75,140.00 a Baldomero González, en concepto de indemnización por daños y perjuicios causados por el funcionario Rolando Carrasquilla durante el ejercicio de sus funciones. ponente: ADÁN ARNULFO ARJONA l. panamá, dos (2) de febrero de dos mil nueve (2009).

– Demanda Contencioso Administrativa de Indemnización, interpuesta por el Lcdo. Candelario Santana en representación de Eduardo Santos Vergara, para que se condene al Estado (Policía Nacional dependencia del Ministerio de Gobierno y Justicia), al pago de ciento cinco mil novecientos sesenta y ocho balboas (B/.105,968.00), por daños y perjuicios materiales y morales, emanados de la sentencia sc-17 del 16 de febrero de 2004 del Juzgado Noveno de Circuito de lo Penal del Primer Circuito de lo Penal del Primer Circuito Judicial. ponente: ADÁN ARNULFO ARJONA L. -Panamá, doce (12) de septiembre de dos mil ocho (2008).

La jurisprudencia nacional le ha dado acogida a la concepción de responsabilidad directa y objetiva del Estado, así como también ha mantenido lo concerniente a la subsidiaridad de responsabilidad.

La responsabilidad directa se refleja sin la necesidad de determinar si el daño fue culpa del agente o de la administración sólo basta con que haya un resultado lesivo para que sea indemnizable, es decir que no importa que el sujeto sea o no culpable o responsable. La responsabilidad es objetiva, dice Dromi, ya que se "prescinde de que los daños deriven de un comportamiento ilícito, culposo o doloso, al admitir esa responsabilidad en el supuesto de los daños derivados de una tanto de una conducta ilícita como lícita" (DROMI, R.: *Derecho Administrativo*, 11ª ed., Ciudad Argentina Editora de Ciencia y Cultura. Argentina, pág. 1099).

En el libro *La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas* de 1999, página 43, el catedrático de derecho administrativo de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), J. R. PARADA VÁZQUEZ, manifiesta que: "La responsabilidad es la posición de sujeto a cargo del cual la ley pone la consecuencia de un hecho lesivo de un interés protegido. Esa responsabilidad puede ser contractual, cuando la obligación de resarcir se deriva del incumplimiento de un deber nacido de una relación jurídica singular, o extracontractual, originada entonces por la transgresión del mandato general de no hacer daño a otro (neminem laedere)".

La reclamación de responsabilidad patrimonial contractual contra las Entidades Públicas, fue motivo de análisis en fallo de 27 de agosto de 2008, expedido por la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo en Pleno, del cual procedemos a transcribir los elementos más importantes de la decisión.

Tal como se ha observado de la lectura del infolio judicial, el señor TOMÁS LEE MOCK, debidamente representado por el licenciado Carlos Carrillo, ha invocado la intervención de lo contencioso administrativo a fin de que se condene al Municipio de Colón, al pago de la suma de ciento treinta y tres mil trescientos sesenta y ocho balboas con 80/100 (B/.133,368.80), más las costas, gastos e intereses, en virtud del incumplimiento de un contrato de arrendamiento.

La responsabilidad por daños y perjuicios exigida por el señor LEE MOCK, al Municipio de Colón, según su planteamiento, nace al suscribirse un contrato de arrendamiento, entre su persona y el otrora Alcalde Municipal del distrito de Colón, Alcibíades González S., cuyo terreno, constituido por la Finca N° 4881, inscrita al Folio 14, Tomo 735 de la Sección de la Propiedad, provincia de Colón, con una superficie de de novecientos ochenta y siete metros cuadrados y ochocientos ochenta y tres decímetros cuadrados (987.883 m2), propiedad del hoy demandante, es el objeto de la presente acción, y que dicha obligación tendría una duración por cinco (5) años, contados a partir del día 5 de agosto de 1999.

En este punto, este Tribunal considera preciso citar el fallo de 7 de julio de 2006, bajo la ponencia del Magistrado VÍCTOR L. BENAVIDES P., sobre una demanda contencioso administrativa de indemnización presentada por la firma forense Porras y Porras, representando a la sociedad Tropac Maritime Inc., y en contra del Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral, se estableció lo pertinente:

I. La falla del servicio público debe ser la causa directa del daño

La responsabilidad extracontractual del Estado surge cuando concurran tres elementos, a saber: 1. La falla del servicio público por irregularidad, ineficiencia o ausencia del mismo; 2. El daño o perjuicio; 3. La relación de causalidad directa entre la falla del servicio público y el daño. Así lo ha señalado la jurisprudencia de nuestra tradición jurídica contencioso administrativa, particularmente la colombiana (Sentencia de 31 de mayo de 1990 del Consejo de Estado, expediente 5847) y la francesa.

La relación de causalidad entre la falla del servicio y el daño debe ser directa. Así el tratadista francés ANDRÉ DE LAUBADÉRE ha señalado que el daño debe tener frente a la acción administrativa una relación de causalidad directa y cierta (Sentencia de 4 de octubre de 1968 caso Doukakis).

II. Los daños y perjuicios reclamados en indemnización

La doctrina y la jurisprudencia conceptúan el daño resarcible como el menoscabo que se experimenta en el patrimonio por el detrimento de los valores económico que lo componen (daño patrimonial o material) y también la lesión a los sentimientos, al honor o las afecciones (daño moral).

Tradicionalmente los daños patrimoniales o materiales incluyen el daño emergente y el lucro cesante. GILBERTO MARTÍNEZ RAVE define daño emergente como "el empobrecimiento directo del patrimonio del perjudicado... lo conforma lo que sale del patrimonio del perjudicado para atender el daño y sus efectos o consecuencias". Lucro cesante lo define como "la frustración o privación de un aumento patrimonial. La falta de rendimiento, de productividad, originada por los hechos dañosos." *Responsabilidad Civil Extracontractual,* 8ª edición, Biblioteca Jurídica Diké, 1995, págs 194 y 195...

La Sala advierte que frente a la solicitud indemnizatoria formulada, y el contrato de arrendamiento suscrito, se plantea que este último no fue perfeccionado al tenor de las disposiciones legales que rigen la contratación pública de la República de Panamá.

No obstante lo anterior, la Sala advierte que dentro del expediente se incorporan una serie de caudal probatorio, siendo el más relevante de ellos el Acuerdo N° 101-40-14 de 25 de mayo de 1999 (foja 129 del expediente), en el cual se autorizó al Alcalde del distrito de Colón, a suscribir contratos de arrendamiento de los locales comerciales y puestos de ventas ubicados en el mercado público de Colón; además, se autorizó al Alcalde Municipal de Colón a celebrar contrato de arrendamiento sobre el local localizado en el Cementerio de Monte Esperanza. Con igual valor probatorio, encontramos el informe de inspección judicial de fecha 21 de abril de 2006 (fs.133 a 146), en el cual se expresa que sobre la Finca N° 4881, funcionó el Mercado de

Verduras, que era parte del mercado público de Colón, y que en la actualidad se encuentran ubicados dos (2) puestos de ventas de comida conocidos como: "Fonda Josué" y "Bienvenidos".

Además, esta Superioridad estima que el Contrato de Arrendamiento suscrito entre el entonces Alcalde del distrito de Colón, y el señor TOMÁS LEE MOCK (fs.1 y ss), si bien en materia de contrataciones públicas, el contrato pareciese no haberse perfeccionado; sin embargo, el objeto para el cual fue suscrito, si se perfeccionó, ocasionando obligaciones y responsabilidades entre sus suscriptores.

Así las cosas, esta Corporación es del criterio que es aplicable al proceso en mención, el "*principio de buena fe*".

Este significa que el administrado, según la estimación habitual de la gente, puede esperar determinadas consecuencias de su conducta o que no ha de tener otras distintas a las previstas en la Ley; quiere decir que si una persona se comporta de una manera confiada en que su conducta tendrá determinadas ventajas previstas en la Ley, la Administración no puede comportarse de manera excesivamente formalista de suerte que defraude confianza depositada en ella por los administrados (Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, J.: El Principio de la Buena Fe en el Derecho Administrativo, 3ª edición, Ed. Civitas, Madrid, 1999, págs. 72, 73 y 91).

De allí que la Corte, en aplicación de este principio, debe dejar de lado, para este caso en particular, el excesivo formalismo del Municipio de Colón y evitar que éste evada su responsabilidad y obligación para con el demandante, con consecuencias contrarias a la naturaleza del mismo. Las pruebas aportadas dentro del expediente, son suficientes para dar lugar al nacimiento del derecho subjetivo del señor TOMÁS LEE MOCK a la indemnización reclamada, aunque no se haya perfeccionado el Contrato de Arrendamiento.

> ...
> Por las razones anotadas, es dable el reconocimiento que el demandante ensaya en el libelo de demanda, puesto que su postura se ha circunscrito a lo que las demandas contencioso administrativas de indemnización, en su esencia persiguen.
>
> En consecuencia, la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, ACCEDE a las pretensiones formuladas en la demanda contencioso administrativa de indemnización de daños y perjuicios, interpuesta por el licenciado Carlos Carrillo, actuando en representación de TOMÁS LEE MOCK,

> para que se condene al Municipio de Colón, al pago de ciento treinta y tres mil trescientos sesenta y ocho balboas con 80/100 (B/.133,368.80), en virtud del incumplimiento de un contrato de arrendamiento".

Citada la parte más importante de la decisión proferida por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, se aprecia el tema de la responsabilidad de la Administración abordada en esta sentencia, cuyo elemento relevante es que lo pactado por el Municipio de Colón y el señor Tomás Lee Mock, sus cláusulas no están basadas en el derecho privado.

Otro aspecto importante que vale la pena resaltar, es el hecho de que con esta sentencia, las responsabilidades contractuales de las entidades públicas encuentran una regulación, no sólo por la Ley, sino también en la jurisprudencia expedida por la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá.

Así las cosas, observamos en esta demanda contencioso administrativa de indemnización, que la Corte Suprema de Justicia, Sala Tercera, en apego al principio general de la buena fe inserto en la decisión adoptada, ha dado paso a la apertura de la reclamación de la indemnización, dejando de lado el excesivo formalismo legal, cuando el caso así lo amerite.

Creemos conveniente advertir a la Administración Pública que el principio de responsabilidad, está expresamente consagrado a nivel constitucional, en el numeral 2 del artículo 206, el cual debe ser plenamente observado para no incurrir en irregularidades al momento de ejercer ciertas acciones que vayan en detrimento de los administrados.

> Artículo 206. La Corte Suprema de Justicia tendrá, entre sus atribuciones constitucionales y legales, las siguientes:
>
> 1. ...
>
> 2. La jurisdicción contencioso-administrativa respecto de los actos, omisiones, prestación defectuosa o deficiente de los servicios públicos, resoluciones, órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten, expidan o en que incurran en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, los funcionarios públicos y autoridades nacionales, provinciales, municipales y de las entidades públicas autónomas o semiautónomas. A tal fin, la Corte Suprema de Justicia con audiencia del Procurador de la Administración, podrá anular los casos acusados de ilegalidad; restablecer el derecho particular violado; estatuir nuevas disposiciones en reemplazo de las impugnadas y pronunciarse prejudicialmente acerca del sentido y alcance de un acto administrativo o de su valor legal.
> ...

Cierro este artículo con las palabras del Honorable Magistrado VÍCTOR L. BENAVIDES P., Presidente de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, en su ponencia de octubre de 2008, cuyo título es "Ley Fundamental, Reforma de la justicia constitucional y Realidad en el Estado Social de Derecho":

> El Estado Social de Derecho es un Estado de justicia, de prestaciones públicas debidas al conglomerado; pero también de responsabilidad por los daños ocasionados en el ejercicio del poder delegado por el pueblo, su legítimo titular.

ANOTACIONES SOBRE PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y SU IMPLEMENTACIÓN POR PARTE DE LA AUTORIDAD NACIONAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Annette de León Molina

En una decidida transformación de las políticas públicas es necesaria la contribución destacada de la sociedad. La participación ciudadana en el desempeño de la función pública, surge como uno de los elementos fundamentales para el adecuado ejercicio y afianzamiento de la gobernabilidad en nuestra nación.

La participación ciudadana no sólo se trata del empoderamiento de la población para hacer valer y respetar sus derechos sino que también persigue sensibilizar a la ciudadanía de sus responsabilidades como parte del Estado panameño.

Previo al análisis del tema de la participación ciudadana en relación con los servicios públicos, consideramos adecuado estudiar de cerca este componente de la democracia activa, profundizando en su concepto, el marco legal que lo ampara y las modalidades de participación en la acción pública. Con posterioridad, procederemos a estudiar su implementación por parte de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos.

I. Concepto y generalidades

De la lectura del *Manual de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos* se desprende que la participación ciudadana es un derecho humano fundamental, mediante el cual la ciudadanía forma parte activa en la toma de decisiones y elaboración de políticas públicas, así como en el suministro y consumo de servicios colectivos; a través de la cual se procura el fortalecimiento de las relaciones entre las instituciones estatales y los ciudadanos, creando una relación bidireccional que está fundamentada en el principio de coparticipación, y que requiere de tres elementos esenciales: la información, la consulta y la participación activa[1].

[1] GRAMBERGER, M.: "Participación Ciudadana", OCDE 2001, *Manual de la ODCE sobre información, consulta y participación en la elaboración de políticas públicas*.

Cabe señalar que diversos países de la región persiguen la creación de una Ley de participación ciudadana que eficazmente procure la administración de la gestión pública de manera transparente. Entre otros, podemos mencionar que la Ley de Participación Ciudadana de la República de Nicaragua define la misma de la siguiente manera:

> Participación ciudadana: Es el proceso de involucramiento de actores sociales en forma individual o colectiva, con el objeto y finalidad de incidir y participar en la toma de decisiones, gestión y diseño de las políticas públicas en los diferentes niveles y modalidades de la administración del territorio nacional y las instituciones públicas con el propósito de lograr un desarrollo humano sostenible, en corresponsabilidad con el Estado[2].

En Panamá, actualmente se discute en la Asamblea Nacional de Diputados el Proyecto de Ley N° 475 de Participación Ciudadana. El artículo 2 de dicho documento nos ofrece la siguiente definición:

> Participación Ciudadana. Es el derecho humano fundamental, que garantiza la acción deliberada y consciente de la ciudadanía, tanto de manera individual como colectiva, a través de los distintos instrumentos contenidos en la Constitución Política de la República y la Ley, con la finalidad de participar e incidir en la toma de decisiones en asuntos políticos, administrativos, ambientales, económicos, sociales, culturales y de interés general que mejore la calidad de vida de la población[3].

La participación ciudadana contempla dentro sus fines: la promoción de la persona humana y la consolidación de una sociedad democrática que ejerza un papel protagónico y participativo en las consultas y toma de decisiones de la administración pública, encaminado al control ciudadano de la gestión pública que utilice como una de sus herramientas primordiales el acceso a la información pública[4].

El artículo 5 del Proyecto de Ley N° 475, actualmente en discusión, enumera los principios rectores de la participación. En dicho artículo se hace referencia a la celeridad y oportunidad en el cumplimiento de las decisiones públicas; la corresponsabilidad entre la sociedad civil y el Estado; el respeto a la diversidad cultural y étnica; la equidad en los asuntos públicos; la igualdad; la inclusión social; legalidad; la legitimidad de las decisiones concertadas a través de los espacios de participación ciudadana; el respeto a los aportes y opiniones de

[2] Ley No. 475**,** aprobada el 22 de octubre del 2003, publicada en la Gaceta No. 241 del 19 de Diciembre del 2003. República de Nicaragua.

[3] Proyecto de Ley N° 475 de Participación Ciudadana, aprobado por el Consejo de Gabinete en su sesión celebrada el día 22 de diciembre de 2008.

[4] Ley No. 475**,** aprobada el 22 de octubre del 2003, publicada en la Gaceta No. 241 del 19 de Diciembre del 2003.

la ciudadanía, garantizando que los mismos serán tomados en cuenta dentro del proceso de toma de decisiones; la solidaridad, sustentabilidad (garantizar de manera razonable las condiciones de vida de la sociedad), tolerancia y transparencia.

En adición, como complemento de los principios antes enunciados, encontramos los elaborados por la OCDE, quienes consideran que el fortalecimiento de las relaciones entre las instituciones públicas y los ciudadanos requiere de la puesta en práctica de 10 principios rectores[5] que designan como el "secreto del éxito" para el correcto desarrollo de este derecho humano fundamental:

Compromiso del público a favor de la información, la consulta y la participación activa en la toma de decisiones.

Derechos de los ciudadanos a acceder a la información, a comunicar sus respuestas, a ser consultados y a participar activamente en la toma de decisiones sobre políticas públicas deben asentarse sólidamente en la legislación y en las políticas seguidas.

Claridad en cuanto al papel y obligaciones de los ciudadanos y de la administración de justicia.

Calendario, es decir, determinación de un tiempo lo suficientemente amplio que permita la efectividad de la consulta y la participación.

Objetividad de la información que otorga la institución y trato igualitario para todos los ciudadanos que deseen participar en la toma de decisiones.

Recursos calificados a nivel económico, técnico y humano.

Coordinación en cada etapa del proceso de toma de decisión, sin reducir la capacidad de creación y flexibilidad de los componentes de la administración pública.

Obligación de rendir cuentas sobre el uso de la información proporcionada por la administración pública.

Evaluación apropiada de resultados por parte de las instituciones públicas.

Ciudadanía activa, sensible y dinámica que beneficie el desenvolvimiento de las instituciones.

[5] GRAMBERGER, M.: "Participación Ciudadana", OCDE 2001, *Manual de la ODCE sobre información, consulta y participación en la elaboración de políticas públicas*, págs. 93-98.

II. Marco jurídico

En la consecución de una participación dinámica de la ciudadanía en la toma de decisiones y la elaboración de políticas públicas, resulta ineludible el perfeccionamiento de procedimientos y mecanismos por medio de preceptos legales. Producto del interés del Estado por devolver a los ciudadanos la confianza en la gestión pública, y con el deseo de lograr que la Administración se transforme en una entidad cristalina, que permita la participación y acceso de los ciudadanos a la información[6], se dictó la Ley N° 6 de 22 de enero de 2002, que dicta normas para la transparencia en la gestión pública, establece la acción de Hábeas Data y otras disposiciones. El marco constitucional de este instrumento jurídico se encuentra contemplado en los artículos 42, 43 y 44 de nuestra Constitución Política[7], los cuales establecen lo siguiente:

> Artículo 42:[8] Toda persona tiene derecho a acceder a la información personal contenida en bases de datos o registros públicos y privados, y a requerir su rectificación y protección, así como su supresión, de conformidad con lo previsto en la Ley.
>
> Esta información solo podrá ser recogida para fines específicos, mediante consentimiento de su titular o por posición de autoridad competente con fundamento en lo previsto en la Ley.
>
> Artículo 43:[9] Toda persona tiene derecho a solicitar información de acceso público o de interés colectivo que repose en bases de datos o registros a cargo de servidores públicos o de personas privadas que presten servicios públicos, siempre que ese acceso no haya sido limitado por disposición escrita y por mandato de la Ley, así como para exigir su tratamiento leal y rectificación".
>
> Artículo 44:[10] Toda persona podrá promover acción de hábeas data con miras a garantizar el derecho de acceso a su información personal recabada en bancos de datos o registros oficiales o particulares, cuando estos últimos traten de empresas que prestan un servicio al público o se dediquen a suministrar información.
>
> Esta acción se podrá interponer, de igual forma, para hacer valer el derecho de acceso a la información pública o de acceso libre, de conformidad con lo establecido en esta Constitución.

[6] Exposición de Motivos de la Ley No.6 de 22 de enero de 2002. http://www.defensoriadelpueblo.gob.pa/publicaciones/PDF/Ley6.pdf

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

[8] Adicionado por el artículo 8 del Acto Legislativo N° 1 de 2004.

[9] Adicionado por el artículo 9 del Acto Legislativo N° 1 de 2004.

[10] Adicionado por el artículo 10 del Acto Legislativo N° 1 de 2004.

> Mediante la acción de hábeas data se podrá solicitar que se corrija, actualice, rectifique, suprima o se mantenga en confidencialidad la información o datos que tengan carácter personal.
>
> La Ley reglamentará lo referente a los tribunales competentes para conocer del hábeas data, que se sustanciará mediante proceso sumario y sin necesidad de apoderado judicial.

Enfocándonos en el tema que nos atañe, observamos que el fundamento constitucional de la participación ciudadana puntualmente hace referencia al derecho de toda persona al acceso a la información y a exigir su tratamiento leal, protección, supresión y rectificación, entendiéndose este último término como revisión, enmienda o corrección. En otras palabras, razonamos que toda persona tiene derecho a exigir la revisión, enmienda o corrección de la información que repose en bases de datos o registros a cargo de servidores públicos o de personas privadas que presten servicios públicos o en bases de datos o registros públicos y privados.

La creación de la Ley de Transparencia tuvo su génesis en la iniciativa del sector privado, específicamente por parte de la Fundación para el desarrollo de la libertad ciudadana. Cabe señalar que al momento de sancionar la Ley N° 6 de 2002, la Presidenta de la República de ese entonces, Mireya Moscoso, se pronunció al respecto, resaltando la importancia de "continuar moralizando los diversos segmentos de esta sociedad... buscando el fortalecimiento de las instituciones de la democracia"[11].

En el Capítulo VII, artículos 24 y 25, esta Ley hace referencia a la participación ciudadana en las decisiones administrativas y establece las modalidades de participación en los actos de la administración pública. Las normas mencionadas son del siguiente tenor literal:

> **Artículo 24.** Las instituciones del Estado en el ámbito nacional y local, tendrán la obligación de permitir la participación de los ciudadanos en todos los actos de la administración pública que puedan afectar los intereses y derechos de grupos de ciudadanos, mediante las modalidades de participación ciudadana que al efecto establece la presente Ley. Estos actos son, entre otros, los relativos a construcción de infraestructuras, tasas de valorización, zonificación y fijación de tarifas y tasas por servicios.
>
> **Artículo 25**. Sin perjuicio de las contempladas en otras leyes, se establece como modalidades de participación ciudadana en los actos de la administración pública, las siguientes:

[11] Mensaje de la Excelentísima Señora Presidenta de la República, Mireya Moscoso, en torno a la Ley de Transparencia de la Gestión Pública. http://www.defensoriadelpueblo.gob.pa/publicaciones/PDF/Ley6.pdf

1. *Consulta pública*. Consiste en el acto mediante el cual la entidad estatal pone a disposición del público en general información base sobre un tema específico y solicita opiniones, propuestas o sugerencias de los ciudadanos y/o de organizaciones sociales.

2. *Audiencia pública*. Similar a la consulta pública, excepto que el acto de recibir sugerencias, opiniones o propuestas se realiza en forma personal ante la autoridad que corresponda, de acuerdo con el tema que se trate.

3. *Foros o talleres*. Reunión selectiva o pública de actores relevantes o afectados junto con la autoridad competente, que permita el conocimiento profundo sobre un tema o sirva de mecanismo de obtención de consenso o resolución de conflictos.

4. *Participación directa en instancias institucionales*. Actuación de ciudadanos o representantes de organizaciones sociales en las instituciones públicas de consulta o toma de decisiones específicas.

Parágrafo. Las instituciones de la administración pública están obligadas a publicar, antes de la celebración de cualesquiera de los actos administrativos sujetos a participación ciudadana, la modalidad de participación ciudadana que adoptará en cumplimiento del presente artículo [12].

Podemos colegir, entonces, que es preciso que las instituciones estatales permitan la participación ciudadana; no obstante se deja claro en qué casos es permitida esta participación, y así se menciona que la misma cabe solamente en actos de la administración pública que afecten los intereses y derechos de grupos ciudadanos. En la parte final del artículo 24 de la Ley N° 6 se listan cuáles son los actos de la administración que pueden afectar los intereses y derechos de grupos ciudadanos indicando, entre otros, los relativos a la construcción de infraestructuras, tasas de valorización, zonificación y fijación de tarifas y tasas por servicios. Importante es resaltar en este punto la frase "entre otros", que deja un amplio margen para que la administración y la ciudadanía evalúen y precisen cuales otros actos de la administración pública pueden ser objeto de participación ciudadana, siempre que sean de aquellos que supongan una posible vulneración a los intereses y derechos de la colectividad.

El artículo 25 de la Ley in comento, señala cuatro modalidades que pueden ser utilizadas por las instituciones del Estado, en los actos de la administración pública que requieren la participación ciudadana, exigiendo como requisito previo la publicación de la modalidad de participación ciudadana que se adoptará. Como bien se señala, las modalidades, sin perjuicio de las contempladas en otras leyes, son las siguientes: consulta pública, audiencia pública, foros o talleres y participación directa en instancias institucionales.

[12] Ley No.6 de 22 de enero de 2002. "Que dicta normas para la transparencia en la gestión pública, establece la acción de Hábeas Data y dicta otras disposiciones."

En lo que respecta a la publicación de la modalidad de participación ciudadana que se adoptará en la celebración de un determinado acto administrativo sujeto a participación ciudadana, debemos hacer mención del principio de publicidad definido en el artículo 1 numeral 11 de la Ley de Transparencia, en donde se extrae que la divulgación de la información que emana de la administración pública se debe proporcionar a través de los distintos medios de comunicación social y/o de Internet[13].

Por su parte, en el Capítulo VI sobre las sanciones y responsabilidades personales de los funcionarios, el artículo 23 indica que las sumas dinerarias obtenidas por las multas impuestas a raíz de las sanciones establecidas en la Ley de Transparencia, serán remitidas a una cuenta especial para la Defensoría del Pueblo y serán destinadas a programas de participación ciudadana.

En el ámbito internacional, es importante señalar lo enunciado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, suscrita en diciembre de 1948. En su artículo 19 establece lo siguiente:

> Artículo 19. Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

Mediante la Ley 15, de 28 de octubre de 1977, la República de Panamá insertó a nuestro ordenamiento jurídico la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (Pacto de San José), misma que en su artículo 13 hace referencia a la libertad de pensamiento, de expresión e información de la siguiente manera:

> Artículo 13. Libertad de pensamiento y expresión.
>
> 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su selección.

[13] Ley No.6 de 22 de enero de 2002.

> Artículo 1. para efectos de la aplicación e interpretación de esta Ley, los siguientes términos se entenderán así:
>
> 1. ...
>
> 11. Principio de publicidad. Toda la información que emana de la administración pública es de carácter público, por lo cual el Estado deberá garantizar una organización interna que sistematice la información, para brindar acceso a los ciudadanos y también para su divulgación a través de los distintos medios de comunicación social y/o de Internet.

III. Modalidades de participación ciudadana

Como previamente se expuso, la participación ciudadana puede darse mediante medios o modalidades a través de las cuales la ciudadanía puede formar parte, ya sea para su aprobación o rechazo, en la toma de decisiones sobre asuntos públicos del Estado donde vislumbren una probable lesión de sus derechos o intereses. De acuerdo al artículo 25 de la Ley de Transparencia, transcrito en párrafos precedentes, estos instrumentos son: consulta pública, audiencia pública, foros o talleres y participación directa en instancias institucionales.

En el Proyecto de Ley N° 475 de Participación Ciudadana, que como ya señaláramos se encuentra en discusión en la Asamblea Nacional de Diputados, se enumeran una serie de medios o modalidades con que cuenta la ciudadanía para ejercer la participación ciudadana, los cuales son desarrollados en 12 capítulos dentro del Título III, denominado Los Instrumentos de Participación Ciudadana. Estos instrumentos son los siguientes: asamblea ciudadana, audiencia pública, auditoría social, cabildos abiertos, colaboración ciudadana, consejo consultivo, consulta ciudadana, iniciativa popular, plebiscito, presupuesto participativo, referéndum y otros establecido o que establezca el ordenamiento jurídico del Estado.

Sobre el tema, el licenciado JAVIER SHEFFER TUÑÓN en su obra *Constitucionalización del Derecho a la Información, su Acceso y Tutela*, anota la existencia de leyes sectoriales que legitiman el emplazamiento de los particulares para que valoren, utilizando estos mecanismos, asuntos de interés general; y al respecto hace mención de la Ley orgánica de la Autoridad Nacional del Ambiente, la Ley de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos y la del Ministerio de Vivienda[14].

IV. La participación ciudadana en los servicios públicos

Mediante Ley N° 26 de 29 de enero de 1996, se creó el Ente Regulador de los Servicios Públicos, como un organismo autónomo del estado, con patrimonio propio y personería jurídica. La institución tiene a su cargo el control y fiscalización de los servicios públicos de abastecimiento de agua potable, alcantarillado sanitario, telecomunicaciones y electricidad.

Con posterioridad, a través del Decreto Ley 10 de 22 de febrero de 2006 se reestructuró la organización y atribuciones del Ente Regulador de los Servicios Públicos, cambiando su denominación a Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, en adelante ASEP. En esta excerta legal se dictaron nuevas disposi-

[14] SHEFFER TUÑÓN, J.: *Constitucionalización del Derecho a la Información, su Acceso y Tutela*, Instituto Centroamericano de Estudios Políticos-INCEP- Guatemala, 2007, págs. 66-67.

ciones con la finalidad de conferir a la institución las facultades necesarias para el cumplimiento de sus funciones de regulación, fiscalización y control de los servicios públicos de agua potable, alcantarillado sanitario, electricidad, telecomunicaciones, radio y televisión, así como la transmisión y distribución de gas natural. Observamos, pues, que a través de esta reestructuración se incluyeron como servicios públicos los referentes a 1) radio y televisión y 2) transmisión y distribución de gas natural, servicios estos que están sujetos a la competencia de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos.

Por medio del mencionado Decreto Ley, a través de su artículo 24 se modifica la denominación del Capítulo IV de la Ley 26 de 1996, titulándolo "Principios de Funcionamiento". En el artículo siguiente se adiciona el artículo 20-D a la Ley 26 de 1996, estableciendo lo siguiente:

> Artículo 25. Se adiciona el artículo 20-D a la Ley 26 de 1996, así:
>
> Artículo 20-D. Transparencia. La Autoridad deberá emitir sus resoluciones con transparencia. Toda resolución emitida por la Autoridad será de carácter público y puesta a disposición con prontitud. Los documentos, informes o análisis que sirvan de fundamento para dichas resoluciones serán puestos a disposición del interesado, previa solicitud escrita.

Vemos que es esta norma, la que justifica el carácter público de las resoluciones emitidas por la ASEP. De la misma podemos entrever que cualquier persona tiene acceso a las resoluciones emitidas por la institución; sin embargo, el acceso a la información que sirvió de fundamento para la emisión del acto administrativo (documentos, informes o análisis), debe ser previamente solicitado por escrito por la persona interesada, quedando claro que cualquier persona está legitimada para solicitar y obtener información si se refiere a documentos públicos o de acceso libre. Vinculado a esto, podemos agregar que el artículo 8 del Reglamento[15] de la Ley 26 de 1996 reformada por el Decreto ley 10 de 2006 indica que la Autoridad respetará la confidencialidad de la información que le suministren las empresas prestadoras de los servicios públicos, excepto que esta información sea requerida por autoridad competente. Esta norma advierte que ante la ASEP debe presentarse la información confidencial de manera separada a aquella que es de libre acceso. De igual manera, guarda relación con lo anterior el artículo 34 del Reglamento en donde se agrega que la información de carácter público y los documentos, informes o análisis que fundamentaron la emisión de las resoluciones por parte de la ASEP, serán puestos a disposición de la parte interesada, quien asumirá los costos, a través de reproducciones fotostáticas.

[15] Decreto Ejecutivo N° 279 de 14 de noviembre de 2006. "Por el cual se reglamenta la Ley 26 de 29 de enero de 1996, reformada por el Decreto Ley 10 de 22 de febrero de 2006, que reorganiza la estructura y atribuciones del Ente Regulador de los Servicios Públicos."

En este punto, consideramos importante aclarar la diferencia entre los distintos tipos de información. Así, nos permitimos plasmar las definiciones que nos brinda la Ley de Transparencia respecto a estos tres términos:

> Información de acceso libre. Todo tipo de información en manos de agentes del Estado o cualquier institución pública que no tenga restricción.
>
> Información de acceso restringido. Todo tipo de información en manos de agentes del estado o cualquier institución pública, cuya divulgación haya sido circunscrita únicamente a los funcionarios que la deban conocer en razón de sus atribuciones, de acuerdo con la ley.
>
> Información confidencial. Todo tipo de información en manos de agentes del Estado o cualquier institución pública que tenga relevancia con respecto a los datos médicos y psicológicos de las personas, la vida íntima de los particulares, incluyendo sus asuntos familiares, actividades maritales u orientación sexual, su historial penal y policivo, su correspondencia y conversaciones telefónicas o aquellas mantenidas por cualquier otro medio audiovisual o electrónico, así como la información pertinente a los menores de edad. Para efectos de esta Ley, también se considera como confidencial la información contenida en los registros individuales o expedientes de personal o de recursos humanos de los funcionarios[16].

Cabe señalar que el Decreto Ejecutivo N° 279 de 14 de noviembre de 2006, que reglamenta la Ley de Transparencia, es claro al establecer que previo a la adopción de cualquier reglamentación relativa a los servicios públicos, y con miras a que las disposiciones o reglamentos que se adopten respondan a las necesidades regulatorias de los sectores y al interés general, es requisito indispensable cumplir con alguno de los mecanismos de participación ciudadana establecidos en la Ley.

Por su parte, el artículo 40 del Decreto Ejecutivo No. 73 de 1997 (que reglamenta la Ley N° 31 del 8 de febrero de 1996, por la cual se dictan normas para la regulación de telecomunicaciones en la República de Panamá), señala la potestad de la Entidad Reguladora para someter a Consulta Pública previa, cualquier decisión de aplicación general que afecte a los concesionarios en sus operaciones nacionales o internacionales. No obstante, debemos agregar que si bien en cierto, la consulta pública va dirigida a los concesionarios del servicio, la Autoridad procurando una interpretación más amplia de la norma, permite la participación de toda la ciudadanía.

[16] Ley 6 de 22 de enero de 2002. Artículo 1, numerales 5, 6 y 7.

De nuestro estudio, podemos deducir que los casos en que se requiere la participación ciudadana en la ASEP son medularmente aquellos relacionados con los procedimientos de reglamentación que guarden relación con los servicios públicos, y los que se refieren a la fijación de tarifas y tasas por servicios.

Podemos indicar que, en términos generales, el proceso de participación ciudadana en los sectores (electricidad, telecomunicaciones, agua y alcantarillado y radio y televisión) que se encuentran bajo el control, regulación y fiscalización de la ASEP se realiza de la siguiente manera:

1. Se emite una resolución por medio de la cual la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos aprueba someter a consulta pública o aprueba la celebración de una audiencia pública de una determinada propuesta. De igual manera, se observa que en ocasiones la Autoridad realiza foros informativos dirigidos a lograr la participación de la ciudadanía. Podemos afirmar que la consulta pública es la modalidad más utilizada por parte de la ASEP.

2. La Autoridad comunica al público la modalidad de participación que va a utilizar, mediante Aviso publicado durante dos (2) días calendario en dos diarios de circulación nacional. Asimismo, cabe agregar que este Aviso también sale publicado en la página web de la Autoridad (www.asep.gob.pa)

3. En el caso de las modalidades de consulta pública y audiencia pública, generalmente se indica en la resolución el procedimiento que se requiere para la presentación de comentarios u objeciones. Vemos que en dicho documento se indica que las personas pueden presentar sus comentarios u objeciones en las oficinas de la Autoridad y se detalla en qué departamento deben ser entregados. También se exige que los comentarios sean presentados en sobre cerrado que indique la modalidad y a qué propuesta se refiere el documento. La autoridad requiere que la persona que está participando sustente bien sus argumentos, explicando claramente su posición frente al tema objeto de consulta, y en ocasiones se solicita que acompañen sus comentarios con la documentación técnica que sustenta su posición.

4. La Autoridad Nacional de los Servicios Públicos levanta un Acta de Cierre donde da por finalizado el período de recepción de comentarios y deja constancia del nombre de las personas y/o empresas que presentaron sus comentarios sobre el tema expuesto.

5. Inicia un período de revisión donde la ASEP evalúa a puerta cerrada los comentarios recibidos como parte del proceso de participación y en los casos en que proceda realizar algún cambio, realizará las notificaciones que

correspondan. Vale agregar que, los comentarios u objeciones presentados están disponibles al público en la medida que son presentados, en las oficinas de la Autoridad y a través de la dirección electrónica de la institución. Queda claro que, en cumplimiento con el artículo 4 de la Ley de Transparencia, los costos de la reproducción de la información estarán a cargo del solicitante y serán suministrados en copia simple.

6. Finalmente, se emite la Resolución donde se da por concluida la consulta o audiencia pública y se hace pública la decisión a tomar.

A continuación procedemos a enunciar, por sector, algunas de las propuestas de gestión pública más recientes, donde se han llevado a cabo las modalidades de participación ciudadana establecidas en la Ley de Transparencia:

SECTOR ELECTRICIDAD.

Modalidad: Consulta Pública.

- Propuesta de cálculo de Ingreso Máximo Permitido (IMP) y propuesta de Pliego Tarifario de la Empresa de Transmisión Eléctrica, S.A. (ETESA), para el periodo de 1° de julio de 2009 al 30 de junio de 2013.
- Propuesta del Manual de Normas y Condiciones Técnicas para el Suministro de Energía Eléctrica de la empresa Elektra Noreste, S.A.

Modalidad: Audiencia Pública.

- Propuesta de modificación de las reglas comerciales para el mercado mayorista de electricidad, aprobadas mediante la resolución N° JD-605 de 24 de abril de 1998 y sus modificaciones[17].
- Propuesta de modificación del Reglamento de Transmisión.

Modalidad: Foros o talleres.

- Foro informativo en el cual se explicará el procedimiento seguido para llevar a cabo la fijación de la tarifa de electricidad que regirá hasta el 30 de junio de 2010.

[17] El artículo tercero de la Resolución No. JD-605 de 24 de abril de 1998 y sus modificaciones, establece que las Reglas Comerciales para el Mercado Mayorista de Electricidad, podrán ser modificadas por la ASEP a través del procedimiento de Audiencia Pública, ya sea a petición de parte o de oficio.

SECTOR TELECOMUNICACIONES.

Modalidad: Consulta Pública.

- Modificación Metodológica del Cálculo y/o Medición de la Meta No. 9 (Intensidad de campo en el área de cobertura de la celda) del Servicio de Comunicaciones Personales No. 106 y del Servicio de Telefonía Móvil Celular No. 107.
- Propuesta de modificación del Artículo 4.15 de la Resolución No. JD-4408 de 18 de diciembre de 2003, en virtud de la cual se adoptaron las normas para que las empresas que brindan el servicio de Telefonía Móvil Celular, Bandas A y B, ofrezcan las facilidades de Encaminamiento Automático (presuscripción) y Código de Acceso en las llamadas de Larga Distancia Nacional e Internacional.
- Proyecto de Reglamento para la Instalación, Operación y Uso Compartido de Torres y/o Estructuras que soportan antenas de servicios de telecomunicaciones.
- Directrices para garantizar la prestación eficiente y continua de los servicios de telecomunicaciones.
- Propuesta para la determinación de la metodología e implementación para proveer la facilidad de Portabilidad Numérica en la República de Panamá.

De la investigación realizada sobre las resoluciones y avisos publicados en la página electrónica de la Autoridad, podemos inferir que en el año 2008 hasta la fecha solamente se han efectuado en el sector de telecomunicaciones, consultas públicas dirigidas a los concesionarios y a la ciudadanía en general.

SECTOR RADIO Y TELEVISIÓN.

Modalidad: Participación directa en instancias institucionales.

- Comisión Técnica para el estudio de los Estándares de Radiodifusión Digital.

Modalidad: Consulta Pública.

- Solicitud de cambios de parámetros técnicos. En este caso se establece un período de tiempo para que usuarios del espectro radioeléctrico puedan presentar sus objeciones técnicas con respecto al tema.

SECTOR AGUA Y ALCANTARILLADO.

Modalidad: Consulta Pública.

- Propuesta de modificación a las tarifas de agua potable solicitada por la empresa Altos de Vistamares, S.A., aprobadas mediante la resolución AN No.2375-AGUA de 23 de enero de 2009.
- Anteproyecto de Resolución por la cual **se aprueba** el Estudio presentado por el IDAAN denominado "Tasa de Valorización correspondiente al proyecto de abastecimiento de agua potable desde tierra firme a la Isla de Taboga, provincia de Panamá", aprobada por la Junta Directiva del IDAAN en la Resolución No 56-2006, modificada por la Resolución No. 26-2007, y sometida a la aprobación de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos.
- Anteproyecto de Resolución por la cual **se aprueba** el cálculo del gravamen denominado Contribución Especial por Mejoras Relativa a Acueductos y Alcantarillados Sanitarios, el uso del **Factor de Densidad** en las áreas de zonificación heterogénea, el uso del **Factor de Área** en los sectores de zonificación homogénea y el uso del **Factor de Frente** en los sectores rurales en los que no se dispone de información reconocida por el Registro Público, conforme fue autorizado por el Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales (IDAAN) a través de la Resolución de Junta Directiva No 07-2007 de 25 de enero de 2007, y **se aprueba** el Estudio presentado por el IDAAN denominado "Tasa de Valorización por la Construcción de la Línea de Conducción de agua potable para Costa del Este – Panamá Golf & Country Club, Provincia de Panamá", aprobada por la Junta Directiva del IDAAN en la Resolución No. 08-2007, modificada por la Resolución No. 26-2007, y sometida a la aprobación de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos.

En este análisis, sobre la participación ciudadana y su implementación por parte de la ASEP, se desprende que la relación entre la Autoridad y los ciudadanos es equilibrada, en cuanto a la temática que se estima, y debe contar con la aprobación de la ciudadanía. No obstante, pese a que la institución está utilizando correctamente los mecanismos de participación, observamos cierta apatía por parte de los ciudadanos quienes, por ejemplo, no participan en las consultas públicas y la Autoridad debe prorrogar las mismas por falta de comentarios u objeciones, situación ésta que conlleva un deterioro logístico y dilación en la toma de decisiones.

Tomando en consideración que los sectores que conforman los servicios públicos bajo la mirada y regulación de la ASEP requieren un alto nivel técnico, tanto en su terminología como en su procedimiento, conceptuamos que los profesionales en electricidad, telecomunicaciones y aquellos que poseen vasta

experiencia en los sectores del servicio público son quienes tienen un mayor compromiso con sus conciudadanos en el ejercicio del derecho fundamental de participación ciudadana.

Como bien señalamos al inicio de este manuscrito, la participación ciudadana persigue sensibilizar a la ciudadanía de sus responsabilidades como parte del Estado panameño. No debemos olvidar que somos los panameños quienes tenemos como derecho y deber el ejercicio de un papel protagónico en las tomas de decisiones de la gestión pública.

LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA Y EL CANAL DE PANAMÁ

Marisol Hernández Guardia

La República de Panamá asumió la responsabilidad total por la administración, funcionamiento y mantenimiento del Canal de Panamá el mediodía del 31 de diciembre de 1999. Para cumplir esta responsabilidad se creó una entidad gubernamental denominada Autoridad del Canal de Panamá, creada por la Constitución Política de la República de Panamá y organizada por la Ley 19 del 11 de junio de 1997.

Esta entidad que quedó inserta en la Administración Pública panameña, posee un régimen especial constitucional, legal y reglamentario que regula su operación.

Para una mejor comprensión de este tema, resulta oportuno hacer un recuento histórico de la creación de la Autoridad del Canal de Panamá, entidad que tiene como objetivo fundamental hacer que el canal siempre permanezca abierto al tránsito pacífico e ininterrumpido de las naves de todos los Estados del mundo, sin discriminación, de acuerdo con las condiciones y requisitos establecidos en la Constitución Política, en los tratados internacionales, en su Ley Orgánica y en los reglamentos.

I. Antecedentes históricos de la Autoridad del Canal de Panamá

El día 7 de septiembre de 1977 los gobiernos de los Estados Unidos de América y la República de Panamá firmaron el Tratado del Canal de Panamá, conocido como Tratado Torrijos-Carter. En el numeral 3 del artículo tercero de dicho tratado, se establecía que los Estados Unidos de América, con arreglo a los términos de este tratado y a las leyes de los Estados Unidos de América, cumpliría con sus responsabilidades de manejar, operar y mantener el Canal de Panamá, sus obras, instalaciones y equipos auxiliares y de proveer lo necesario para el tránsito fluido de naves por el Canal de Panamá, por medio de una agencia gubernamental estadounidense que se denominó la Comisión del Canal de Panamá, la cual se constituyó conforme a las leyes de los Estados Unidos de América.

De esta forma, el primero (1°) de octubre de 1979, al entrar en vigencia el Tratado del Canal de Panamá, desapareció la antigua Zona del Canal y su gobierno, así como también la antigua Compañía del Canal de Panamá, la cual fue reemplazada por la Comisión del Canal de Panamá.

Posteriormente, el Consejo Nacional de Legislación, mediante la Ley 66 de 19 de septiembre de 1978, creó la Autoridad del Canal de Panamá como una Entidad Autónoma del Estado con personalidad, patrimonio propio y autonomía en su régimen interno, sujeta únicamente a las políticas, orientación e inspección del Órgano Ejecutivo y la fiscalización de la Contraloría General de la República. No obstante, dicha Ley fue derogada a través de la Ley 19 de 29 de septiembre de 1983 (publicada en la Gaceta Oficial numero 19,914 de 7 de octubre de 1983) y, por ende, dicha entidad quedó disuelta.

El día 14 de mayo de 1991 el entonces Presidente de la República, Guillermo Endara Galimani, designó una Comisión Ad-Hoc de Alto Nivel sobre los Bienes Revertidos y la Futura Administración del Canal de Panamá, la cual elaboró un proyecto de Acto Legislativo que fue aprobado por el Consejo de Gabinete y sometido a la consideración de la Comisión de Gobierno, Justicia y Asuntos Constitucionales de la Asamblea Legislativa.

La entonces Asamblea Legislativa (hoy Asamblea Nacional), durante el primer debate, en cumplimiento de lo dispuesto en el Reglamento Interno consultó a distintos estamentos de la sociedad, incluyendo a todos los partidos políticos, a la Universidad de Panamá, al Colegio Nacional de Abogados, sindicatos, profesionales, etcétera. Este trabajo concluyó el 1º de diciembre de 1993, con la presentación al Pleno de la Asamblea Legislativa de un proyecto de consenso para conformar un nuevo Título Constitucional que constaba de sólo seis (6) artículos. El día 2 de diciembre de 1993 la Asamblea Legislativa inició las discusiones en segundo debate sobre el Acto Reformatorio de la Constitución.

Todos los sectores consultados, entre ellos la Comisión Legislativa que estudió en primer debate el proyecto de reforma a la Constitución presentado por el Órgano Ejecutivo, coincidieron en que la materia relativa al Canal de Panamá debía consagrarse con rango constitucional para diferenciarla claramente y sustraerla de la aplicación de disposiciones existentes en la Constitución y garantizar de esta forma la autonomía del ente que se iba a crear frente al resto de las instituciones del Estado, con la finalidad de que el Canal conservara su valor estratégico para la economía mundial en orden a los encargos internacionales adquiridos.

El Pleno de la Asamblea Legislativa aprobó el proyecto presentado por el Ejecutivo como un nuevo título constitucional, de acuerdo a la opinión de la mayoría de los grupos consultados, de tal forma que la nueva Autoridad del Canal de Panamá fuera una persona jurídica autónoma de Derecho Público, de características y facultades especiales y con un régimen laboral especial.

Esta característica que le da la Constitución Política a la Autoridad del Canal de Panamá de ser una entidad autónoma, no es ajena al derecho moderno que persigue desburocratizar el aparato estatal mediante la creación de entes con mayor autonomía para el debido cumplimiento de los fines del Estado, lo cual cobra mayor importancia en un tema de orden público de carácter nacional e internacional como lo es el funcionamiento eficaz, continuo, expedito, seguro y rentable del Canal de Panamá.

En este sentido, resulta oportuno citar la definición que le da el Diccionario Jurídico de JOSÉ ALBERTO GARRONE a los entes autárquicos o autónomos:

> Por entidad autárquica debe entenderse toda persona jurídica pública que, con aptitud legal para administrarse a sí misma, cumple fines públicos específicos. De ahí que los rasgos esenciales de tales entidades son:
> 1) constituyen una persona jurídica; 2) trátese de una persona jurídica pública; 3) es una persona jurídica pública estatal, vale decir, pertenece a los cuadros de la administración pública e integra los mismos, 4) realiza o cumple fines públicos, que son fines propios del Estado; 5) su competencia o capacidad jurídica envuelve esencialmente la de administrarse a sí misma, conforme a la norma que le dio origen; 6) siempre es creada por el Estado.
> Entidad autárquica equivale al *établissement public* de los franceses, y al *ente autónomo* de los uruguayos y chilenos. Pero al igual que estos dos últimos, la entidad autárquica es parte integrante de la administración pública[1].

Con la creación del título XIV de la Constitución Política de la República de Panamá puede observarse que la intención del Legislador, en funciones de constituyentes, era concederle a la Autoridad del Canal de Panamá de una autonomía que le permitiera, entre otras cosas, administrar su propio patrimonio, asumir la defensa de su derecho en juicio, como demandante o como demandada, lo que le permitirá el cumplimiento de la misión para la cual fue creada y para darle al transporte y al comercio marítimo internacional la garantía de que el Canal sería manejado con igual o mayor eficiencia por parte del gobierno panameño.

[1] GARRONE, J. A.: *Diccionario Manual Jurídico*, segunda edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, págs. 339 y 340.

En este sentido, el artículo 315 de la Constitución Política implanta un orden de jerarquía normativa distinto al resto de las distintas entidades públicas con el objeto de que el Canal, obra de gran importancia para la nación panameña por su significado y valor estratégico para nuestro país y la comunidad internacional, no fuera alterado. Dicho artículo preceptúa que el uso del Canal de Panamá estará sujeto a los requisitos y condiciones que establezcan la Constitución, la Ley y su Administración.

Por su parte, el artículo 316 de la Constitución Política establece claramente que se crea una persona jurídica autónoma de Derecho Público, que se denominará Autoridad del Canal de Panamá, a la que corresponderá privativamente la administración, funcionamiento, conservación, mantenimiento y modernización del Canal de Panamá y sus actividades conexas, con arreglo a las normas constitucionales y legales vigentes, a fin que funcione de manera segura, continua, eficiente y rentable. Tendrá patrimonio propio y derecho de administrarlo.

De igual forma indica el artículo 316 en mención que a la Autoridad del Canal de Panamá corresponde la responsabilidad por la administración, mantenimiento, uso y conservación de los recursos hídricos de la cuenca hidrográfica del Canal de Panamá, constituidos por el agua de los lagos y sus corrientes tributarias, en coordinación con los organismos estatales que la Ley determine. Los planes de construcción, uso de las aguas, utilización, expansión, desarrollo de los puertos y de cualquiera otra obra o construcción en las riberas del Canal de Panamá, requerirán la aprobación previa de la Autoridad del Canal de Panamá.

II. Jurisdicción contencioso-administrativa

El artículo 206 de la Constitución Política, en su numeral segundo, consagra la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, atribuida por esa misma disposición a la Corte Suprema de Justicia y, en particular, a la Sala Tercera de ese mismo organismo, en virtud de lo dispuesto en la parte inicial del artículo 97 del Código Judicial. Dicha disposición constitucional es del tenor siguiente:

> Artículo 206. La Corte Suprema de Justicia tendrá, entre sus atribuciones constitucionales y legales, las siguientes:
> ...
> 2.La jurisdicción contencioso-administrativa respecto de los actos, omisiones, prestación defectuosa o deficiente de los servicios públicos, resoluciones, órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten, expidan o que incurran en el ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, los funcionarios públicos y autoridades nacionales, provinciales, municipales y de las entidades públicas autónomas o semiautónomas. A tal fin, la Corte Suprema de Justicia con audiencia del

> Procurador de la Administración, podrá anular los casos acusados de ilegalidad; restablecer el derecho particular violado; estatuir nuevas disposiciones en reemplazo de las impugnadas y pronunciarse prejudicialmente acerca del sentido y alcance de un acto administrativo o de su valor legal. Podrán acogerse a la jurisdicción contencioso-administrativa las personas afectadas por el acto, resolución, orden o disposición de que se trate; y, en ejercicio de la acción pública, cualquier persona natural o jurídica domiciliada en el país".

El artículo 97 del Código Judicial se encarga de desarrollar aquella norma constitucional y enumera las distintas materias que son de competencia de la Sala Contencioso-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia. Dicha norma establece claramente que a la Sala Tercera le están atribuidos los procesos que se originen por actos, omisiones, prestaciones defectuosas o deficientes de los servidores públicos, resoluciones, órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten, expidan o en que incurran en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, los funcionarios públicos o autoridades nacionales, provinciales, municipales y las entidades públicas autónomas o semiautónomas.

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

> 1. De los decretos, órdenes, resoluciones o cualesquiera actos, sean generales o individuales, en materia administrativa, que se acusen de ilegalidad;
>
> 2. De los actos, resoluciones, órdenes o disposiciones de los Gerentes o de las Juntas Directivas o de Gobierno, cualquiera que sea su denominación, de las entidades públicas autónomas o semiautónomas que se acusen de ser violatorias de las leyes, de los decretos reglamentarios o de sus propios estatutos, reglamentos y acuerdos;
>
> 3. De los recursos contenciosos en los casos de adjudicación de tierras y de bienes ocultos.
>
> 4. De las apelaciones, excepciones, tercerías o cualquier incidente en los procesos por cobro coactivo.
>
> 5. De las cuestiones suscitadas con motivo de la celebración, cumplimiento o extinción de los contratos administrativos.
>
> 6. De las cuestiones que se susciten en el orden administrativo entre dos o más municipios o entre dos o más instituciones autónomas o entre un municipio y la Nación o entre una institución autónoma y la Nación o entre cualquiera de ellas;
>
> 7. De los Acuerdos o cualquier acto, resolución o disposición de los Consejos Provinciales, los Consejos Municipales, Juntas Comunales y Juntas Locales o

de las autoridades y funcionarios que de ellas dependan, contrarias a las leyes, a los decretos que las reglamenten o a sus propias normas;

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

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

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

11. De la interpretación prejudicial acerca del alcance y sentido de los actos administrativos cuando la autoridad judicial encargada de decidir un proceso o la administrativa encargada de su ejecución, lo solicite de oficio antes de resolver el fondo del negocio o de ejecutar el acto, según corresponda;

12. Conocer perjudicialmente sobre la validez de los actos administrativos que deberán servir de base a una decisión jurisdiccional por consulta que al efecto formule la autoridad encargada de administrar justicia;

13. Conocer del recurso de Casación Laboral, a que se refiere el Capítulo IV, Título VIII, Libro Cuarto del Código de Trabajo, hasta tanto se instituya la Corte de Casación Laboral;

14. Ejercer todas las demás atribuciones que el Código de Trabajo atribuye a la Corte de Casación Laboral.

15. Del proceso de protección de los derechos humanos mediante el cual la Sala podrá 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. Este proceso se tramitara según las normas de la Ley 135 de 30 de abril de 1943 y de la Ley 33 de 11 de septiembre de 1946, pero no se requerirá que el agraviado agote previamente la vía gubernativa, el Procurador de la Administración sólo intervendrá en interés de la ley.

La jurisdicción contenciosa administrativa adscrita a la Sala Tercera se encuentra regulada por la Ley 135 de 1943, modificada por la Ley 33 de 1946. En la República de Panamá existe una pluralidad de acciones contencioso-administrativas que permiten la impugnación de actos administrativos, tales

como la acción de nulidad, la acción de plena jurisdicción, el contencioso de interpretación, el contencioso de apreciación de validez, el contencioso de derechos humanos, la viabilidad de pago y la reparación directa.

Como institución de Derecho Público, la Autoridad del Canal de Panamá emite actos administrativos, cuya impugnación será objeto de conocimiento de la Sala Tercera de la Corte Suprema.

En este sentido, el artículo primero de la Ley 19 de 1997, "Por la cual se organiza la Autoridad del Canal de Panamá", define a dicha entidad como una persona jurídica autónoma de derecho público, por lo que la misma emite actos administrativos y conforme al artículo 1 del Acuerdo No.29 de 16 de diciembre de 1999 "Por el cual se aprueba el Reglamento sobre el Procedimiento Administrativo General de la Autoridad del Canal de Panamá" contra los actos, órdenes o resoluciones definitivas de la Administración que afecten a los particulares, podrá interponerse por los interesados el recurso administrativo de reconsideración, con el objeto de que se aclare, modifique o revoque la decisión contenida en ellas.

Cabe señalar que mediante fallo de 10 de octubre de 2005[2], el Pleno de la Corte Suprema de Justicia declaró que no es inconstitucional el Acuerdo No.29 de 16 de diciembre de 1999 "Por el cual se aprueba el Reglamento sobre el Procedimiento Administrativo General de la Autoridad del Canal de Panamá". El punto a dilucidar en el mencionado fallo recaía en determinar la existencia o no de la facultad de la Junta Directiva para emitir el Acuerdo No. 29 de 1999, por el cual se aprobó el Reglamento sobre el Procedimiento Administrativo General de la Autoridad del Canal de Panamá, así como valorar que a través de esta reglamentación se establece que la vía para impugnar los actos emitidos por la Autoridad del Canal de Panamá, finaliza con el recurso de reconsideración. La conclusión a la que llegó el Pleno de la Corte Suprema en dicho fallo fue que la facultad reglamentaria de la Junta Directiva de la Autoridad del Canal de Panamá, se encuentra reconocida por medio de nuestra máxima norma jurídica, y mediante la Ley que "Organiza la Autoridad del Canal de Panamá", que también reconoce taxativamente como una de las facultades de la Junta Directiva de esta entidad, la de dictar reglamentos. Con respecto al segundo punto, la Corte indicó que el establecimiento del recurso de reconsideración como medio de impugnación de las actuaciones de la Autoridad del Canal de Panamá, como única instancia, no es motivo para considerar que se vulnera el debido proceso, o se impida el derecho de defensa, "ya que no sólo cuenta con un remedio legal para impugnar dentro de la Autoridad del Canal, sino

[2] Demanda de inconstitucionalidad presentada por el Dr. NANDER PITTY VÁSQUEZ, contra el Acuerdo No.29 de 16 de diciembre de 1999 de la Junta Directiva del Canal de Panamá. Ponente: ALBERTO CIGARRUISTA, Registro Judicial de octubre de 2005, págs. 56-62.

que luego de utilizar el mismo, se puede hacer uso de la vía contencioso administrativa".

De conformidad con el artículo 5 del Acuerdo, la resolución que recaiga sobre el recurso de reconsideración pone fin a la vía administrativa, por lo que una vez agotada la misma se puede recurrir a la jurisdicción contencioso administrativa.

Ahora bien, resulta sumamente importante destacar que el artículo 126 de la Ley Orgánica de la Autoridad del Canal de Panamá establece claramente que en ningún caso podrá decretarse, en la jurisdicción contencioso-administrativa, la suspensión provisional de cualquier acto de la Autoridad demandado ante aquella, única medida cautelar aplicable ante esta jurisdicción, tal como lo ha sostenido la Sala Tercera en distintos pronunciamientos. En este sentido, la Sala mediante resolución de 18 de junio de 2007 señaló lo siguiente:

> ...conforme a la Ley 135 de 1943 modificada por la Ley 43 de 1946, la única medida tendiente a garantizar que el objeto litigioso no se pierda es la suspensión provisional del acto administrativo, el cual marcada jurisprudencia de la Sala Tercera, ha señalado que implica la interrupción o detención temporal de los efectos del acto administrativo, de manera provisional o preventiva, hasta tanto se resuelva el mérito de las pretensiones en la sentencia de fondo, de forma tal, que no se pierda o sea de difícil o imposible reparación los derechos o intereses demandados, mientras se pone fin al proceso.
>
> La Ley de lo Contencioso Administrativo, con base al artículo 57-C permite que sus vacíos puedan ser complementados por las normas generales del Código Judicial y las leyes que lo adicionen y reformen; no obstante, no debe perderse de vista que las normas que no le sean compatibles, pues, bajo ningún motivo podrán ser aplicadas. Vale advertir, que en lo que respecta a medidas cautelares la legislación de lo contencioso administrativo no se encuentra desamparada ya que su artículo 73 dispone taxativamente lo referente a la suspensión provisional; de allí que, a fin de lograr proteger o asegurar los efectos que se advierten amenazados con el acto presuntamente ilegal o arbitrario lo procedente es solicitar la suspensión provisional, –que es una acción de tutela cautelar–, para que así, de haber mérito suficiente la Sala declare tal suspensión.
>
> La suspensión provisional, es una acción de naturaleza cautelar. Comenta al respecto, el maestro FÁBREGA que "La suspensión reúne todas las características de las medidas cautelares y si lo considera la doctrina". En ese sentido, el autor panameño cita lo siguiente "El procedimiento de suspensión –expone Sandulli– es considerado como un verdadero y propio proceso de naturaleza cautelar. Está estrechamente ligado al proceso principal de impugnación, de ahí que necesariamente se extinga con la extinción de aquél" (ALDO SANDULLI, *Manueale de diritto amnistrativo*. Edit. Jovene: JOSÉ ENRIQUE ROJAS FRANCO, *El incidente de suspensión del acto administrativo en la vía judicial.*

Colegio de Abogados, San José, 1983)" (FÁBREGA PONCE, JORGE. *Medidas Cautelares*. edit. Jurídicas Gustavo Ibáñez. Colombia, 1998. pág. 350).

En conclusión, nuestro derecho positivo establece dentro de los procesos contencioso administrativo de conocimiento de la Sala Tercera, la posibilidad de garantizar el objeto de la controversia jurídica a través de la suspensión provisional del acto, la cual como es sabido es una medida de aplicación discrecional y procede en la medida que se evidencie un peligro notoriamente grave de difícil reparación, y que concurra el principio de apariencia de buen derecho; la suspensión provisional es considerada conforme a sus características y naturaleza jurídica como una medida cautelar típica-especificada. La Ley 135 de 1943 modificada por la Ley 23 de 1946 no advierte, además de la acción precautoria señalada otro tipo de medidas, ni tampoco dispone potestades cautelares innominadas –aquellas no descritas– o –especificadas en el ordenamiento–.

La jurisprudencia de la Sala Tercera, a nuestros días ha venido asumiendo solamente la función cautelar en cuanto a la suspensión provisional, debiéndose ello a que sea esta la única tipificada en nuestro ordenamiento. Ahora bien, en cierta forma encuentra asidero lo sostenido por el *petente* en lo referente a la necesidad de observar otras formas cautelares de mayor amplitud, que como en distintas legislaciones y en diversas disciplinas del derecho (civil, marítimo, etc.), han sido reconocidas con base a que las preexistentes en ciertos casos no han podido satisfacer o tutelar efectivamente los derechos del solicitante. Estas medidas se les denomina innominadas, su característica más relevante, es que, como hemos dicho, estas no se encuentran determinadas en la ley ni tampoco pertenecen al conjunto de medidas que tradicionalmente se contemplan; con ellas, básicamente, se pretende satisfacer verdaderamente la necesidad cautelar, la cual en no todos los casos, podrá rendir efectivamente sus frutos a través, por ejemplo, de la suspensión provisional[3].

III. Régimen laboral especial de la autoridad del canal de Panamá

La Autoridad del Canal de Panamá se rige por un sistema laboral especial por mandato del artículo 322 de la Constitución. Dicho precepto constitucional lo desarrolla el artículo 81 de la Ley N° 19 de 11 de junio de 1997 (Ley Orgánica de la Autoridad del Canal de Panamá), cuando establece que la Autoridad está sujeta a un régimen laboral especial, por lo que a los funcionarios, a los trabajadores de confianza, a los trabajadores y a las organizaciones sindicales de la Autoridad, no les serán aplicables las disposiciones del Código de Trabajo y del Código Administrativo, sino las disposiciones de la Ley Orgánica

[3] Demanda Contencioso Administrativa de Nulidad interpuesta por la firma Barrancos & Henríquez en representación de HECTOR REQUENA, para que se declare nula por ilegal el Acta N° 3-2006 del 27 de septiembre de 2006, emitida por el Tribunal Superior de Elecciones de la Universidad Autónoma de Chiriquí. Ponente: VICTOR L. BENAVIDES, Registro Judicial de Junio de 2007, págs. 361-365.

de la Autoridad del Canal de Panamá, los reglamentos y las convenciones colectivas.

La Ley Orgánica de la Autoridad del Canal de Panamá señala que la vía adecuada para resolver reclamos de tipo laboral en dicha entidad es el procedimiento para la tramitación de quejas establecidas en la convención colectiva. Al respecto, el artículo 104 de la Ley en mención dispone que "Toda convención colectiva tendrá un procedimiento para la tramitación de quejas, que incluirá la facultad de invocar arbitraje y medios alternativos para resolverlas. Este procedimiento constituirá el mecanismo administrativo exclusivo para resolver las quejas".

De este procedimiento de quejas, quedan excluidos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Autoridad del Canal de Panamá, los siguientes asuntos:

1. Las actividades políticas prohibidas a las que se refiere el artículo 88 de esta Ley.
2. La jubilación, los seguros de vida y seguros médicos.
3. Los exámenes, certificaciones y nombramientos de personal.
4. La clasificación de cualquier puesto que no resulte en una reducción de grado o salario.
5. Aquellos que sean excluidos de común acuerdo en las convenciones colectivas.

Según lo preceptuado en el artículo 106 de la Ley Orgánica de la Autoridad del Canal de Panamá, el arbitraje constituye la última instancia administrativa de la controversia laboral, el cual se regirá por lo dispuesto en esta Ley, los reglamentos y las convenciones colectivas. De invocarse arbitraje, el laudo correspondiente será de obligatorio cumplimiento.

Los laudos arbitrales podrán ser recurridos ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, dentro del término de 30 días hábiles, contado desde la notificación del fallo correspondiente, tal como lo dispone el artículo 107 de la Ley Orgánica.

La Sala ha reconocido la especialidad de la regulación laboral de la Autoridad del Canal de Panamá y sus trabajadores. Así en el auto de 3 de julio de 2000, la Sala indicó lo siguiente:

> El Magistrado considera que la presente demanda es inadmisible por las razones que se explican a continuación. Tal como lo dispone el artículo 81 de la Ley 19 de 11 de junio de 1997 (Ley Orgánica de la Autoridad del Canal

> de Panamá), la Autoridad está sujeta a un régimen laboral especial, por lo que a los funcionarios, a los trabajadores de confianza, a los trabajadores y a las organizaciones sindicales de la Autoridad, no les serán aplicables las disposiciones del Código de Trabajo y del Código Administrativo, sino las disposiciones de la Ley Orgánica de la Autoridad del Canal de Panamá, los reglamentos y las convenciones colectivas. En este sentido cabe señalar que la Ley Orgánica prevé el procedimiento para la tramitación de quejas establecida en la convención colectiva, como la vía adecuada para resolver reclamos de tipo laboral. Por lo tanto, el recurrente no debió, mediante una demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción, efectuar este tipo de reclamos por no ser la vía adecuada, sino de que debió recurrir al procedimiento para la reclamación de quejas para el reclamo de su pretensión.
>
> Vale destacar que el arbitraje constituye la última instancia administrativa de la controversia laboral, según establece el artículo 106 de la Ley Orgánica de la Autoridad del Canal de Panamá, y que sólo podrán ser recurridos ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, los laudos arbitrales dentro del término de 30 días hábiles, contado desde la notificación del fallo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107 de la citada ley[4].

El recurso que cabe contra el laudo arbitral, el cual se concede en el efecto suspensivo, sólo procederá cuando el mismo esté basado en una interpretación errónea de la Ley o los reglamentos, por parcialidad manifiesta del árbitro o incumplimiento del debido proceso en el desarrollo del arbitraje, tal como lo dispone el artículo 107 de la Ley Orgánica de la Autoridad del Canal de Panamá.

Es de observar que la Ley Orgánica de la Autoridad del Canal de Panamá es parca en cuanto al procedimiento que debe seguirse para este recurso, por lo que la Sala Tercera, mediante resolución de 8 de agosto de 2003, interpretó que el mismo es un recurso de legalidad innominado y que el mismo únicamente procede cuando el laudo arbitral está basado en los siguientes supuestos específicos: "una interpretación errónea de la Ley o los reglamentos, por parcialidad manifiesta del árbitro o incumplimiento del debido proceso en el desarrollo del arbitraje". Dicho fallo señala medularmente lo siguiente:

> La Sala considera que le asiste la razón a la Procuradora de la Administración cuando señala que el recurso interpuesto por el sindicato PANAMA AREA METAL TRADES COUNCIL (PAMTC) fue mal denominado recurso de apelación, pues si bien es cierto que el artículo 107 de la Ley Orgánica de la Autoridad del Canal de Panamá indica que los laudos arbitrales pueden ser recurridos ante la Sala

[4] Demanda Contencioso Administrativa de plena jurisdicción, interpuesta por la firma Barrancos y Asociados, en representación de HENRY PINO, para que se declare nula, por ilegal, la orden contenida en la Nota de 10 de marzo del 2000, emitida por el Director de Operaciones Marítimas de la Autoridad del Canal de Panamá, y para que se hagan otras declaraciones. Magistrado Ponente: ARTURO HOYOS, Registro Judicial de Junio de 2000, págs. 479-480.

> Tercera de la Corte Suprema de Justicia, el artículo 106 de la misma ley indica claramente que el arbitraje constituye la última instancia de la controversia. Por lo tanto, el artículo 107 no faculta a la Sala Tercera para conocer en segunda instancia de los recursos que se pongan en contra de laudos arbitrales, pues esto implicaría una revisión exhaustiva del acto apelado, pero el error en la designación de este recurso de legalidad innominado no es motivo para desestimar el mismo. Sí lo es, en cambio, no fundarlo en alguna de las tres causales previstas en el artículo 107. Lo que dicha norma dispone es que el recurso que se interpone ante la Sala Tercera sólo procederá cuando el laudo arbitral está basado en los siguientes supuestos específicos: "una interpretación errónea de la Ley o los reglamentos, por parcialidad manifiesta del árbitro o incumplimiento del debido proceso en el desarrollo del arbitraje".
>
> Vale destacar que, con fundamento en el numeral 2 del artículo 203 de la Constitución Nacional, a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia le corresponde el control de la legalidad de los actos administrativos. Es por ello que la Sala sólo puede revisar los actos administrativos de la Administración de carácter individual o general que violen la ley o disposiciones con jerarquía de ley, o normas materiales emitidas por la propia administración. Por lo tanto, el recurso al que se refiere el artículo 107 de la Ley Orgánica de la Autoridad del Canal de Panamá, debe estar encaminado a fin de que la Sala se pronuncie sobre la legalidad del laudo arbitral con fundamento en tres causales: interpretación errónea de la Ley o los reglamentos; parcialidad manifiesta del árbitro e infracción del debido proceso[5].

Para finalizar con este punto es necesario señalar que la razón por la cual se dotó a la Autoridad del Canal de Panamá con estos mecanismos de dirimencia, obedece a que como el Canal tiene que permanecer permanentemente abierto al tránsito pacífico e ininterrumpido de las naves de todas las naciones, está prohibido cualquier tipo de interrupción en las actividades relativas a la Autoridad del Canal de Panamá (ACP), incluyendo la huelga. Así lo señaló recientemente el Pleno de la Corte Suprema de Justicia a través del fallo de 27 de abril de 2009:

> ...resulta de mucha importancia destacar que como la huelga en el Canal de Panamá está prohibida, el legislador dotó a los trabajadores de esta institución de garantías compensatorias imparciales y rápidas para la defensa de sus intereses socioeconómicos y profesionales, pues el artículo 322 de la Carta Fundamental en su tercer párrafo preceptúa que "Los conflictos laborales entre los trabajadores del Canal de Panamá y su Administración serán resueltos entre los trabajadores o los sindicatos y la Administración, siguiendo los mecanismos

[5] Recurso de apelación presentado por el Licenciado IAN ERIC ROJAS HERRERA, actuando en nombre y representación de Panamá Área Metal Trades Council (PAMTC), contra el Laudo Arbitral 01-005-ARB de 19 de agosto de 2002 que se refiere a la queja por el no pago de diferencial por exposición a clima o terreno peligroso, entre Panamá Área Metal Trades Council (PAMTC)-VS-Autoridad del Canal de Panama. Ponente: ARTURO HOYOS, Registro Judicial de agosto de 2003, págs.411-415.

> de dirimencia que se establezcan en la Ley. El arbitraje constituirá la última instancia administrativa.
>
> En este sentido, observa el Pleno de esta Corporación de Justicia que la Ley Orgánica prevé el procedimiento para la tramitación de quejas establecida en la convención colectiva, como la vía adecuada para resolver reclamos de tipo laboral y el arbitraje constituye la última instancia administrativa de la controversia laboral, según establece el artículo 106 de la Ley Orgánica de la Autoridad del Canal de Panamá y que sólo podrán ser recurridos ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, los laudos arbitrales dentro del término de 30 días hábiles, contado desde la notificación del fallo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107 de la citada Ley.
>
> Estas garantías compensatorias de las cuales gozan los trabajadores de la Autoridad del Canal de Panamá, se encuentran contenidos dentro de los principios del Comité de Libertad Sindical como de la Comisión de Expertos sobre el Derecho de Huelga que señalan que cuando el derecho de huelga ha sido limitado o suprimido en empresas o servicios considerados esenciales, los trabajadores deberán gozar de una protección adecuada, de suerte que se les compensen las restricciones impuestas a su libertad de acción durante los conflictos que puedan surgir en dichas empresas o servicios, como lo son los procedimientos de conciliación y arbitraje adecuados, imparciales y rápidos en que los interesados puedan participar en todas las etapas, y que los laudos dictados deberían ser aplicados por completo y rápidamente[6].

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá también tiene competencia para conocer, como tribunal de apelación, de las decisiones de la Junta de Relaciones Laborales de la Autoridad del Canal de Panamá.

El artículo 111 de la Ley Orgánica de la Autoridad del Canal de Panamá crea la Junta de Relaciones Laborales con la finalidad de promover la cooperación y el buen entendimiento en las relaciones laborales, así como de resolver conflictos laborales que están bajo su competencia. Esta Junta de Relaciones Laborales estará integrada por cinco miembros designados por el presidente de la República de listas elaboradas, de común acuerdo, por la administración de la Autoridad y los representantes exclusivos.

La Junta de Relaciones Laborales tomará sus decisiones con plena autonomía e independencia, las cuales serán de obligatorio cumplimiento por las partes.

[6] Demanda de Inconstitucionalidad presentada por la Licenciada ANAYANSI TURNER YAU, en representación de la CONFEDERACIÓN NACIONAL DE UNIDAD SINDICAL INDEPENDIENTE (CONUSI), contra varios artículos y expresiones de la Ley 19 de 11 de junio de 1997, "Por la cual se organiza la Autoridad el Canal de Panamá". Magistrado Ponente: VÍCTOR BENAVIDES.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 114 de la Ley Orgánica de la Autoridad del Canal de Panamá, la Junta de Relaciones Laborales tramitará, con prontitud, todo asunto de su competencia que se le presente y, de conformidad con sus reglamentaciones, tendrá la facultad discrecional de recomendar a las partes los procedimientos para la resolución del asunto, o de resolverlo por los medios y procedimientos que considere convenientes.

En cuanto a las decisiones que emita la Junta de Relaciones Laborales serán inapelables, salvo que sean contrarias a esta Ley, en cuyo caso la apelación se surtirá ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Corte Suprema de Justicia, cuya decisión será definitiva y obligatoria.

IV. Jurisdicción coactiva

La Sala Tercera también es competente, por mandato legal, para conocer de otros asuntos que no son contenciosos administrativos. Uno de estos asuntos está relacionado con el conocimiento y decisión de apelaciones, incidentes, excepciones, tercerías y nulidades que fueren presentadas en las ejecuciones por cobro coactivo.

Por su parte, el artículo 42 de la Ley Orgánica de la Autoridad del Canal de Panamá establece claramente que la Autoridad tendrá jurisdicción coactiva para el cobro o ejecución de sus créditos y que a parte de los documentos señalados en el Código Judicial, prestarán mérito ejecutivo las certificaciones de auditoría interna, relativas a las obligaciones vencidas de cualquier naturaleza, pendientes de pago en favor de la Autoridad.

Por lo tanto, la Sala Tercera de la Corte Suprema también tendrá competencia para conocer y decidir las apelaciones, incidentes, excepciones, tercerías y nulidades que fueren presentadas en las ejecuciones por cobro coactivo que tramite la Autoridad del Canal de Panamá. Sin embargo, la Autoridad del Canal de Panamá hasta el momento no ha instituido un juzgado ejecutor.

V. Reclamaciones que son irrecurribles ante la Sala Tercera

Como lo hemos indicado a lo largo de este artículo, la Autoridad del Canal de Panamá es una persona jurídica autónoma de Derecho Público que posee un régimen especial que abarca funciones que le son privativas para la operación, administración y funcionamiento del Canal. Entre dichas funciones se desarrolla en el Capítulo IV de la Ley 19, la de reglamentar la navegación por el Canal, lo que comprende entre otros aspectos, un procedimiento específico para la solución de conflictos generados por accidentes de navegación.

En lo respecta a la aplicación del procedimiento para la solución de conflictos generados por accidentes de navegación, podemos resaltar lo siguiente:

1. El proceso se inicia con la investigación de la Junta de Inspectores de la Autoridad del Canal de Panamá, quienes confeccionarán un informe con la opinión sobre las causas y responsabilidades del accidente y los daños causados, ya sea a la nave, a su carga, tripulación, pasajeros o bienes de la Autoridad del Canal de Panamá. (V. Arts. 60-62 de la Ley Orgánica)

2. La Autoridad podrá reclamar indemnización por daño que se ocasione al Canal, a sus trabajadores y a los bienes de la Autoridad, previa comprobación por la Junta de Inspectores que "el daño es consecuencia de negligencia o culpa atribuible al propietario o armador, a la nave, al capitán, a su tripulación, a su carga o a sus pasajeros", de conformidad con lo dispuesto por el artículo 63 de la Ley Orgánica de la Autoridad del Canal de Panamá.

3. La persona responsable por los daños y perjuicios ocasionados, puede reclamar el ajuste realizado por la Autoridad del Canal de Panamá ante los tribunales marítimos de Panamá con jurisdicción en toda la República, los cuales de acuerdo al artículo 70 de la Ley, tienen competencia privativa para conocer de estas demandas.

4. Los artículos 71 y 72 ratifican la obligación de seguir con la formalidad dispuesta en la Ley 19 de 1997, de verificarse los supuestos previstos en el tráfico marítimo:

> Artículo 71. No procederá acción, demanda o reclamación alguna, contra la Autoridad o contra trabajador de ésta, por los motivos contemplados en esta sección que no se ajusten a sus disposiciones.
>
> Artículo 72. Sin perjuicio de la intervención que le quepa a la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en su condición de tribunal de apelación, *los tribunales marítimos panameños con jurisdicción en toda la República tendrán competencia privativa y excluyente frente a cualquier otro tribunal de justicia, nacional o extranjero, para conocer de todas las reclamaciones, acciones o procesos judiciales que surjan con motivo de los hechos contemplados en esta sección*. (El resaltado es de la Sala)

6. Otra disposición aplicable es el artículo 17 de la Ley 8 de 30 de marzo de 1982, por la cual se crean los Tribunales Marítimos:

> Artículo 17: Los tribunales marítimos tendrán competencia privativa en las causas que surjan de los actos referentes al comercio, transporte y tráfico marítimo, ocurridos dentro del territorio de la República de Panamá, en su mar territorial, las aguas navegables de sus ríos, lagos y en las del Canal de Panamá

...

La reclamación por el monto de daños y perjuicios exigidos por la Autoridad del Canal de Panamá, en razón de accidentes de navegación en el Canal es una materia que se encuentra fuera del ámbito de conocimiento de la Sala Tercera, y la cual es atribuida por ley a los tribunales marítimos de la República de Panamá. En este sentido, la Sala Tercera mediante resolución de 22 de marzo de 2006, indicó lo siguiente:

El proceso seguido por la ACP se origina por la colisión de la motonave EL HADJAR con una torre de señales, utilizada como instrumento de señalización de navegación en aguas del Canal. De conformidad al procedimiento contemplado en la Ley 19 de 1997 (Ley Orgánica de la institución), la Junta de Inspectores de la Autoridad realizó una investigación del accidente, donde se determinó las causas del mismo y para asegurar el cobro de los daños ocasionados a la instalación de la ACP, se requirió una carta de garantía de pago hasta que se cuantificara el monto total de los daños.

De lo anterior se advierte, que la controversia gira en torno a un accidente de navegación y la determinación de la responsabilidad causada, cuyo procedimiento de reclamo contra la ACP se encuentra regulado en los artículos 70 y 72, Capítulo IV – Naves y Navegación, Sección Segunda – Daños con Motivo de la Navegación, de la Ley 19, que a la letra disponen:

Artículo 70. El reclamante inconforme con la determinación de la responsabilidad y de los daños y perjuicios a que se refiere esta sección, y que esté en desacuerdo con el ajuste correspondiente que haga la Autoridad, podrá demandar, ante los tribunales marítimos de Panamá con jurisdicción en toda la República, los cuales tendrán competencia privativa. El término de prescripción para el ejercicio de la acción será de un año, contado a partir de la notificación, al reclamante o a su representante debidamente autorizado, de la determinación final de la indemnización que haga la Autoridad, según lo disponga el reglamento.
(El destacado es de la Sala)

Artículo 72. Sin perjuicio de la intervención que le quepa a la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en su condición de tribunal de apelación, los tribunales marítimos panameños con jurisdicción en toda la República tendrán competencia privativa y excluyente frente a cualquier otro tribunal de justicia, nacional o extranjero, para conocer de todas las reclamaciones, acciones o procesos judiciales que surjan con motivo de los hechos contemplados en esta sección.

El mecanismo de reclamo previsto en la Ley 19, para aquellos casos en que exista oposición de la parte encontrada responsable, en razón de este tipo de daños, debe ser ejercido ante los tribunales marítimos de Panamá, en forma privativa.

En igual sentido, el artículo 17 de la Ley 8 de 30 de marzo de 1982, por la cual se crean los Tribunales Marítimos, estatuye lo siguiente:

> Artículo 17: Los tribunales marítimos tendrán competencia privativa en las causas que surjan de los actos referentes al comercio, transporte y tráfico marítimo, ocurridos dentro del territorio de la República de Panamá, en su mar territorial, las aguas navegables de sus ríos, lagos y en las del Canal de Panamá ...

Por tanto, debido a la naturaleza del contenido de la Resolución No. ACP-AD-RM 04-25 de 2004, no es mediante una demanda contencioso-administrativa de plena jurisdicción que procede su impugnación, sino que corresponde recurrir ante el Tribunal Marítimo de Panamá y de acuerdo al trámite de reclamo estipulado en la Ley 19[7]".

VI. Conclusión

En este breve estudio hemos querido dar a conocer cuales son los actos provenientes de la Autoridad del Canal de Panamá, entidad que posee un régimen especial constitucional, legal y reglamentario que regulan su administración y funcionamiento, los cuales son del conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa adscrita a la Sala Tercera de la Corte suprema de Justicia de la República de Panamá.

[7] Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción, interpuesta por la firma Pitty y Asociados en representación de SOCIETE NATIONALE DE TRANSPORTS MARITIMES, C.N.A.N., para que se declare nula, por ilegal, la Resolución No. ACP-AD-RM 04-25 del 1 de diciembre de 2004, emitida por el Administrador General de la Autoridad del Canal de Panamá, el acto confirmatorio y para que se hagan otras declaraciones. Ponente: ADÁN ARNULFO ARJONA L., Registro Judicial de marzo de 2006, págs. 397-399.

LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA Y LA TUTELA CAUTELAR

Ricauter Noel Pitti Morales

La temática que a renglón seguido desarrollaremos, y que lleva por título "La Jurisdicción Contencioso Administrativa y la Tutela Cautelar", partirá definiendo qué se entiende por "Jurisdicción Contencioso Administrativa" y, posteriormente, por "Tutela Cautelar", también anotaremos –en su momento– su respectivo concepto y haremos referencia, mediante un ligero resumen, a la realidad legislativa que enmarca a esta jurisdicción en la República de Panamá. Luego, procederemos a puntualizar cuál es el mecanismo que se ha adoptado a través de los tiempos, desde la promulgación de la Ley N°135 de 30 de abril de 1943 "Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa", publicada en la Gaceta Oficial N°9,097 de 12 de mayo de 1943, para llevar a cabo un proceso contencioso administrativo –en esta ocasión, esencialmente de los que haremos referencia más adelante– o cualquier consulta que se eleve al conocimiento de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia panameña, como único tribunal existente y competente en nuestro país para atender todos los asuntos que sometan, tanto particulares como la propia administración pública, por razón de la emisión de actos administrativos que ésta última hubiere proferido o suscrito y que hubieren sido objeto de demanda o al menos consultados por aquellos representantes de una entidad estatal por razón de la aplicación de disposiciones legales que, en un momento dado, fuere a ser aplicada para resolver un caso a nivel gubernativo.

Bien, centrándonos en el tópico que nos ocupa y procurando ser lo más preciso posible, es cuando podemos decir que, lo que a renglón seguido leeremos, dimana de la revisión acuciosa y prolija a los anales de la historia legislativa, procesal y procedimental en la República de Panamá –al menos desde 1943 a la fecha–, ello, esencialmente en materia contencioso administrativa.

I. La jurisdicción contencioso-administrativa y su objeto

Cuando hablamos de "Jurisdicción Contencioso Administrativa" tenemos que, doctrinalmente, se ha *definido* y sostenido a través de los tiempos que es una *jurisdicción especial* en el mundo jurídico, que es el elemento medular de un Estado de Derecho para hacer efectivo el pleno acatamiento de la

Administración a la Ley y al Derecho, esto es, por parte de todos los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, ello sobre la base de los principios de legalidad e interdicción de arbitrariedad, aparejados a la garantía de uno de los derechos fundamentales de los administrados, como lo es la tutela judicial efectiva, la cual se tiene como tutela cautelar y que no es más que una de las diferentes formas de tutela jurisdiccional que brinda el ordenamiento jurídico. En tanto, el *objeto* de esta jurisdicción es el indudable control de la legalidad en relación a los actos administrativos. De tal manera que, sólo vasta la participación del Estado *(por intermedio de sus dependencias)* como parte demandada en un proceso judicial, por razón de la emisión de un acto administrativo, para concluir que la competencia le es atribuible a la precitada jurisdicción.

En otras palabras, y sin apegarnos a un orden, propiamente, pudiéramos decir que el objeto de la jurisdicción contencioso administrativa, el cual va ligado de lo que denominamos tutela cautelar, parte del principio de la legalidad aplicado a la Administración Pública, como consecuencia del Estado de Derecho, el cual está garantizado constitucionalmente hablando, con la opción dispuesta a los asociados o administrados en un país de Derecho, como es el caso del nuestro, donde en la actualidad, a través del numeral 2 del artículo 206 de la Constitución Política, se ha dispuesto ello, esto es, que pueden someter los actos, hechos y actuaciones de la Administración a control, en este caso, ante la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, a la cual se le tiene como Tribunal de única instancia para conocer de todos los procesos relacionados a esta rama del derecho. Ello indistintamente de que las causas o actos administrativos que ante tal jurisdicción se recurrieren o consultaren se tuvieren como generales o individuales, se señalaren o tacharen de contrarios a derecho o, simplemente, porque se estimare que las actuaciones u omisiones de la Administración fueren capaces de ocasionar seguidamente responsabilidad patrimonial.

Como corolario vale puntualizar que otras naciones, tales como España, han sostenido en diversos documentos exegéticos de su Constitución Política que:

> La jurisdicción contencioso-administrativa es elemento nuclear del Estado de Derecho para hacer efectiva la sumisión plena de la Administración a la Ley y al Derecho (artículo 103.1 CE), concreción del principio general de sumisión de todos los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, que proclama enfáticamente el artículo 9.1 del texto constitucional, en relación con la garantía de los principios de legalidad e interdicción de arbitrariedad (artículo 9.3) y, por otra parte, con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1) elevado por la doctrina española a la categoría de derecho-estrella de nuestro fundamento constitucional.

Lo anotado nos lleva a entender que tal jurisdicción tiene el deber de realizar la revisión de todo acto de la Administración Pública, por aquello del control jurisdiccional, del que no pueden estar exentos los mismos. Es decir, que la Jurisdicción Contencioso Administrativa conocerá de las pretensiones que surjan en relación a las actuaciones de la Administración Pública (*actos administrativos, hechos administrativos, omisiones administrativas, operaciones administrativas y las vías de hecho*), sujetos al derecho administrativo y con las disposiciones de categoría inferior a la Ley, dado que, la actuación de tal jurisdicción está fundada en el derecho administrativo, propiamente.

Para un mejor entendimiento anotaremos lacónicamente que se entiende por:

– *Actos Administrativos*: Son las manifestaciones de voluntad de la administración tendientes a modificar el ordenamiento jurídico, es decir, a producir efectos jurídicos, esto es, cuando particularmente actúan en funciones administrativas, propiamente. Tal es el caso cuando, a través de un acto denominado "*administrativo*" se destituye del cargo ostentado a un funcionario público.

– *Hechos Administrativos*: Son las manifestaciones o situaciones que se originan independientemente de la voluntad de la administración, pero que producen efectos jurídicos respecto de ella. Tal es el caso cuando se consuma un hecho de tránsito en el que se encuentre involucrado un vehículo de propiedad del Estado, lo cual en el plano civil se tendría como una obligación extracontractual.

– *Omisiones Administrativas*: Son las que se tienen por parte de la administración y que en razón de ellas se producen efectos jurídicos generalmente en su contra. En otras palabras, la administración, se abstiene, no actúa cuando debería hacerlo o simplemente, no actúa, lo cual da lugar o genera –*previa comprobación*– efectos jurídicos en su contra. Tal podría ser el caso cuando se le pone en conocimiento sobre el estado de deterioro de puente vial y la misma hace caso omiso a ello, resultando seguidamente el colapso del mismo y con él cuantiosas pérdidas materiales y daños a la integridad física de sus transeúntes.

– *Operaciones Administrativas*: Se tiene como la homologación de actuaciones jurídicas que al unirse con decisiones de la administración, no sólo dan paso a una ejecución práctica, sino, que se tiene como una sola actuación de la administración. Tal es el caso cuando se ordena desalojar a determinado grupo de invasores de un inmueble que había sido condenado y ordenado previamente a demoler.

– *Vías de Hecho*: Se dice que ésta emerge o se configura cuando la administración pública por intermedio de sus representantes, lleva a cabo un objetivo –que en ocasiones se podría estimar caprichoso– sin mediar un acto o procedimiento previo o al menos adecuado, es decir, que tal actuación nace irregular y por ende, generalmente escora en una ilegalidad por resultar muchas veces exagerada, dando a su vez lugar a que se tenga como una violación al debido proceso legal. Ahora bien, es preciso que anotemos que si bien, lo que se tiene como "vías de hecho" generalmente comportan un obrar manifiestamente prohibido y lesivo al orden jurídico, no por ello podemos desconocer que esta tiene mucha similitud a lo que se tiene como "operaciones administrativas", esto es, que muchas veces al tiempo en que se busca cumplir una orden previamente emanada de autoridad competente, quien la ejecuta utiliza la fuerza de manera descontrolada para lograr el fin de lo ordenado.

En cuanto a los actos administrativos propiamente, vale apuntar –a manera de distinción–, que *una cosa son los actos de la Administración Pública*, mismos que pueden estar sometidos al derecho administrativo o al derecho privado, con preeminencia del uno con el otro; y, *otra cosa vienen a ser los primeros* y, ello es así, pues *todo acto administrativo es un acto de la Administración Pública*, pero *no todos los actos que se originan en la Administración Pública son actos administrativos*.

A. Algunas consideraciones sobre la normativa vigente en la jurisdicción contencioso-administrativa panameña

Resulta oportuno señalar que para el desarrollo del tema que nos ocupa, tendremos presente, no sólo las disposiciones o normas adjetivas, sino, sustantivas del Derecho Positivo vigente. De igual forma, aquéllas que, siendo dictadas para otras materias, tales como la civil, comercial y hasta administrativa, propiamente; se refieran análogamente a situaciones que pudieran configurarse o conjugarse en el plano contencioso administrativo, las cuales pueden y hasta deben ser consideradas de manera supletoria ante esta esfera y, por supuesto, también con alcance de la doctrina y la jurisprudencia, máxime en el caso particular nuestro, cuando la precitada Ley N°135 de 1943 ostenta en la actualidad una compatibilidad casi nula en relación a la evolución socio-económica y política, al menos de la República de Panamá.

Luego del ligero trazo puesto de manifiesto en los párrafos anteriores, el cual no sólo indica lo que se entiende por jurisdicción contencioso administrativa y su objeto, sino las bases sobre las que se apoyará –propiamente– el extracto docente –desde el punto de vista procesal y procedimental– que a renglón seguido expondremos; complementaremos el mismo con anotaciones de lo que tiene legal y legislativamente hablando a la mano el mundo contencioso

administrativo en nuestro país, para hacer frente a las situaciones o procesos que ante tal esfera se presentaren, mismos que realmente devienen de actuaciones de la administración pública, en los cuales, ésta última por intermedio de su respectivo representante con mando y, ya sea, con o sin jurisdicción; deja constancia que el efecto de lo resuelto –en tal acto, sea o no administrativo– espera se ejecute tan pronto fuere notificado, ello sin importar si se trata de aquellos que tendrían que estar sometidos al derecho administrativo o al derecho privado –insistimos–.

Bien, para contribuir un poco más en la cultura legislativa y jurídico-histórica de nuestros lectores, es preciso señalar, que al menos quien se ha ocupado de realizar el presente escrito está consciente que es de conocimiento público que el –*entonces*– Poder Legislativo Nacional de la Asamblea Nacional De Panamá (hoy Asamblea Nacional de Diputados), dictó la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ésta es, la Ley N°135 de 30 de abril de 1943, con la cual y, en aras de desarrollar el entonces artículo 192 de la Constitución Política de 1941, dicho Poder Legislativo, dispuso y creó, entre otras cosas, un Tribunal de lo Contencioso Administrativo que funcionaría en la capital de la República, con jurisdicción y competencia en todo el país.

Asimismo, tenemos que la aludida Ley también dispuso cuál sería el procedimiento o lineamientos a seguir al tiempo en que se instaurara un proceso ante la esfera contencioso administrativa, Ley ésta que al poco tiempo de su promulgación fue objeto de reforma –como ya anotáramos– por la –entonces– Asamblea Nacional Constituyente –estatuida en 1946– (hoy Asamblea Nacional de Diputados), quien dictó la Ley N°33 de 11 de septiembre de 1946 "Por la cual se reforma la Ley N°135 de 30 de abril de 1943, orgánica de la jurisdicción contencioso-administrativa" (ver G.O. N°10,113 de 2 de octubre de 1946), misma que en su cuerpo de normas legales contempló aspectos tan esenciales como el que se lee en el artículo 36 y, que a la letra dice:

> ... Artículo nuevo (después del anterior).
> ***"Los vacíos en el procedimiento establecido en esta** Ley se llenarán por las disposiciones del **Código Judicial y las leyes que lo adicionen y reformen**, en cuanto sean compatibles con la naturaleza de los juicios y actuaciones que corresponden a la jurisdicción contencioso administrativa (El subrayado, la negrilla y cursiva son nuestros)".

Vale enfatizar que el precitado artículo se encuentra aún vigente en nuestros días, muy a pesar de que la legislación contencioso administrativa que fuera instituida en nuestra nación, hace ya cerca de setenta (70) años, dependa en la actualidad –en su mayoría, aunque de manera supletoria y en ocasiones hasta análoga– de cerca de un sesenta por ciento (60%) de las normas contenidas

esencialmente en los Libros Primero y Segundo de nuestro Código Judicial y, claro, aunque en menor escala, también de otras disposiciones, tanto legislativas como ejecutivas y alcaldicias, entre las cuales sobresalen la Ley N°2 de 22 de agosto de 1916 "Por la cual se aprueban los Códigos Penal, de Comercio, de Minas, Fiscal, Civil y Judicial, elaborados por la Comisión Codificadora" y sus posteriores enmiendas y/o reformas, realizadas respectivamente a cada uno de dichos Códigos, a través de los tiempos (ver G.O. N°2,418 de 7 de septiembre de 1916).

Teniendo como base lo antes expuesto, debemos indicar que la legislación contencioso administrativa, aún cuando en el universo jurídico se tiene como una jurisdicción especial, no podemos dejar de anotar que la Ley que en tal materia se encuentra vigente en nuestro país, no contiene aquel esperado despliegue de normas o elementos regulatorios y precisos, relacionados, entre otras cosas, por ejemplo, a la admisibilidad o inadmisibilidad de una demanda o, lo que es más interesante aún, en lo atinente a los términos, tanto para el traslado y contestación de la demanda, como para la presentación de nuevas pruebas y su evacuación o, más aún, para los casos de intervención o llamamiento de terceros o de litisconsortes y, hasta en relación a las apelaciones, si fuere lo que tuviere lugar, ello incluyendo el efecto en que se deban conceder.

En fin, ante el innegable vacío que, en relación al menos a los referidos temas, enfrenta nuestra ley contencioso administrativa, en lo atinente al procedimiento contencioso; vemos que lo propio y al amparo del precitado artículo 36, es recurrir –como ya hemos anotado– análogamente a las normas de la propia Ley N°135 de 1943 y de la N°33 de 1946, ello en lo relacionado al procedimiento gubernativo para efectos de agotar las fases procesales citadas –a manera de ejemplo– en el párrafo anterior y hasta para la concesión de recursos ordinarios y, supletoriamente a las del Código Judicial, para atender lo correspondiente, no sólo a recursos de tal naturaleza, sino, a la materia probatoria y sus mecanismos de evacuación. Y claro, si lo dispuesto en las precitadas leyes y el aludido Código no fueren suficientes o compatibles, entonces recurrir a otras leyes o disposiciones legales vigentes, para así puntualizar sobre lo que corresponde a cada situación que se presente ante un Tribunal Contencioso o, en esta ocasión, ante la Sala Tercera, por todos y cada uno de los que integren un proceso.

En otro orden de ideas, pero entrelazada con las manifestaciones que se han anotado en los párrafos anteriores; vale señalar que si bien, en el año 1943 se dicta aquel Acto Legislativo de trascendental importancia para nuestro país, como lo es la Ley N°135; el mismo por razón de visión un tanto vanguardista para la época, por parte de quienes ostentaban la representación estatal por vía

Legislativa, no escapó a la necesidad de ser modificado, acción que se consumó por primera vez, el 11 de septiembre de 1946, a través de la aludida Ley N°33. Luego, nos encontramos que, a cerca de una década de tal modificación emerge otra, también de gran relevancia, ésta es la realizada el 17 de noviembre de 1954, a través de la Ley N°39 "Por la cual se dictan disposiciones relativas a los Juicios Ejecutivos por Jurisdicción Coactiva", misma que fue publicada en la Gaceta Oficial N°12,619 de 21 de marzo de 1955.

Lo anterior ocurre en medio y posterior a la promulgación de dos actos constitucionales que marcaron el curso de la historia de la vida republicana de este país, estos fueron, la "Constitución de la República de Panamá, 1941" (ver G.O. N°8,425 de 3 de enero de 1941, G.O. N°8,422 de 27 de diciembre de 1940 *–D. Ej. N°165–* y G.O. N°8,422 de 31 de diciembre de 1940 *–Ac. N°40–*) y la "Constitución Política de la República de Panamá – 1946" (ver G.O. N°9,938 de 1 de marzo de 1946), los cuales también fueron el resultado del criterio y necesidad que ven para entonces los denominados "padres de la patria" y el resto de los gobernantes de turno para la época.

En concomitancia con lo antes dicho, también tenemos que otro cambio trascendental en nuestra historia al menos en la materia que nos ocupa, se tiene en 1972 (ver G.O. N°17,210 de 24 de octubre de 1972), cuando otro acto constitucional que se dicta y promulga, por una parte, cambia la denominación de Tribunal Contencioso Administrativo –que desde 1946 se tenía consolidado– a la categoría de Sala de lo Contencioso Administrativo y, por la otra, crea la figura del "Procurador de la Administración", quien, en adelante, sería el que ejercería –y ejerce aún en nuestros días–, entre otras, las funciones que hasta entonces había estado realizando el denominado "Fiscal del Tribunal Contencioso Administrativo", figura ésta que se tenía en ejercicio desde la década de 1940.

B. Breves reflexiones sobre asuntos a nivel gubernativo

Es conocido por todos que generalmente cuando la administración pública dicta un acto administrativo deja constancia en él, que sus efectos comenzarán a regir a partir de su notificación, lo cual es de entenderse, pues cómo perder de vista que el ente público emisor de dicho acto busca, en aras de agilizar su intención, disponer de algún bien, cargo o posición laboral de índole pública, lograr ejecutar alguna acción o la no ejecución de algún acto o actividad.

Pero es preciso que quede claro, que aún cuando los efectos de dicho acto deban surtirse seguidamente a su notificación, no por ello se debe desconocer que, tanto la preciada Ley N°135 de 1943 en su artículo 37, como la Ley N°38 de 31 de julio de 2000 (Que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría

de la Administración, regula el Procedimiento Administrativo General y dicta disposiciones especiales), modificada por la Ley Nº45 de 27 de noviembre de 2000 (Que modifica los artículos 70 y 201 del Libro Segundo, del Procedimiento Administrativo General de la Ley 38 de 2000) –ver G.O. Nº24,109 de 2 de agosto de 2000 y G.O. Nº24,191 de 1 de diciembre de 2000–, precisamente en sus artículos 170 y 173, respectivamente, puntualiza –un tema del que ahondaremos más adelante, dentro de lo que denominaremos el "... tercer supuesto" en su sub-punto denominado "... segundo lugar", en lo atinente a las acciones que se interpongan ante la esfera contenciosa administrativa–, que los recursos de reconsideración y/o de apelación se concederán en el efecto *suspensivo* –salvo que la Ley disponga otra cosa–. Ello nos lleva a entender, que aún cuando el acto emitido y notificado contenga la intención de que sus efectos comiencen a regir tan pronto se hubiere notificado, el sólo hecho de que hubiere sido recurrido a través de los citados recursos, dará lugar a que los efectos del acto notificado se tenga en los mismos términos, es decir, suspendidos. De manera tal que, si es el querer de quien dictare el acto que posteriormente fuere objeto de censura, que el mismo diera paso a su objetivo o razón de ser, deberá resolver el o los recursos que a nivel gubernativo se hubieren ensayado oportunamente contra tal acto, esto es, para que además se tenga por agotada la vía gubernativa.

Ahora bien, vale anotar que, si el acto dictado fuere administrativo y afectare el ejercicio de un cargo público, esto es, que se le estuviere destituyendo, removiendo, suspendiendo o separando definitivamente al funcionario del mismo, ello no se tendrá en firme o dará lugar que dicho acto surta los efectos queridos, ya que la intención en él plasmada sólo se tendría consumada una vez que constaren resueltos todos los recursos que oportunamente se hubieren interpuesto a nivel gubernativo contra dicho acto. Es decir, que mientras no se hubieren resuelto los recursos interpuestos en contra del acto dictado, ello dará lugar a que el o la funcionario(a) recurrente, perciba su emolumento salarial de manera regular, pues de no ser así, se podría entender que se le está sancionando doblemente a tal empleado(a) público, lo cual no es propio en un Estado de Derecho.

Lo anterior, nos lleva a señalar que el ente público emisor del acto administrativo que fuere recurrido, deberá adoptar las medidas legales pertinentes para lograr la mayor celeridad posible, a efectos de que se resuelvan los recursos que se hubieren interpuesto contra ese acto. Ello para evitar en gran medida la percepción que tanto los administrados como el resto de los asociados de este país, han tenido por mucho tiempo, debido a la forma y actitud dejada en evidencia por gran cantidad de administradores públicos a través de los tiempos, esto es, que las mismas han sido un tanto desconsideradas y aisladas de lo que es su deber como tal. Es más, pudiéramos decir que tal

criterio deviene del clamor público escuchado, el cual consiste en que los administrados y asociados en general de este país, estiman que si una persona acepta ejercer un cargo público con mando y con o sin jurisdicción, debe hacerlo de la manera más profesional, responsable y pulcra posible, es decir, evitando al máximo posible el incurrir en desaciertos que además rayaren con la ignorancia inexcusable del mismo, máxime cuando ha podido hacerse asesorar de especialistas y/o idóneos en la actividad o función sobre la cual fuere a recaer un acto que como tal emitiera o realizara.

En otras palabras, la sociedad civil y los administrados esperan que en el evento que un funcionario público de la índole o jerarquía que fuere, llevara a cabo o emitiera un acto sin fundamento jurídico o razón de ser que lo sustente, pudiendo evitarlo; deberá responder, sino directamente, al menos solidariamente –salvo los casos previstos en la Ley– con la entidad estatal para la que laborara, esto último, por aquello de que se estima que todos los actos de un funcionario al servicio de una entidad estatal –se dice que– se realizan en ejercicio de sus funciones, pero que en ocasiones se demuestra mediante juicio previo que ello no era lo correcto, legal y/o propio, es entonces cuando debe el funcionario que incurrió o faltó a su deber y el de su asocio –si hubiere lugar– responder directamente con su patrimonio, aun cuando ya no formare parte como funcionario en el sector público y; que de no hacerlo oportunamente se le tenga en desacato.

De tomarse en cuenta y cumplirse lo expuesto en los dos (2) párrafos anteriores, la administración pública en nuestro país sería más funcional y respetable, además motivaría una mejor integridad y desempeño social, económico, jurídico y cultural, aunado al sentido de compromiso que de seguro buscarían adquirir los que representen al Estado a través de sus dependencias, para llevar a cabo una buena administración de los intereses generales por ser un derecho de todos.

Antes de continuar queremos dejar claro que la ligera reflexión docente que hemos realizado en este apartado, si bien, no es propiamente la esencia del tema que nos ocupa, podemos decir que sí incide en él, pues cómo desconocer que es precisamente por situaciones o actos de la administración pública, generalmente dimanantes del nivel administrativo (entiéndase de los *Órganos Ejecutivo, Legislativo y Judicial*) que posteriormente al agotamiento de la vía gubernativa –salvo los casos que no sea necesario– dan lugar a la activación de la esfera jurisdiccional, en este caso, de la Contenciosa Administrativa, para ser compelidos a reestablecer derechos, indemnizar y/o reconocer el pago de determinadas sumas de dinero, etc., a quienes hubieren interpuesto oportunamente las acciones judiciales de lugar.

C. La Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo. Tribunal de Única Instancia

Un aspecto que vale resaltar es que en nuestro país no contamos con una estructura organizacional para atender los procesos contencioso administrativos que se interpongan, como sí ocurre en otros países, tales como Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, España, Perú, Puerto Rico, República Dominicana, Venezuela, entre otros. En Panamá, –tal como hemos anotado de manera reiterada– es la Sala Tercera quien como Tribunal de única instancia se ocupa de los procesos que de tal naturaleza se promuevan, razón por la cual, ante semejante carencia, nos hemos visto motivados a procurar enrumbar con planteamientos coherentes los procesos que en esta jurisdicción se ventilan. Claro está, que todo ello mientras surja la iniciativa legislativa de modificar la normativa vigente en tal materia y, con ello, no sólo crear los denominados tribunales contenciosos, sino, adecuar lo que vendría a ser su estructura, a fin de que quede a tono con el nuevo siglo y los avances jurídico-sociales que se observan no sólo en Panamá, sino en el resto del mundo.

Como ha quedado expuesto, sólo existe a la fecha, pese a la promulgación del Acto Constitucional –dictado en el año 2004– que se encuentra vigente hasta el momento, este es, el que consta publicado en la Gaceta Oficial N°25,176 de 15 de noviembre de 2004; la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo como único tribunal competente para conocer de las causas o actos administrativos que profieran o dicten los representantes de la Administración Pública; no así como ocurre al menos en las esferas civil y penal, esto es, que las mismas cuentan con una estructura jurisdiccional y funcional, dividida en juzgados municipales, juzgados circuitales y tribunales superiores, además de su respectiva Sala.

1. Necesidad de una estructura jurisdiccional y funcional en la esfera Contencioso Administrativa

Respetados lectores, desde el momento en que la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá, no cuenta con una estructura jurisdiccional y funcional como la jurisdicción civil y penal, se deja en evidencia la posibilidad de que en un futuro muy próximo se dé el colapso de la misma, puesto que, la creciente ocurrencia en demanda o consulta ante ésta, como se tiene en la actualidad, sólo puede contribuir a ello. No es posible continuar con el mismo esquema concebido desde la década de 1940, cuando la población no llegaba siquiera al millón de habitantes y los avances, tanto industriales, como tecnológicos y hasta comerciales o de contrataciones con la administración pública no eran tan crecientes en nuestro país; pues todo ha cambiado y a ello no podemos hacernos ajenos

ahora, cuando entre otras cosas, el mundo jurídico, socio-económico y político experimentan constantemente sendas evoluciones y retos y, aunado a ello, nuestra población que supera con creces los tres (3) millones de habitantes.

Es innegable que se requiere de una nueva estructura jurisdiccional y funcional, que sea creada con visión vanguardista y futurista, que abrace la mayor cantidad de expectativas posibles, que sea competitiva y de fácil homologación con la legislación de otras naciones, pues sólo así podríamos decir entonces que "habremos dado un gran paso legislativo", al menos en materia contencioso administrativa en la República de Panamá.

2. Competencia de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo

Consideramos que, mientras no se cree un Tribunal Contencioso Administrativo, al menos semejante a los que conforman la jurisdicción civil y penal en nuestro país, tocará continuar atendiendo los procesos, consultas y demás acciones que ante la Sala Tercera se interpongan o eleven, en la forma y bajo los lineamientos que se han preestablecido por la Ley y la Jurisprudencia, pero para ello, partiremos de lo general a lo específico, dejando constancia –y para que sirva de orientación a nuestros lectores– que la referida Sala, a saber, la Tercera de lo Contencioso Administrativo conoce en la actualidad de lo siguiente:

1. Advertencias de Ilegalidad.
2. Consultas de legalidad o ilegalidad.
3. Ejecución de Sentencias (dimanantes de procesos de conocimiento previo por esta Sala).
4. Excepciones, Incidentes, Tercerías (Coadyuvantes o Excluyentes), Recursos de Apelación y Recursos de Hecho en los Procesos Ejecutivos por Cobro Coactivo (Ver Ley N°39 de 17 de noviembre de 1954 - G.O. N°12,619 de 21 de marzo de 1955 y, arts. 1777 a 1785 del C.J.).
5. Interpretaciones prejudiciales.
6. Proceso Contencioso Administrativo de Apreciación de Validez.
7. Proceso Contencioso Administrativo de Indemnización.
8. Proceso Contencioso Administrativo de Nulidad.
9. Proceso Contencioso Administrativo de Plena Jurisdicción.
10. Proceso Contencioso Administrativo de Protección de los Derechos Humanos.
11. Querellas por Desacato (dimanantes de decisiones que esta Sala hubiere proferido).
12. Solicitud de Viabilidad Jurídica.

Asimismo, en materia laboral, conoce también de:

1. Casaciones Laborales (Ver art. 924 del Código de Trabajo, aprobado mediante Decreto de Gabinete N°252 de 30 de diciembre de 1971 -G.O. N°17,040 de 18 de febrero de 1972- y, el art. 1 (adiciona el 460-C al C.J.) de la Ley N°59 de 5 de diciembre de 2001 -G.O. N°24,447 de 7 de diciembre de 2001, que modificó tal Decreto).
2. Recursos de Apelación contra las decisiones dictadas por la Junta de Relaciones Laborales de la Autoridad del Canal de Panamá (Ver art. 114 de la Ley N°19 de 11 de junio de 1997 - G.O. N°23,309 de 13 de junio de 1997).
3. Recursos de Ilegalidad contra los Laudos Arbitrales de la Autoridad del Canal de Panamá (Ver art. 107 de la Ley N°19 de 11 de junio de 1997 - G.O. N°23,309 de 13 de junio de 1997).

Por último, su competencia se extiende hasta la:

1. Impugnación contra decisiones de Liquidadores Bancarios (Ver Decreto Ejecutivo N°52 de 30 de abril de 2008, que adopta el Texto Único del Decreto Ley 9 de 26 de febrero de 1998, modificado por el Decreto Ley 2 de 22 de febrero de 2008 - G.O. N°26,035 de 8 de mayo de 2008, G.O. N°23499 de 12 de marzo de 1998 y, G.O. N°26,002 de 19 de marzo de 2008, respectivamente)

3. Procedimiento de los procesos más comunes instaurados ante la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de Panamá

En este apartado nos ocuparemos –en calidad de recuento histórico y para que sirva de docencia– de realizar una explicación detallada del procedimiento que se debe seguir ante un Tribunal Contencioso Administrativo, entendiéndose en esta ocasión, ante la Sala Tercera, ello, en relación *únicamente* a los *Procesos Contencioso Administrativos de Apreciación de Validez, de Indemnización, de Nulidad, de Plena Jurisdicción, de Protección de los Derechos Humanos y, a los Recursos de Ilegalidad contra los Laudos Arbitrales de la Autoridad del Canal de Panamá*, por aquello de lo extenso que se tornaría el presente escrito, en el evento que hiciéremos alusión al procedimiento para el resto de los que conforman la lista antes descrita; pues es colegible que los procesos citados en este párrafo son los que más se presentan y, por ende, los que generan una mayor afluencia ante la Sala en cuestión, razón suficiente para sostener la viabilidad y conveniencia en el desarrollo del tema que nos ocupa, en torno a su procedimiento desde su admisibilidad, hasta que se presenten los alegatos de conclusión, incluyendo, sin lugar a dudas, el procedimiento con que se deben atender los recursos ordinarios o incidencias que en el curso del proceso se

presentaran y, por qué no, como mínimo lo atinente a los términos, tanto para la presentación y evacuación de pruebas, como para los de las gestiones que realicen los apoderados judiciales designados por las entidades emisoras de los actos administrativos demandados, claro está, que ello sólo sería en los casos que hubiere lugar a tal designación, como anotaremos más adelante.

Bien, en aras de dejar claro el procedimiento de aquellos casos que, como hemos anotado, son los que con más frecuencia se interponen ante la Sala Tercera; listaremos cuáles son los pasos que de manera predeterminada se tienen a seguir en la misma:

a. Se recibe la demanda por Secretaría del Tribunal o en este caso de la Sala.
b. Se somete el expediente contentivo de la demanda a reparto en audiencia pública.
c. Se envía el expediente al Despacho del Mag. Sustanciador para revisión.
d. Se dicta la resolución de Admisión o Inadmisión de la demanda o acción.
e. Se fija Edicto de Notificación de la resolución de Admisión o Inadmisión para efectos de la parte actora.
f. Se solicita a la entidad emisora del acto demandado, remita a la Sala en el término de 5 días hábiles el Informe de conducta (ver art. 33 de la Ley N°33 de 1946).
g. Se notifica y corre en traslado la demanda a la Procuraduría de la Administración y a cuantos corresponda o se hubiere admitido y ordenado, por 5 días hábiles.
h. Se recibe contestación de todos a cuantos se les hubiere corrido traslado o hubieren intervenido.
i. Notificados debidamente todos los comparecientes, el expediente quedará abierto a pruebas en los términos del artículo 1265 del Código Judicial.
j. Se emite Resolución que Admite o Inadmite Pruebas.
k. Se practican aquellas pruebas que fueran admitidas y tuvieren lugar a ello.
l. Se reciben Alegatos.
m. Se espera en un término no mayor de quince (15) días hábiles para que se incorporen los documentos solicitados oportunamente (si hubiere lugar), ello seguido a una (1) sola reiteración.
n. Se envía el expediente al Despacho del Sustanciador para resolver en el fondo la demanda o acción interpuesta.
o. Si hubiere anuncio e interposición oportuna de Recurso de Apelación, se atenderá el mismo conforme al trámite que ello conlleva y, de concederse, se ara en el efecto suspensivo.

Visto lo anterior, y como ya hemos expuesto, nos ocuparemos de explicar con detalles al menos cinco (5) supuestos –sin importar el orden de enunciación– y con ellos, cómo es que se debe atender un proceso contencioso administrativo de la naturaleza de los que hemos citado en el párrafo anterior, una vez que fuere presentado ante tal esfera o en la actualidad ante la Sala Tercera.

3.1 Primer supuesto

Como tal tenemos, aquél en donde la Procuraduría de la Administración ejerza directamente las funciones que se anotan en el artículo 5 de la Ley N°38 de 31 de julio de 2000, modificada por la Ley N°45 de 27 de noviembre de 2000, caso en el cual se le notificará de manera personal, la resolución admisoria o inadmisoria de la demanda; en los mismos términos se le hará al resto de las partes demandadas, terceros coadyuvantes, interesados, intervinientes o litisconsortes, esto es, en la forma prevista en el artículo 1002 numerales 1, 4 y 5 (antes 989 numerales 1 y 10), en concordancia con el 1007 (antes 993) del Código Judicial. En tanto, a la parte actora, cuando no fuere una entidad estatal, las notificaciones se le harán por edicto, salvo que la Ley disponga otra cosa; pues así lo prevé el artículo 1001 (antes 988) del citado Código. Esta notificación se hará de último, claro está que ello es sin perjuicio que la parte misma –entiéndase actora– se notificara personalmente en cualquier momento, aún cuando no se hubiere notificado la Procuraduría de la Administración.

De no ser recurrida en grado de apelación la resolución que admite la demanda, los términos dimanantes de la apertura de pruebas, atendiendo la legislación vigente, previo al seis (6) de septiembre de 2001, fecha ésta cuando entró en vigencia la Ley N°23 de 1 de junio de 2001 "Que Modifica y Adiciona artículos al Código Judicial y dicta disposiciones urgentes para agilizar y mejorar la eficacia de la Justicia" (ver G.O. N°24,316 de 5 de junio de 2001); correrían de manera simultánea para todas las partes en juicio, incluyendo a la Procuraduría de la Administración; una vez que el juzgador o sustanciador concediera tal término mediante resolución que dictaría posterior a la fecha en que constaren debidamente notificadas todas las partes que debieran ser notificadas y que, además, hubiere precluido el término de traslado para la contestación de la demanda por parte de las partes demandadas, terceros coadyuvantes, interesados, intervinientes o litisconsortes, cuando fuere el caso. Pero, en el evento que el término de apertura a pruebas se anotara o concediera en la resolución de admisibilidad de la demanda, el mismo empezaría a correr al día siguiente hábil en que constaré debidamente notificada la última de las partes que deba estar en juicio –incluyendo a la Procuraduría de la Administración– y que, además, hubiere precluido el término de traslado para la contestación de la demanda.

Hemos de tomar en cuenta que, en el evento que se tratara de un proceso instaurado previo a la vigencia de la Ley N°23 de 2001, el procedimiento tendría que someterse a los lineamientos previstos en el –entonces– artículo 1255 del Código Judicial vigente en aquel tiempo, puesto que, así se desprende de la analogía que motiva el contenido del artículo 32 del Código Civil, el cual a la letra dice:

> ... Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. *Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.*
> (La cursiva es nuestra).

Pero, si el proceso hubiere sido interpuesto posterior a la vigencia de la citada Ley (N°23 de 2001), el mismo quedaría abierto a pruebas en la forma prevista en el artículo 1265 del actual Código Judicial, esto es, una vez transcurridos quince días (15) hábiles posteriores, ya sea, al vencimiento del término de traslado para la contestación de la demanda que se hubiere concedido a la última de las partes demandadas, terceros coadyuvantes, interesados, intervinientes o litisconsortes legalmente admitidos y notificados, o de la notificación, tanto de la parte demandante, como de la Procuraduría de la Administración –reiteramos–. Es decir, siempre que la resolución constare debidamente notificada a todas las partes en juicio y en claro entendimiento de lo dispuesto en el artículo 1022 del citado Código, el cual dice que "... Ninguna resolución judicial puede comenzar a surtir efecto antes de haberse notificado legalmente a las partes. ..."; es cuando se podría permitir pasar a la siguiente fase procesal, esta es, la establecida en el precitado artículo 1265.

3.2 Segundo supuesto

Para referirnos a este supuesto, tenemos primeramente que anotar que, en los casos en que aquella de las dependencias estatales, a saber: municipios y entidades autónomas –emisora del acto administrativo demandado– a quienes la Ley les permite –si a bien lo tuvieren– el designar a un(a) apoderado(a) judicial o firma forense de abogados para que les representara judicialmente en el proceso que contra tal acto se instaurara, aún cuando fuere deber del Ministerio Público, por conducto de la Procuraduría de la Administración hacerlo; hiciere efectivo el ejercicio de tal facultad, las notificaciones a dicho representante se harán en adelante, siempre personalmente y/o en los términos previstos en los antedichos artículos 1002 en sus numerales 1, 4 y 5 (antes 989 numerales 1 y 10), en concordancia con el 1007 (antes 993) del Código Judicial; puesto que, éste(a) ostentaría desde el bastanteo del Poder

Especial que al efecto se le otorgara, la investidura de servidor(a) público(a) –con determinadas limitaciones–.

De tal manera entonces, que atendiendo en adelante su calidad de representante judicial de una Institución Estatal o de Derecho Público, aunado al hecho de reemplazar en gran medida a la Procuraduría de la Administración en lo que serían sus funciones, dentro del proceso al cual tuviere que ocurrir ésta última; podríamos decir que ello se traduce de ipso facto para tal designado(a), en un derecho tácito y sobreentendido, por lo que, lo propio es que el proceso instaurado prosiga en los términos legales previstos para dicha Procuraduría o Ministerio Público; claro está, que las actuaciones de tal representante judicial estarían *siempre* sujetas al concepto o "Aprobación de Gestión" que, en dado caso, tendría que dar la Procuraduría de la Administración en la forma establecida en el numeral 2 del artículo 5 de la precitada Ley N°38 de 31 de julio de 2000 (ver también artículo 47 de la Ley N°33 de 1946).

Bien, luego del bosquejo que hemos realizado en el párrafo anterior de este segundo supuesto, procederemos a puntualizar cuál sería el procedimiento a seguir en casos como los previamente enunciados, claro está, tomando en cuenta el contexto legal existente, desde principios de la década de los cuarenta hasta nuestros días, y considerando esencialmente, no sólo la vigencia de la Ley N°38 de 31 de julio de 2000, modificada por la Ley N°45 de 27 de noviembre de 2000, mismas que se tienen en concomitancia con la Ley N°135 de 30 de abril de 1943 y la Ley N°33 de 11 de septiembre de 1946; sino de la Ley N°23 de 1 de junio de 2001.

Por todo lo antes expuesto, es importante que quede claro que la comparecencia de un(a) apoderado(a) judicial de una entidad estatal se tendrá desde entonces, es decir, desde su designación, sin que se retrotraiga el proceso al que hubiere comparecido, caso en el cual, aún cuando las notificaciones se le hagan personalmente a éste(a), los efectos de la resolución o acto del cual se hubiere notificado, sólo podrá entenderse que se surtirían cuando hubiere sido notificado legalmente a todas las partes en juicio, incluyendo aún así, a la Procuraduría de la Administración. En este sentido, el concepto o la aprobación de, al menos la primera gestión realizada por tal representante, debe hacerla la Procuraduría de la Administración a más tardar un día hábil antes de que inicie el período o término concedido para la apertura a pruebas de tal proceso, ya sea, porque el mismo fuere otorgado en resolución aparte o dentro de la misma resolución de admisibilidad de la demanda previamente interpuesta.

No obstante, en el caso en que ya mediare concepto o aprobación de gestión de al menos la primera gestión de dicho(a) representante judicial, no importará

que el resto de las actuaciones o gestiones que éste(a) realice se aprueben al final del proceso, eso sí, siempre que ello se haga antes de que el expediente ingrese al despacho del juzgador o sustanciador para resolverlo en el fondo.

Aunado a lo antes dicho tenemos que, al haber comparecido a un proceso, de ser preciso, primero que la Procuraduría de la Administración, quien hubiere sido designado(a) como representante judicial de una entidad estatal; ello dará lugar a que no se requiera de la pronta notificación por parte de la Procuraduría de la Administración, tanto de tal acto como de actos jurisdiccionales subsiguientes –a excepción de la primera resolución dictada en el proceso, la cual sí se le deberá notificar personalmente preferiblemente primero– para que el que le fuere notificado al tiempo de la designación, se tuviere por debidamente notificado y con lugar a que surta sus efectos, claro está, en el evento que el mismo no hubiere sido recurrido oportunamente.

Por otro lado, es importante señalar que cuando la designación de un representante judicial, se hiciera posterior a la emisión y notificación de la resolución de admisibilidad de la demanda, y tomando en cuenta que, posterior a la emisión de tal resolución, todas las demás que se profirieran en un proceso se notificarán por edicto a todas las partes que no revistieran la calidad de entidad estatal o apoderado(a) judicial de una entidad estatal; ello no afectará que la Procuraduría de la Administración no hubiere emitido su concepto o aprobación de gestión oportunamente, en relación a las que aquél o aquélla hubiere realizado desde entonces, pero sí es importante que aún cuando ello no sea causal de nulidad, lo haga a más tardar un día hábil antes de que inicie el período o término concedido para la apertura a pruebas, si es que éste estuviera por iniciar, pero si éste ya hubiere transcurrido, entonces deberá hacerlo a más tardar, antes de que el expediente ingresara al despacho del juzgador o sustanciador para dictar la sentencia de fondo.

Sin perjuicio de lo anterior, y aunque parezca redundante, es importante que no se pierda de vista que –en materia de pruebas– si el proceso es de aquellos que se hubiere iniciado previo a la entrada en vigencia de la Ley N°23 de 2001, el término para la apertura a pruebas –siempre que la resolución de admisibilidad no hubiere sido apelada– debe ser concedido mediante resolución, ya sea, en la misma que admite la demanda o posterior a que dicha resolución de admisibilidad constare debidamente notificada a todas las partes, incluyendo a la Procuraduría de la Administración.

En el evento que se tratara de un proceso que hubiere sido interpuesto posterior a la entrada en vigencia de la Ley N°23 de 1 de junio de 2001 y, no siendo apelada tal resolución, es decir, la de admisibilidad de la demanda; el término para la apertura a pruebas no requerirá ser concedido mediante resolución, pues, el

mismo correrá en la forma preestablecida en el artículo 1265 del actual Código Judicial, por ello, sólo bastará que haya precluido el término de traslado para contestación de la demanda para la última de las partes demandadas, terceros coadyuvantes, interesados, intervinientes o litisconsortes que hubieren sido notificados y, siempre que la parte actora al igual que la Procuraduría de la Administración, también constaran debidamente notificadas de tal resolución, para que tuviere lugar lo dispuesto en el precitado artículo.

Vale señalar que lo expuesto en párrafos precedentes, relacionado a la designación de representantes judiciales por la entidad emisora del acto administrativo demandado y lo atinente a la aprobación de gestión de éstos por parte de la Procuraduría de la Administración; aplicará para todos los casos o tipos de procesos que ante la esfera contencioso administrativa se presenten y ventilen; pues así se ha tenido por disposición legal desde la década de los cuarenta, cuando se dictó la Ley N°135 de 1943 (ver artículo 103, antes de ser modificado por el artículo 47 de la Ley N°33 de 1946) y se mantiene en nuestros días, como se observa en el numeral 2 del artículo 5 de la Ley N°38 de 31 de julio de 2000, modificada por la Ley N°45 de 27 de noviembre de 2000.

3.3 Tercer supuesto

Puede ocurrir en el caso que cualesquiera de las partes en juicio o la Procuraduría de la Administración al no estar conforme con la decisión proferida por el juzgador o sustanciador, a través de su primera resolución, es decir, la de admisibilidad o inadmisibilidad de la demanda, optara por anunciar oportunamente el Recurso de Apelación contra la misma. Ello daría lugar a que el Tribunal Contencioso o en este caso, la Sala Tercera haga gala del dominio de criterio doctrinal que ostenta, éste es, el consistente en que es función esencial de la justicia contencioso administrativa el procurar la seguridad jurídica, misma que se traduce en la razón medular de tal esfera, por ser el principio de la legalidad la piedra angular del derecho administrativo, el cual no sólo debe estar aparejado del respeto de la legalidad, sino ser su objeto por aquello de la seguridad jurídica, para así poder decirse que en el caso de interponerse oportunamente un recurso de los denominados ordinarios –entiéndase apelación o reconsideración– su sola concesión dará lugar a la configuración del principio de igualdad entre las partes, por cuanto que, además de ser un derecho que en nuestra legislación se tiene –aunque de manera genérica en el artículo 109 del actual Código Judicial–, mantiene el equilibrio del proceso.

Por otro lado, el planteamiento que haremos a continuación, si bien puntualizará lo referente a los términos procesales que correspondan según

la naturaleza de la concesión del recurso interpuesto, esto es, el efecto en que se conceda, no podemos perder de vista que el mismo se enlaza en gran medida con lo dispuesto en los dos supuestos anteriores, principalmente en lo atinente a la forma de notificación, tanto de la Procuraduría de la Administración o de quien fuere designado por una entidad estatal autónoma o municipio para llevar a cabo su representación judicial, como de la parte actora y cualesquiera otra parte, llámese tercero coadyuvante, interesado, interviniente o litisconsorte, propiamente que concurriera en juicio y que hubiere sido debidamente admitido.

En este sentido, al consultar la historia fidedigna del procedimiento que por mandato de la Ley ha llevado a cabo la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo a través de los tiempos; hemos podido concluir que al menos en los últimos diez (10) años de vida republicana de nuestro país, cuando cualesquiera de las partes en un juicio anuncia y sustenta oportunamente un Recurso de Apelación, tal Corporación de Justicia, previa consideración de lo establecido en el artículo 109 (antes 110) del Código Judicial, procede a conceder tal recurso si el mismo es viable o procedente, pero ello lo ha hecho sin dejar consentido de manera clara y expresa en la resolución de lugar, el efecto en que lo concede, situación o mejor dicho, razón que nos lleva a esclarecer y puntualizar tal circunstancia en esta ocasión.

En *primer lugar* es necesario anotar que tenemos sumamente claro y así se ha venido plasmando, que el procedimiento contencioso administrativo obedece a una jurisdicción especial y como tal no podría someterse plenamente –aún con los vacíos que embarguen a nuestra Ley en tal materia– a los procedimientos que contiene la legislación civil u ordinaria en nuestro país; ello es así, pues el objeto esencial de la jurisdicción contencioso administrativa es conocer y resolver de la anulación de los actos administrativos, la declaratoria de responsabilidad de la administración y el restablecimiento de los derechos subjetivos lesionados por la actividad administrativa –que en ocasiones muchos la han catalogado como deficiente–. Siendo entonces, que por lo especial que es, no podría escapar a la función de control que tiene y a la función de justicia que debe cumplir. Dicho en otras palabras, no podría hacer otra cosa que cumplir con el objeto de hacer definitivo el ordenamiento jurídico y, con ello, no sólo controlar el ejercicio de competencias, sino procurar en todo momento la seguridad jurídica de los administrados y de la propia administración pública.

Bien, en razón de la doble función que tiene la jurisdicción contencioso administrativa, a saber, la de garantía de control y de justicia, es cuando emerge a nuestro entendimiento y raciocinio que la misma es plena, pues con ella es posible deducir ante los Tribunales Contenciosos o en nuestro caso

ante la Sala Tercera, todas las pretensiones en relación con los actos de la Administración, situación que no puede siquiera consumarse ante la esfera civil, por el procedimiento que para esta última se ha dispuesto, aún cuando algunas disposiciones de esta esfera se tomaran de manera análoga o supletoria para llevar a cabo el procedimiento en aquélla.

En segundo lugar nos referiremos de manera concreta a las eventualidades en que la resolución que admite la demanda fuere apelada, caso en el cual, para saber el efecto en que se tiene que conceder dicha acción, debemos tener claro cuáles son las características, tipo y naturaleza de la resolución recurrida, ello desde el punto de vista jurídico-procesal. Y, como quiera que en relación al procedimiento contencioso administrativo vigente, la tantas veces citada Ley N°135 de 1943 aún con sus modificaciones realizadas a través de la precitada Ley N°33 de 1946, sólo nos remite a la consideración de manera supletoria o análoga de disposiciones del Código Judicial y de las leyes que lo adicionen o reformen; es cuando vemos que para desarrollar el presente supuesto, tendríamos que recurrir de manera análoga y esencial a las leyes que contengan disposiciones lo más semejantes posibles al procedimiento contencioso administrativo; en este caso, vendría a ser la propia Ley N°135 de 1943 en aparejo de sus modificaciones realizadas a través de la precitada Ley N°33 de 1946, cuando se tratara de procesos que se iniciaran previo a la entrada en vigencia de la Ley N°38 de 31 de julio de 2000, pero en los casos que se iniciaran con posterioridad, los mismos se atendrían a lo dispuesto en esta última Ley desde el momento en que entrara en vigencia. Claro está, que la consideración de las referidas leyes es en lo atinente al procedimiento establecido para la concesión de recursos ordinarios interpuestos ante la esfera gubernativa o administrativa.

Bien, siendo la Sala Tercera, por disposición legislativa o legal, la encargada, como única instancia, de conocer todos los procesos contenciosos administrativos, cuyo nacimiento emergiera en la esfera administrativa de cualesquiera entidad estatal –exceptúese las acciones dimanantes, tanto de los Tribunales Laborales, como de la Autoridad del Canal de Panamá y sus Juntas de Relaciones Laborales– y dado el vacío que, como ya hemos dicho, embarga a nuestra ley contencioso administrativa, en cuanto al procedimiento que a nivel de la Sala se debe llevar; es cuando nos vemos precisados a recurrir de manera análoga al procedimiento gubernativo que en dicha ley se contempla (N°135) y aplicarlo así en los casos de concesión de recursos, como lo es el de apelación. Claro está, que el procedimiento que se anota en la Ley N°135 de 30 de abril de 1943, en lo atinente al efecto en que se debe conceder un Recurso de Apelación que se hubiere interpuesto dentro de un proceso contencioso administrativo iniciado previo a la entrada en vigencia de la Ley N°38 de 31 de julio de 2000; es el que se establece en su artículo 37 *(*Derogado mediante el

artículo 206 de la Ley N°38 de 31 de julio de 2000), el cual a la letra dice: "... La apelación deberá otorgarse en el efecto suspensivo, salvo lo que para casos especiales dispone la Ley." (La cursiva es nuestra). En tanto, si el Recurso de Apelación fuere interpuesto dentro de un proceso contencioso administrativo cuya presentación hubiere tenido lugar posterior a la entrada en vigencia de la Ley N°38 de 31 de julio de 2000, entonces se aplicará lo dispuesto en los artículos 163 (primer párrafo) y 173 de esta última, los cuales a la letra dicen:

> 163. Las resoluciones que decidan el proceso en el fondo y aquéllas de mero trámite que, directa o indirectamente, conllevan la misma decisión o le pongan término al proceso o impidan su continuación, serán susceptibles de ser impugnadas por las personas afectadas por ellas, mediante los recursos instituidos en este Capítulo.
> ...
> 173. *El recurso de apelación deberá concederse en efecto suspensivo*, salvo que exista una norma especial que le asigne un efecto diferente
> (La cursiva es nuestra).

Hasta el momento resulta lógico y coherente que siendo la Jurisdicción Contencioso administrativa una jurisdicción especial y, dado el hecho que existe un gran vacío, entre otras cosas, en lo referente a los recursos ordinarios y los efectos en que se deben conceder; lo más sensato es tomar de manera análoga para aplicar a tal nivel las disposiciones más semejantes a su entorno, como lo son las antes citadas; pues aunque el Código Judicial disponga que para resoluciones de la naturaleza y finalidad como la que embiste a una que admite la demanda, lo que daría lugar sería a conceder el recurso de apelación en el efecto devolutivo; se impone el hecho de lo especial que es la jurisdicción contencioso administrativa y cuyo fin es velar *In limine litis* (al comienzo del proceso) que sus funciones y objetivos frente a la administración pública y de los administrados sea lo más efectiva posible, considerando su rol.

Ahora bien, es importante señalar que la explicación que en esta ocasión realizamos en razón de la interposición oportuna de un Recurso de Apelación en contra de una resolución de admisibilidad o inadmisibilidad de la demanda, presentada ante la esfera contencioso administrativa, sólo alcanza o aplica para los *Procesos Contencioso Administrativos de Apreciación de validez, de Indemnización, de Nulidad, de Plena Jurisdicción, de Protección de los Derechos Humanos y, a los Recursos de Ilegalidad contra los Laudos Arbitrales de la Autoridad del Canal de Panamá*, puesto que, para el resto de las acciones que hemos listado previamente se deben tomar otras consideraciones, antes de referirnos al menos al efecto de concesión de un recurso, si es que hubiere lugar.

En resumidas cuentas, si se interpusiera oportunamente un Recurso de Apelación en contra de la resolución de admisibilidad o inadmisibilidad de una demanda contencioso administrativa, el mismo se concederá en el efecto suspensivo y, por ende, toda actuación procesal y procedimental que correspondiere realizar para llevar a cabo la secuela del proceso, quedará no sólo suspendida desde el día siguiente hábil a que hubiere precluido el término para sustentar la oposición a la apelación interpuesta –si a bien lo tuviere la contraparte a la apelante–, sino supeditada a lo que se resuelva en la resolución que lo dilucida.

La resolución que resuelva el Recurso de Apelación le será notificada a todas las partes en juicio, en los términos anotados en los dos primeros supuestos antes descritos, incluyendo a la Procuraduría de la Administración y, por concluida la referida notificación, si se tratara de una resolución confirmatoria de la admisibilidad, es a partir del día siguiente hábil a su debida notificación que correrá el término para contestar la demanda, en el evento que estuviere pendiente tal actuación por alguna de las partes contrarias a la demandante, seguido de ello y si se tratara de un proceso que hubiere sido interpuesto previo a la vigencia de la Ley N°23 de 1 de junio de 2001; el término de apertura a pruebas previsto en el entonces artículo 1255 del Código Judicial, correrá de manera simultánea para todas las partes desde el día siguiente hábil a la debida notificación de la resolución que abre el proceso a pruebas; pero, si tal apertura se hubiere anotado en la primera resolución, es decir, la de admisibilidad de la demanda y siendo la misma confirmada luego de la apelación de que hubiere sido objeto, el término correrá simultáneamente para todas las partes, al día siguiente hábil a que hubiere vencido el término para contestar la demanda, en el evento que estuviere pendiente tal actuación por alguna de las partes contrarias a la demandante o simplemente, al día siguiente en que constare notificada a todas las partes en juicio la resolución confirmatoria.

Cuando se trata de un proceso interpuesto posterior a la entrada en vigencia de la Ley N°23 de 1 de junio de 2001 y, siendo la resolución que resuelve la apelación, confirmatoria de la que admite la demanda; el término de apertura a pruebas correría de manera simultánea para todas las partes en juicio, en los términos anotados en el artículo 1265 del Código Judicial vigente. Ahora bien, si la resolución que resolviera la apelación fuere revocatoria, entonces sólo procederá el archivo del proceso, previo desglose –si se pidiere– de las pruebas presentadas por las partes en juicio y en los términos legales preestablecidos, pero si fuere reformatoria, entonces habrá que atenerse al contenido resolutivo de la misma.

En los casos en que se recurriera en grado de apelación una resolución distinta a la que admite o inadmite la demanda, igualmente se suspenderán

los términos o actuaciones que se debieren realizar desde el día siguiente hábil a que venciera el término para la sustentación de la oposición a tal recurso.

Sin perjuicio de todo lo antes expuesto, tanto la resolución que resuelva la apelación contra la resolución de admisibilidad o inadmisibilidad de la demanda y cualesquiera otra que durante la secuela del proceso se hubiere dictado, le serán notificadas a todas las partes por edicto, a excepción de la Procuraduría de la Administración y del apoderado(a) judicial que hubiere designado una entidad estatal, a quienes se les notificará personalmente todo acto jurisdiccional que dictara el Tribunal Contencioso Administrativo o, en este caso, la Sala Tercera.

3.4 Cuarto supuesto

Ocurre en aquellos casos en que se anuncia e interpone oportunamente un Recurso de Apelación en contra de resoluciones distintas a la de admisibilidad de la demanda, caso en el cual, el efecto en que se conceda va a depender de su característica, tipo y naturaleza, ya sea, que se hubiere dictado para atender o resolver solicitudes varias o recursos ordinarios.

Ahora bien, en el evento que la concesión de tal recurso correspondiere al efecto suspensivo, como sería, entre otros, el caso de la resolución que admite o inadmite la demanda y el que admite o inadmite pruebas en un proceso ante la esfera contencioso administrativa; se deberá tener presente que el mismo sólo se verificará como lo establece el artículo 516 del Código Judicial, es decir, a la hora siguiente de dictada la resolución que lo concede, razón por la cual, el curso del proceso será normal hasta entonces. No obstante, si se concediera en el efecto devolutivo o diferido, el proceso quedará supeditado a lo que dispone el Código Judicial cuando así se concediera un recurso de apelación.

3.5 Quinto supuesto

Puede suceder que habiéndose interpuesto un proceso contencioso administrativo de los listados previamente –especialmente de los que estamos desarrollando en esta oportunidad–, comparece un tercero, llámese coadyuvante, interviniente, interesado o litisconsorte, ya sea, porque lo hiciere por voluntad propia o porque fuere llamado al mismo; su comparecencia y actuaciones se tendrán como tales desde que se hubiere dictado la resolución por parte del Tribunal contencioso administrativo o de la Sala Tercera, propiamente, que le reconoce como tal en el juicio. Eso sí, que su llamamiento o comparecencia deberá hacerse antes de que quede en firme la resolución de admisibilidad o inadmisibilidad de pruebas en el proceso principal al que pretende o se pide se tenga como parte, caso en el cual, se suspenderá desde

la intervención o comparecencia de aquél, cualesquiera tramitación que motivara la emisión de tal resolución.

Ahora bien, vale la pena dejar claro que si la comparecencia de tal tercero, llámese coadyuvante, interviniente, interesado o litisconsorte, ocurriera antes de que se le hubiere notificado de la resolución de admisibilidad de la demanda a todas las partes que hasta antes de su llegada estuvieren en el proceso, éste será también notificado de la misma, afectando con ello el momento en que deban empezar a correr los términos para la siguiente fase procesal, es decir, la de apertura a pruebas, ello en el sentido de que los términos correrían cuando estuvieren todos debidamente notificados, incluyendo a éste último, pero si no fuere así, esto es, que el mismo compareciera o fuere llamado posterior al vencimiento del término de traslado que se hubiere concedido para la última de las partes contrarias a la demandante, luego de su debida notificación; el proceso no se retrotraerá, pero si se suspenderá desde el momento en que se dicte la resolución que lo admite como tal y que además le concede el término para contestar u oponerse a la demanda interpuesta, pudiendo presentar –quien comparece en alguna de las calidades anotadas– pruebas en la misma forma que se hubiere dispuesto para la parte demandada, esto es, en la prevista en el artículo 1265 (antes 1255) del Código Judicial. En cuanto al resto de las partes en juicio, previamente admitidas, sólo podrán presentar contrapruebas y objeciones a las pruebas que quienes hubieren sido llamados o comparecido en calidad de tercero coadyuvante, interviniente, interesado o litisconsorte, habiéndose presentado oportunamente. Concluida tal fase el proceso continuará su curso de manera común para todas las partes, en la forma que correspondiera procesalmente.

4. Distinción entre el Proceso Civil y el Proceso Contencioso Administrativo

Después de haber realizado esta reflexión doctrinal y tomando en consideración que la República de Panamá no cuenta con una legislación contenciosa administrativa acorde con nuestros tiempos; concluimos que trabajar con lo que tenemos se torna interesante pero no suficiente, aún cuando nos corresponde por ministerio de la Ley –aunque de manera supletoria o análoga– echar manos, entre otras disposiciones legales, también de las del Código Judicial; pues no podemos perder de vista que se marcan sendas diferencias, especialmente, entre lo que es el "Proceso Civil" y lo que viene a ser el "Proceso Contencioso Administrativo".

Si vemos, en el "Proceso Civil", al menos en lo atinente a la interposición de recursos ordinarios, la resolución que admite la demanda no es susceptible de Recurso de Apelación –sólo de Recurso de Reconsideración–, salvo que

la misma contuviera la inadmisibilidad de la demanda, caso en el cual al concederse tal recurso, tendría que ser en el *efecto suspensivo* y, por ende, con lugar a que los términos se suspendieran hasta tanto el Superior resolviera lo que en Derecho estimara viable.

En tanto, en el "Proceso Contencioso Administrativo", sí es viable el Recurso de Apelación, no porque taxativamente se enuncie –pues no consta así en lo que queda vigente de la Ley Contenciosa Administrativa–, sino porque el artículo 109 del Código Judicial –*aplicado supletoriamente*– establece sin distingos que

> ... El sustanciador dictará por sí solo, bajo su responsabilidad, todos los autos y providencias para adelantar el asunto y *contra ellos sólo tiene la parte que se considere perjudicada el Recurso de Apelación* para ante el resto de los magistrados, con la ponencia del que siga en orden alfabético al sustanciador. (La cursiva es nuestra)

Siendo entonces, que al tenor de aquel artículo (N°37) de la Ley N°135 de 1943 (posteriormente derogado por la Ley N°38 de 2000) y hoy, del artículo 173 de la tantas veces citada Ley N°38, que se aplicaría análogamente lo en ellos establecido, esto es, que la concesión del Recurso de Apelación se hará en el *efecto suspensivo* a nivel contencioso administrativo, es decir, tomando en consideración lo dispuesto en el precitado artículo 37 si se tratare de un proceso contencioso administrativo, cuya interposición se hubiere realizado previo a la entrada en vigencia de la referida Ley N°38 de 2000, pero si el caso se instaurara posterior a la entrada en vigencia de ésta última Ley, entonces ello tendría que ser –como ya hemos explicado– en los términos de su artículo 173.

Todo lo expuesto da lugar a que cobre mayor beligerancia la oportuna explicación antes anotada, misma con la que no podríamos dejar de enunciar que si bien, nos hemos abstenido de hacer comentarios sobre el procedimiento a seguir cuando se tratara de advertencias de ilegalidad, consultas de legalidad o ilegalidad, ejecución de sentencia, acciones ejecutadas dentro de los procesos ejecutivos por cobro coactivo; interpretaciones prejudiciales, querellas por desacato y solicitudes de viabilidad jurídica, así como también, las precitadas acciones dimanantes, tanto de los Tribunales Laborales, como de la Autoridad del Canal de Panamá y sus Juntas de Relaciones Laborales o cuando se tratare de la Impugnación contra decisiones de Liquidadores Bancarios; ello es porque, aunque son de competencia de la Sala Tercera, en la forma prevista en la Ley, los mismos son diferentes a los Procesos Contencioso Administrativos de Apreciación de Validez, de Indemnización, de Nulidad, de Plena Jurisdicción, de Protección de los Derechos Humanos y, a los Recursos de Ilegalidad contra los Laudos Arbitrales de la Autoridad

del Canal de Panamá. Asimismo ocurre cuando se tratare de solicitudes de suspensión provisional de los actos administrativos, esto es, que las mismas conllevan la evacuación de un procedimiento diferente al expuesto. Ahora bien, en cuanto a estas últimas solicitudes, vale enunciar que de las mismas haremos referencia doctrinaria seguidamente, pues ellas se enmarcan dentro del tema que nos ocupa, este es, la tutela cautelar.

II. La tutela cautelar

Sin perjuicio de lo expuesto en las últimas líneas del párrafo anterior, consideramos preciso anotar que si bien, hasta ahora y durante el desarrollo del presente compendio hemos realizado anotaciones atinentes en mayor escala a lo que es la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no es posible hacernos ajenos a que las mismas se han entrelazado con aspectos y elementos que constituyen lo que se denomina "Tutela Cautelar", tema éste sobre el cual profundizaremos seguidamente, máxime cuando se ha dicho y sostenido por diversos doctrinarios que la "Tutela Cautelar" es una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional, propiamente, entendiéndose ésta última como un derecho de todo asociado o administrado de recurrir al Estado *(*a través de sus Órganos*)* para que éste dicte los lineamientos legales apropiados que sirvan de resguardo oportuno de su derecho sustantivo, es decir, que no sólo comprenda la posibilidad de acceder a la justicia, el respeto y fiel cumplimiento del debido proceso, sino, que lo que se resuelva en una sentencia, además de que se haga con gran prontitud, sea eficaz y/o ejecutable en la realidad.

En este orden de ideas, tenemos que el autor y jurista argentino, Dr. JORGE W. PEYRANO, nos dice en su obra "La Performatividad en el Proceso Contemporáneo y su incorporación el Ordenamiento Procesal Civil Peruano" –Lima 1994 Pág. 397– que "... el proceso no es un fin en si mismo, sino tan solo un instrumento para hacer realidad los derechos sustantivos prometidos por la Ley de fondo", en tanto, nosotros concluimos de ello que sólo cuando se promulguen disposiciones y procedimientos legales que no solo sean eficaces sino que le aseguren al ocurrente que la decisión que se expidiere como parte de un proceso fuere oportuna y eficaz, entonces podríamos decir que el ordenamiento jurídico ha sido debidamente tutelado y, por ende, ha cumplido su fin.

Por su parte, JUAN JOSÉ MONRROY PALACIOS, sostiene en su obra "Bases Para la Formación de una Teoría Cautelar" –Lima 2002, pág 151– que "... La medida cautelar aparece siempre configurada en función de un proceso pendiente, a cuya eficacia sirve de garantía.", criterio que compartimos, pues todos sabemos que la interposición de una medida cautelar supone, para quien la peticiona, el aseguramiento de las resultas del proceso a

entablar o instaurado o, al menos, evitar que los posibles perjuicios que el acto administrativo dictado –a juicio del ocurrente– le afecten, se agraven o sean de difícil o imposible reparación, aún cuando más tarde obtuviere una sentencia favorable a su pretensión o intensión. Al respecto acota el autor LUCIANO PAREJO ALFONSO, en su obra "La tutela judicial cautelar en el orden contencioso administrativo" que:

> ...existe la posibilidad que se produzcan daños y perjuicios e incluso más grave aun, que se frustre la tutela judicial efectiva, de allí que se imponga la adopción de una medida cautelar idónea, que obviamente no es la suspensión de la ejecución, sino la adopción de una medida cautelar positiva o innovativa –siempre que se cumplan los supuestos para su otorgamiento–, que suponga la concesión en vía cautelar, es decir, con carácter provisorio, mientras se resuelve el proceso, de aquello que ha sido negado por la Administración.

De allí que considera el aludido autor que la tutela cautelar debe realizarse conforme al marco jurídico vigente, es decir, que las medidas cautelares suspensivas –en principio– sólo deben proceder contra los actos administrativos de efectos particulares de carácter *positivo* y las medidas cautelares innovativas deben ser concedidas contra los actos administrativos de efectos particulares de carácter negativo, de igual forma, contra las abstenciones, omisiones o inactividad en general de la administración pública. Es más, estima que también se pueden conceder las medidas cautelares idóneas y adecuadas contra las actuaciones materiales, vías de hecho y actos de efectos generales, todo ello, siempre que se hubiere cumplido con los presupuestos legales básicos promulgados para la mejor integración del ordenamiento jurídico, a través del cumplimiento del debido proceso, lo cual, en materia de medidas cautelares, no es otra cosa que la configuración y debida sustentación del *fumus bonis iuris* y el *periculum in mora*.

Luego de lo anterior, estimamos que es oportuno anotar que la medida cautelar se caracteriza por ser sumaria y diligente debido a la simpleza de su procedimiento, especialmente cuando el caso solo requiera de una aproximación cognoscitiva al derecho, esto es, un juicio de probabilidad, conocido también, como *fomun bonus Iuris*. Claro está, que con ello no debemos entender que se esté excluyendo a los principios de bilateralidad y contradicción, sino que solamente quedan postergados hasta una etapa posterior, es decir, hasta que se ejecute la medida cautelar peticionada. Ahora bien, cabe señalar que la autonomía que ostenta tal medida es lo que ha generado mayor polémica; pues no ha sido fácilmente aceptada por gran parte de la doctrina, ya que, ésta última ha tendido a negar su carácter, es decir, de autónomo. Al respecto vale decir que ello lo han sostenido algunos doctrinarios sobre la base de que "la medida cautelar no puede gozar de esa autonomía, puesto que, si bien se debe

tramitar en cuaderno aparte, ella es un accesorio del proceso principal, del cual precisamente se espera sea reconocida la pretensión en él anotada.".

Vemos que el criterio expuesto en la cita anotada en el párrafo anterior pareciera indicar que los doctrinarios que consienten el aludido razonamiento, estiman que la medida cautelar –sin importar su índole– que fuere interpuesta dentro de un proceso contencioso administrativo, debería quedar sometida al desarrollo procedimental, probatorio y procesal del proceso principal, criterio al cual nosotros nos oponemos, pues, tanto la "Solicitud de Suspensión Provisional del Acto Administrativo Demandado", misma que también se tiene como una medida cautelar, como cualesquiera otra, entre las cuales sobresale la denominada "Tutela Judicial Efectiva", debe alcanzar un rango un tanto semejante, es decir, de autonomía y, con ello, pueda justificar no solo su existencia, sino el lugar a su concesión, por tanto, consideramos que tal vez no es cuestión de dotar a una medida cautelar de autonomía propiamente, pero ante una de las más elementales finalidades como para lo que se creó no es preciso que se tenga como una simple acción de parte, puesto que, perdería su esencia la intención de quien en su momento insertó en el mundo jurídico la medida cautelar como mecanismo o forma de tutela jurisdiccional, tutela ésta que brinda el ordenamiento jurídico a los asociados o administrados en un Estado de derecho del cual se estima no escapa Panamá, máxime cuando –según EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA– para el Derecho Contencioso Administrativo ello se constituye en una justicia de tutela de derechos e intereses legítimos, consagrada en una universalidad del control jurisdiccional.

Al recorrer el universo del derecho administrativo, ello en el afán de encontrar nuevas ideas, planteamientos y hasta mecanismos que se hubieren adoptado o puesto en vigencia para esta rama; encontramos de una ligera escala realizada en la jurisdicción contencioso administrativa de España que dicha nación ha proclamado con rango constitucional el derecho a la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales, lo que se dice, ha motivado para ellos el replanteamiento de los dos puntos cardinales del proceso contencioso administrativo, a saber: la revisión del sistema de medidas cautelares y de ejecución de sentencias contra la Administración. En otras palabras, han buscado asegurar el control jurisdiccional de la actividad administrativa, especialmente en el caso de los actos de la administración y a la ejecutividad de las sentencias, máxime cuando previamente se hubieren concedido las medidas cautelares propuestas, por aquello de estimarse que resultarían necesarias para garantizar la ejecución de lo juzgado y, por ende, la tutela judicial efectiva, marco que no sólo supone, como hemos dicho, la aplicación de la medida cautelar de suspensión de la ejecución de los actos administrativos demandados, sino, que ha permitido la apertura del compás, esto es, para la concesión de cualquier medida cautelar idónea y eficaz, incluso de contenido positivo.

Para ir cerrando lo que podríamos decir el bosquejo realizado en este escrito sobre lo que se entiende por "La Jurisdicción Contencioso Administrativa y la Tutela Cautelar"; encontramos propicio citar al jurista y doctrinario, Doctor JAIME RODRÍGUEZ-ARANA, quien en su obra "Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa en españa", sostuvo, entre otras cosas, que:

> ...El dogma de la ejecutividad del acto administrativo, uno de los principales pilares de la construcción continental del derecho administrativo, sin dejar de existir, está siendo reinterpretada, a la luz de los principios y criterios constitucionales, en especial, a raíz de la tutela judicial efectiva que, en España, como en otros países, ha traído consigo la doctrina de la justicia cautelar.

La reinterpretación a que alude el citado autor es lo que nos ha llevado a encontrar el remedio para uno de los problemas fundamentales que, por mucho tiempo, ha reinado en la esfera contenciosa administrativa de nuestro país, éste es, el del privilegio en la ejecutividad, ejecución que en gran medida se venía haciendo al margen de lo que hoy denominamos la tutela judicial efectiva; tutela ésta que, en Panamá, se ha adoptado, a través de la jurisprudencia y la doctrina, dada la finalidad de su creación en el mundo contencioso administrativo; es decir, para hacer contrapeso, a través de la constitución de límites a las prerrogativas exorbitantes de la administración pública; esto es, garantizando situaciones o posiciones de igualdad entre ésta y los administrados. Todo ello, mientras los hoy Diputados nuestros consientan al igual que España, darle algún día el rango que ésta última le dio a tal tutela.

Según el Dr. RODRÍGUEZ-ARANA, el principio de la tutela cautelar se deriva de la tutela judicial efectiva, misma que se nos presenta con límites infranqueables a la ejecutividad administrativa, con lo cual las medidas cautelares ya no son medidas extraordinarias o excepcionales, sino que se convierten en un instrumento de la tutela judicial ordinaria, ello, debido a la considerable duración de los procesos jurisdiccionales, lo cual ha motivado el crecimiento de la justicia cautelar o provisional y, por ende, la adquisición de una especial relevancia, ello porque actúa como un mecanismo para asegurar provisionalmente la eficacia de la sentencia definitiva y como remedio para que ésta, llegada a su ejecución, no resulte tardía; pues a su juicio y el nuestro también, "una justicia tardía no es justicia".

En fin, más allá de las características que revisten las medidas cautelares (a saber: la instrumentalidad, homogeneidad de la medida cautelar con la medida ejecutiva; temporalidad y provisionalidad, viabilidad y jurisdiccionalidad) que como se ha anotado, contribuyen a la integración de lo que es la tutela

jurisdiccional, tutela ésta de la que precisamente se deriva la tutela cautelar; podemos decir que, ésta última en sí permite la existencia de un sistema de control cautelar pleno, que supone el reconocimiento del derecho de los ciudadanos a solicitar y la obligación del órgano jurisdiccional de conceder, como ya hemos expuesto, las medidas idóneas y adecuadas contra los actos administrativos de efectos particulares, los actos de efectos generales, la inactividad, la carencia, la abstención o la omisión, la vía de hecho o la actuación material del Poder Público, por tanto, no debemos olvidar que según VICTOR RAFAEL HERNÁNDEZ-MENDIBLE, en su compendio sobre "Tendencias de la Tutela Cautelar en el Derecho Procesal Administrativo", "... tanto daño hace a la justicia administrativa la negación de la tutela cautelar adecuada, cuando sea procedente de acuerdo con la ley, como la concesión de una tutela cautelar inadecuada o improcedente, pues en tal caso, se afecta a la Administración, por vía de consecuencia al interés general que ésta tutela e igualmente se afecta a todos los terceros que en virtud de una situación jurídica específica, puedan tener interés en las resultas del proceso.", por ende, lo propio es que se oriente nuestro bregar, a fin de lograr una unificación de los presupuestos *fumus boni iuris y periculum in mora* para la concesión de la tutela cautelar en el procedimiento y en el proceso administrativo, unificación que como han sostenido diversos autores y especialmente, HERNÁNDEZ-MENDIBLE; se considera debe consagrarse de manera expresa en las leyes que regulan el Derecho Procesal Administrativo, para brindar una mayor seguridad jurídica a sus asociados o administrados.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA INTERCONEXIÓN DE REDES DE TELECOMUNICACIONES Y LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN PANAMÁ

Marlena M. Domínguez G

Los sistemas de comunicación en general han incidido en el desarrollo socio-económico de los pueblos a lo largo de la historia, y, en la actualidad, los servicios de telecomunicaciones no sólo se erigen como un instrumento efectivo para tal fin, sino que igualmente resultan esenciales para la comunicación rápida y efectiva.

Debe tenerse en cuenta que el desarrollo, administración y regulación de las telecomunicaciones, de modo alguno deben ser aislados de lo que en ese sentido suceda con otros instrumentos que igualmente inciden en el progreso de las sociedades. Siendo así, lo anterior deberá ceñirse a la realidad, intereses y objetivos de cada país.

Tradicionalmente las telecomunicaciones fueron concebidas como servicios públicos, de modo tal que el Estado participaba directamente en su prestación, común denominador en todo el continente Americano con excepción de Estados Unidos de América donde en un inicio se destacaron empresas como American Telephone and Telegraph (AT&T) y Bell Telephone Company. Esto fue así hasta la última década del siglo pasado, que fue cuando el Estado, por vía de concesiones, delega la prestación de este servicio a particulares, dando paso con ello a la apertura del mercado de las telecomunicaciones.

Pero ello no fue inmediato. En la transición hacia esa apertura, el sector de las telecomunicaciones se caracterizó en la mayoría de esos países por la existencia de monopolios u oligopolios ejercidos por un operador u operadores que controlaron la infraestructura básica de la red de telecomunicaciones, no obstante, el Estado siempre mantuvo y mantiene su regulación y control a través de sus órganos de poder público.

En el caso de Panamá, ello se dio a través de un contrato otorgado en régimen de exclusividad temporal a CABLE & WIRELESS PANAMA S.A., dentro de un proceso de privatización que involucró la compra del 51% de las acciones de INTEL S.A., empresa estatal. En la actualidad, el Estado Panameño conserva el 49% de la acciones.

La apertura del mercado de telecomunicaciones supone, pues, la previsión de normas adecuadas que permitan la libre competencia, y entre ellas figuran las normas que regulan lo referente a la interconexión de redes de telecomunicaciones. Estas normas garantizan en principio, el curso de comunicación entre usuarios y la coexistencia de múltiples operadores en condiciones de igualdad, para garantizar el desarrollo de la leal competencia entre los concesionarios.

I. El sector de las telecomunicaciones en Panamá. Marco regulatorio

Hemos visto que los medios de comunicación en general y en particular las telecomunicaciones, han sido un pilar fundamental en el desarrollo de las sociedades. También hemos visto que tradicionalmente las telecomunicaciones han sido concebidas como servicios públicos, y esto implica la obligación del Estado de procurar el bienestar de la sociedad, de modo que están sometidas a un régimen especial de derecho público.

Algunas corrientes enfatizan que en la prestación de estos servicios públicos, se involucran valores como la libertad de expresión, privacidad, inviolabilidad de las comunicaciones, libre empresa etc., que la mayoría de las Constituciones Políticas de nuestro continente reconocen como derechos y garantías fundamentales.

Como los preceptos constitucionales llevan inmersos los máximos intereses colectivos, pues allí se estructura la organización política, económica y jurídica de cada país, el sector de las telecomunicaciones, como parte del conjunto de actividades que incide en el desarrollo de éstos, deberá ajustar sus fines a los fines fijados en esos preceptos. Así vemos que el artículo 284 de la Constitución Política de la República de Panamá, en este sentido apunta lo siguiente:

> Artículo 284: El Estado intervendrá en toda clase de empresas, dentro de la reglamentación que establezca la Ley, para hacer efectiva la justicia social a que se refiere la presente Constitución y, en especial, para los siguientes fines:
>
> 1. Regular por medio de organismos especiales las tarifas, los servicios y los previos de los artículos de cualquier naturaleza, y especialmente los de primera necesidad.
>
> 2. Exigir la debida eficacia en los servicios y la adecuada calidad de los artículos mencionados en el aparte anterior.
>
> 3. Coordinar los servicios y la producción de artículos.
>
> La Ley definirá los artículos de primera necesidad.

Para alcanzar estos fines colectivos, se requiere de la intervención del Estado a través de los distintos poderes públicos, es decir, el poder legislativo, el poder ejecutivo y el poder judicial. El poder legislativo interviene en el sector de las telecomunicaciones mediante la expedición de normas de obligatorio cumplimiento para todos los agentes (operadores, usuarios, competidores etc.). El poder ejecutivo lo hará mediante la expedición de actos administrativos expedidos para la ejecución de estas normas. El poder judicial, por su parte lo hará, cuando controla la constitucionalidad de las leyes del sector, la legalidad de los actos administrativos y defina las controversias entre el Estado y los administrados y entre estos últimos entre sí.

No cabe duda que la Ley deviene como el principal instrumento para la intervención del Estado en el sector de las telecomunicaciones.

En Panamá, las telecomunicaciones están reconocidas por Ley como un servicio público. Para los efectos del asunto que nos ocupa, las telecomunicaciones están regidas en principio, por la Ley N°26 de 28 de enero de 1996, "Por la cual se crea el Ente Regulador de los Servicios Públicos", publicada en la Gaceta Oficial N°22,962 de 30 de enero de 1996; la Ley N°31 de 8 de febrero de 1996, "Por la cual se dictan normas para la regulación de las telecomunicaciones", publicada en la Gaceta Oficial N° 22,971 de 9 de febrero de 1996; esta Ley a su vez fue modificada por la Ley N°24 de 30 de junio de 1999, publicada en la Gaceta Oficial N°23,832 de 5 de julio de 1999. Por el Decreto Ejecutivo N°73 de 9 de abril de 1997, por el cual se reglamenta la Ley N°31 de 8 de febrero de 1996, por la cual se dictan normas para la regulación de las telecomunicaciones en la República de Panamá", publicado en la Gaceta Oficial N°23,263 de 10 de abril de 1997, y por resoluciones y planes sectoriales expedidos en desarrollo de estos y por tratados y convenios internacionales vigentes en la República de Panamá que le sean aplicables.

De conformidad a las normas y principios jurídicos contenidos en la Ley N°31 de 8 de febrero de 1996, es política del Estado en materia de telecomunicaciones, promover que todos los concesionarios presten estos servicios en condiciones de igualdad, en circunstancias similares, de manera continua, y, garantizar la leal competencia entre los concesionarios de los servicios que se otorguen en régimen de competencia. Asimismo le corresponde al Estado acelerar la modernización de la Red Nacional de Telecomunicaciones y el desarrollo de nuevos servicios a nivel nacional. Finalmente le atribuye al Estado, para que a través de un organismo regulador, regule, ordene, fiscalice y reglamente la operación y administración de los servicios de telecomunicaciones.

Para el cumplimiento de los objetivos y principios establecidos en la Ley 31 de 8 de febrero de 1996, fue expedido el Decreto Ejecutivo N°73 de 9 de abril

de 1997, "Por el cual se reglamenta la Ley N°31 de 8 de febrero de 1996, por la cual se dictan normas para la regulación de las telecomunicaciones en la República de Panamá". Este cuerpo legal le atribuyó al Ente Regulador de los Servicios Públicos, creado mediante la Ley N°26 de 28 de enero de 1996, G.O. N°22,962 de 30 de enero de 1996, la facultad para dictar las resoluciones y demás disposiciones complementarias debidamente fundamentadas, necesarias para el cumplimiento de la Ley N°31 y el Reglamento.

Vale anotar que con la expedición del Decreto Ley N°10 de 22 de febrero de 2006, "Que reorganiza la estructura y atribuciones del Ente Regulador y dicta otras disposiciones", se reestructura bajo el nombre de Autoridad Nacional de los Servicios Públicos al Ente Regulador de los Servicios Públicos creado mediante la Ley 26 de 1996, y tendrá a su cargo el control y la fiscalización de los servicios públicos con sujeción a las disposiciones de esta Ley y las respectivas normas sectoriales vigentes en materia de servicios públicos. De modo que, en adelante, se hará alusión a la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos cuando la normativa vigente haga alusión al Ente Regulador de los Servicios Públicos.

II. La interconexión de redes de telecomunicaciones

A. Cuestiones previas

La interconexión de redes no es un asunto paralelo al de la apertura del mercado de telecomunicaciones, ya que desde un inicio, se requirió de la vinculación de las infraestructuras de los distintos países entre sí, para posibilitar la comunicación entre personas ubicadas más allá de sus fronteras. En la actualidad, con la interconexión de redes se asegura el "interfuncionamiento" de las diversas redes de telecomunicaciones y la "interoperabilidad" de los diversos servicios que existan en un país y estos con el exterior; a su vez, todo opera de manera armónica como si se tratara de una sola red.

Para el desarrollo de lo concerniente a la interconexión de redes de telecomunicaciones, dos aspectos medulares debemos tener claramente delimitados: el concepto de servicios de telecomunicaciones y el concepto de redes de telecomunicaciones.

Es de rigor destacar esta distinción, en especial para los efectos del derecho aplicable cuando de intervención estatal se trate en materia de interconexión de redes, ya que a partir de ella se ha establecido que a los servicios de telecomunicaciones los rigen las normas relativas a las obligaciones o derechos personales, es decir, aquellos que una persona tiene con respecto a personas determinadas, y las redes de telecomunicaciones, les son aplicables la normativa

general sobre los bienes relativos a los derechos reales, circunstancia que dicho sea de paso, no se altera por la naturaleza jurídica que tenga el titular de ésta, ya sea el Estado, empresas estatales o personas naturales o jurídicas.

1. Servicios de telecomunicaciones

El concepto de servicios de telecomunicaciones no está expresamente definido en la Ley N°31 de 8 de febrero de 1996, pero en el Artículo 1, se prevé que estos incluyen "toda transmisión, emisión o recepción de los signos, señales, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza, por medio de líneas físicas, emisiones radioeléctricas, medios ópticos o por cualquier otro sistema o medio de transmisión existente o que exista en el futuro"; y excluyen "los servicios de telegrafía nacional, radiodifusión y distribución de señales de televisión no interactiva y los de radioaficionados y bandas ciudadanas".

Ese mismo cuerpo legal establece expresamente en su Artículo 7, que los servicios de telecomunicaciones constituyen un servicio público y que se clasifican así:

> 1. Servicios tipo A: Constituyen los servicios que, por razones técnicas o económicas, se otorguen en régimen de exclusividad temporal, o a un número limitado de concesionarios que operan en régimen de competencia.
>
> 2. Servicios tipo B: Los demás servicios de telecomunicaciones que se otorguen libremente en régimen de competencia.

También señala que el Estado garantizará su prestación vía concesiones, por lo que estas se clasifican en atención al servicio a prestar, en Concesiones tipo A y Concesiones tipo B, que tendrán un plazo de veinte años (Artículos 18, 22 y 23). Corresponderá al Consejo de Gabinete otorgar las Concesiones Tipo A, mediante licitación pública, previo concepto favorable de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos; y a este organismo regulador, otorgar las concesiones tipo B y fijar el canon anual que deberá pagarse por ellas, pero sin la formalidad de licitación pública, y se remite al reglamento para los efectos del procedimiento a seguir para su otorgamiento (Artículos 23, 27 y 36).

El Decreto Ejecutivo N°73 de 9 de abril de 1997, detalla que la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos podrá determinar que por razones económicas o técnicas, un servicio deberá ser prestado en régimen de exclusividad temporal o en régimen de competencia o en régimen de limitación numérica. Asimismo prevé que el derecho a explotar servicios en régimen de exclusividad temporal se otorga mediante un contrato de concesión Tipo A entre el concesionario y el Gobierno de la República de Panamá, según el procedimiento previsto

en la Ley que ya fue indicado. Asimismo prevé que el derecho de explotar servicios Tipo B, es decir, aquellos que se otorgan libremente en régimen de competencia, se otorga mediante una Resolución que tal efecto emita la Autoridad de los Servicios Públicos (Artículos 9, 10 y 52).

2. Redes de telecomunicaciones

La Ley N°31 de 1996, tampoco define el concepto de redes de telecomunicaciones per se, pero define Red Nacional de Telecomunicaciones así:

> Artículo 8: La Red Nacional de Telecomunicaciones es el conjunto de medios de transmisión, distribución y conmutación, utilizados para prestar los servicios de telecomunicaciones, y está constituida por los canales, circuitos y centros de conmutación que permiten la prestación de estos servicios, el Espectro Radioeléctrico, utilizado en las telecomunicaciones, así como por los medios internacionales de transmisión y recepción vía satélite, cables submarinos y microondas.

El Decreto Ejecutivo N°73 de 1997, por su parte, además de desarrollar lo relativo a la Red Nacional de Telecomunicaciones , nos ofrece expresamente la noción de redes de telecomunicaciones, en su Artículo 4, dentro de las definiciones adoptadas por ese Reglamento de la siguiente manera:

> Artículo 4: Para los efectos de definiciones de términos en materia de telecomunicaciones regirán las que se establecen en el siguiente orden: (1) La Ley N°31 de 8 de febrero de 1996, (2) este Reglamento (3) las que establece el presente Artículo, (4) las que adopte el Ente Regulador, y (5) las que le atribuya la Unión Internacional de Telecomunicaciones.
>
> Las definiciones adoptadas en el presente Reglamento son las siguientes:
> ...
>
> **RED DE TELECOMUNICACIONES:** Aquellas redes fijas, móviles, cableadas o inalámbricas, reales o virtuales, locales, nacionales o internacionales que hacen posible el servicio de comunicación entre dos o más terminales de telecomunicaciones en forma manual o automática...

Destacamos que las redes de telecomunicaciones se encuentran clasificadas en función a distintos criterios, y que cualquiera sea su clasificación, les rigen dos principios fundamentales: el principio de duplicidad de red y el principio de unidad de red. El principio de duplicidad de red supone que todo operador entrante puede utilizar la infraestructura existente, o, solicitar autorización para el establecimiento, uso y explotación de su propia infraestructura para ofrecer sus servicios. El principio de unidad de red por su parte supone que

las distintas redes autorizadas funcionen como una sola unidad operativa que permite a todos los que estén conectados a las distintas infraestructuras comunicarse entre sí.

Según el Decreto Ejecutivo N°73 de 9 de abril de 1997, corresponde a la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos definir y clasificar los tipos de redes de telecomunicaciones y modificarlos mediante resolución motivada. De momento prevé que la Red Nacional de Telecomunicaciones estará conformada por tres tipos o clases de redes:

> Artículo 58: La Red Nacional de Telecomunicaciones estará conformada por los siguientes tipos o clases de redes:
>
> 58.1 Redes Físicas: Son aquellas que contiene los medios de transmisión, distribución y/o conmutación para la prestación de servicios de telecomunicaciones.
>
> 58.2 Redes inalámbricas: Son aquellas que utilizan el espectro radioeléctrico en los servicios de telecomunicaciones.
>
> 58.3 Redes mixtas: Son aquellas que combinan las redes físicas e inalámbricas.

Luego de lo anotado podemos indicar que el concepto de servicio de telecomunicaciones deviene, para algunos, como un elemento abstracto, en la medida que atiende lo referente a las prestaciones que el operador brinda al usuario, y las redes de telecomunicaciones para otros, no es más que el medio o elemento físico que permiten las telecomunicaciones.

Lo así conceptuado se ubica como principio de la política sectorial, a partir de la cual se fijan los lineamientos para la regulación y el desarrollo de la infraestructura nacional de telecomunicaciones. En efecto, podemos apreciar que el régimen que regula a los servicios, se dirige a determinar quiénes pueden ser operadores de esos servicios, el régimen de habilitación, el procedimiento para el otorgamiento de los títulos habilitantes, los términos de las concesiones, el área geográfica para la que se habilita, etc.. El régimen de redes se ocupa entre otros aspectos, de determinar la propiedad de la infraestructura, la forma en que puede ser establecida, los criterios para la explotación, las distintas clases de red, reglas para su desarrollo y crecimiento etc.

Finalmente, es preciso destacar que el concepto de redes se relaciona con el concepto de servicio de telecomunicaciones, que es un servicio público, cuando las redes están destinadas a su prestación. En este evento, pesan, sobre sus titulares, deberes, como consecuencia del servicio a que dichas redes están destinadas, pero también los titulares reciben garantías y protecciones

especiales. Esto es en razón de la competencia pública del Estado de regular, planear, controlar y vigilar las infraestructuras de uso público, y, sin perder de vista que aun cuando estas redes están afectadas a un servicio público, no les hace perder su condición de bienes de propiedad privada.

B. Sobre la interconexión de redes y la intervención del Estado

El fin social que constitucionalmente tienen las telecomunicaciones, como ya vimos, se desarrolla en la Ley, instrumento que le da contenido, forma y alcance. La intervención del Estado, a través del órgano legislativo es palpable, pues, es este organo de poder público quien tiene la potestad soberana de expedirla.

En la actualidad, la regulación de la interconexión de redes de telecomunicaciones figura como uno de los principales instrumentos para garantizar la leal competencia en la provisión de los servicios de telecomunicaciones que se otorguen en régimen de competencia, unos de los principios jurídicos que nuestra Ley N°31 de 8 de febrero de 1996, prevé como política de Estado.

Por eso no pocos sostienen que, cuando el sector de telecomunicaciones de un país está organizado bajo un modelo de competencia, donde convergen en el mercado diversos operadores y redes de telecomunicaciones que es preciso sean vinculados, la interconexión de redes ocupa un lugar relevante.

1. Concepto de interconexión

El Decreto Ejecutivo N°73 de 1997, reserva todo el Título V, para lo referente a la Interconexión de las redes de los servicios de telecomunicaciones de uso público, y establece que es obligatoria entre los concesionarios. Dicta que la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos propiciará que las interconexiones de las redes de telecomunicaciones se lleven a cabo en forma equitativa, y le reconoce el derecho de intervenir como mediadora en los procesos de negociación de los acuerdos de interconexión, y la facultad de dictar las reglas en las que las partes no logran ponerse de acuerdo y que van a regir los acuerdos de interconexión, para lo cual puede hacerse asistir de peritos.

Este mismo Decreto Ejecutivo N°73, define interconexión en su artículo 186 de la siguiente manera:

> Artículo 186: La interconexión es la capacidad de enlazar dos sistemas de telecomunicaciones, a través de medios físicos o inalámbricos, mediante equipos e instalaciones, que proveen líneas o enlaces de telecomunicaciones, con el objeto de permitir comunicaciones de voz, datos, imágenes, video o de cualquier otro tipo entre usuarios de ambos sistemas, en forma continua o no, en tiempo real o en diferido.

JOAN CALZADA Y FRANCES TRILLAS en su artículo "Los precios de interconexión en las telecomunicaciones: de la teoría a la práctica" (*Hacienda Pública Española/Revista de Economía Pública*. 2005. pag. 87) incluyen la definición que la Unión Internacional de Telecomunicaciones le da a interconexión. Para esta entidad la interconexión no es más que:

> ...los arreglos comerciales y técnicos bajo los cuales los proveedores de servicios conectan sus equipos, redes y servicios para permitir a los consumidores acceder a servicios y redes de otros proveedores de servicios.

De lo expuesto es claro inferir la tesis generalizada que indica que, a través de la interconexión de redes no sólo es posible la comunicación entre usuarios, sino que además posibilita que las infraestructuras o redes instaladas puedan ser utilizadas por los demás operadores de servicios para extender la cobertura de sus servicios y prestar facilidades de comunicación, es decir, permite a los nuevos operadores la interconexión de redes con la Red Telefónica Básica (red telefónica, pública, conmutada fija y actualmente existente), y permite además la interconexión de los operadores entre sí. Importante resulta anotar que la Red Telefónica Básica se presenta de un lado, como la infraestructura básica para desarrollar la interconexión de otras redes, pero de otro lado, exige el establecimiento de condiciones de acceso y uso de ésta por parte de otros operadores; ello sin perder de vista que el titular de red de uso público u operador establecido tiene una posición de privilegio en el mercado con respecto a los nuevos operadores, que precisamente resulta de la infraestructura instalada.

Se trata, pues, de un sector regulado por ley donde están inmersos principios rectores, que debemos tener en cuenta y que resulta oportuno traer a colación. Estos principios rectores claramente están contenidos en el Decreto Ejecutivo N°73 de 1997, y entre ellos figuran el Principio de Universalidad; Derecho y Obligación de Interconexión; No Discriminación y Neutralidad; Publicidad; Libre Negociación; Permanencia, Remuneración Razonable y, que medularmente propugnan lo siguiente:

a. Principio de Universalidad: Según este principio la interconexión no puede ser entendida con propósitos diferentes al cometido general que tienen las telecomunicaciones, que está especialmente dirigido a asegurar la prestación

continua y eficiente a todos lo habitantes del territorio sin importar la clase o tipo de servicio que contratan (Artículos 21, 22 y 23).

b. Derecho y Obligación de Interconexión: Parte del hecho de que la interconexión tiene la peculiaridad de ser al mismo tiempo un derecho y una obligación. Será un derecho de todos los operadores de redes para solicitar y obtener interconexión de todos aquellos operadores que la requiera. Por otro lado, será una obligación de todos los operadores brindar y permitir la interconexión a todos los que la soliciten (Artículo 189).

c. No discriminación y neutralidad: Plantea que quien brinda el acceso y uso de su red, debe hacerlo en igualdad de condiciones económicas, técnicas y jurídicas, deber que no sólo es con respecto a terceros sino también con respecto a sí mismo, es decir, trato equivalente al que se brinda a sí mismo para sus propias operaciones (Artículos 188, 191 y 210).

d. Publicidad: Este principio a su vez atiende el principio de transparencia que impone sea de conocimiento público lo concerniente a la negociación y la celebración de los negocios jurídicos que resulten de ella, o bien, los actos jurídicos en los que el Estado de manera forzada imponga la interconexión de redes entre sí. Con esto se garantiza que las condiciones convenidas para los efectos de la interconexión sean iguales o equivalentes para todos los interesados (Artículos 195 y 196).

e. Libre Negociación: La interconexión de redes está sujeta a la voluntad de los interesados, y ello tiene sustento en los derechos reales que son de libre disposición de su titular y en la potestad que tienen los operadores de solicitar de otros la interconexión. De no darse un acuerdo, el Estado, a través de la entidad administrativa correspondiente, podrá imponer la interconexión de las redes entre sí, pero será hasta donde la Constitución y la Ley así lo determinen; tampoco es óbice para que las partes involucradas puedan entrar a modificar y negociar las obligaciones que le han sido impuestas (Artículos 198 y 199), tal como lo reconoció la Sala Tercera en fallo de 14 de octubre de 2005, que más adelante veremos.

f. Permanencia: Este principio atiende el interés público, pues impera el derecho de los usuarios de que les mantenga inalterados los servicios que prestan las redes que se vinculan entre sí (Artículo 208).

g. Remuneración Razonable: El titular de la red tiene el derecho de ser razonablemente remunerado por el uso de su red, y el valor que se fije, si bien estará sujeto a regulación estatal, será fijado en atención al mercado y a los costos de los servicios que se soportan en las redes interconectadas. Este

principio lo sujetan al principio de la no discriminación, en la medida que impone que por el uso de una misma red siempre el costo será igual para todo aquel operador que la requiera, independientemente del servicio que presta (Artículo 209).

Con sujeción a los anotados principios, se observa que la interconexión de redes de telecomunicaciones puede revestir modalidades, y las más comunes se relacionan con el tipo de vinculación física que existe entre las redes, o, por su origen, es decir, la causa de la interconexión.

a. Tipo de Vinculación: Puede ser directa o indirecta, según medie o no una tercera red en dicha interconexión que sirve de tránsito entre una y otra de las infraestructuras que se vinculan.

b. Origen: Puede ser convenida o impuesta. Será convenida cuando la vinculación surge como consecuencia de la libre negociación de las partes interesadas, y será impuesta cuando resulte como consecuencia de la intervención del Estado, ya sea a través de autoridades administrativas o judiciales, y tienen origen y fundamento legal.

Sobre este último punto vale anotar que, independientemente del origen de la interconexión, ésta siempre se va configurar a través de un acto que estará ceñido a un procedimiento. Cuando se trate de interconexión convenida, no existen mayores formalidades, salvo las contenidas en el Artículo 198 del Decreto Ejecutivo N°73 de 1997, que impone alcanzar un acuerdo dentro de los ciento veinte (120) días calendarios desde que el concesionario solicitante envíe una copia de la solicitud de interconexión a la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, en la que conste que la parte solicitada ha recibido la solicitud. Cuando se trate de interconexión impuesta, el procedimiento será conforme a si se trata de un procedimiento administrativo o judicial, que se iniciará de oficio o a solicitud de parte según sea el caso, una vez cumplido el plazo establecido en las normas para que las partes lleguen a un acuerdo.

Para la interconexión de redes, independiente de la clase en que se ubique, se requiere sean considerados aspectos técnicos, económicos y jurídicos que se relacionan con la vinculación, operación y explotación conjunta de las redes de telecomunicaciones. El Decreto Ejecutivo N°73 de 9 de abril de 1997, los agrupa y enumera en el artículo 197, y entre ellos figuran: la especificación de los puntos de interconexión y su ubicación geográfica; diagrama de enlace entre los sistemas; índices de la calidad de servicio; formas de pago; mecanismos para medir el tráfico u otros criterios en base a los cuales se calcularán los pagos; duración del acuerdo y procedimientos para su renovación; indemnización por incumplimiento; mecanismos para la resolución de controversias etc.

2. La interconexión y las redes de telecomunicaciones

Precisa efectuar algunas anotaciones en relación a lo que se ha conceptuado en materia de los bienes que conforman las redes de telecomunicaciones, para cuando se trate de interconexión de éstas. Ello obedece a que las normas jurídicas que se le aplican, en apego a lo que ya fue expuesto en lo atinente a la naturaleza jurídica de las redes de telecomunicaciones, se sustentan entre otros, en los principios y reglas generales establecidas para los derechos reales, es decir, de bienes, y tienen un vínculo directo con el derecho de propiedad cuyo alcance y ejercicio sólo se limita por una imposición de orden legal.

Vemos entonces que el ámbito de las potestades del poder ejecutivo, que especialmente se dirige a cumplir y hacer cumplir las normas generales expedidas en el sector, está delimitado por el legislador en materia de interconexión.

En los apuntes de clases impartidas por la Universidad Tecnológica de Panamá en conjunto con la Universidad del Externado de Colombia en el Diplomado "Regulación y Competencia de las Telecomunicaciones" en el año 2006, se dejó sentado que las reglas que imponen y rigen las interconexiones de las telecomunicaciones son por esencia limitativas del derecho de dominio creadas con el fin de proteger el interés general.

En efecto, lo anterior se manifiesta en las normas que establecen como obligación principal el deber de los propietarios de esas redes de permitir, realizar o aceptar la interconexión de otras redes propiedad de otras personas. Según el artículo 189 del Decreto Ejecutivo N°73 de 1997, ello está sujeto a que previamente se haya presentado una solicitud de interconexión, o firmado un acuerdo, o bien la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos expida una Resolución ordenando la interconexión; a que las redes sean compatibles técnica y funcionalmente y que la interconexión propuesta no represente un peligro o perjuicio para las instalaciones del concesionario o del solicitante; que la interconexión solicitada no represente una amenaza a la vida, salud o la seguridad de los clientes de la red del concesionario o del solicitante, o de las personas responsables de la operación y mantenimiento de las mismas; que la interconexión se ajuste a los términos de otros contratos de concesión y las leyes y reglamentos pertinentes.

La limitación al derecho de dominio también se señala en las normas que facultan a las autoridades para establecer e imponer servidumbres de conexión o derecho de paso a favor de terceros operadores sobre la red de propiedad de otros. La imposición forzada de la servidumbre puede ser administrativa o judicial, y se caracteriza por su formalidad, ya que la Ley debe determinar

el procedimiento que deban surtir las autoridades correspondientes para tal fin, de modo que los afectados cuenten con las medidas elementales que les garanticen un debido proceso para hacer valer en juicio sus legítimos derechos; a ello se añade que la decisión que en ese sentido se adopte, está sujeta a la interposición de recursos reconocidos por Ley que garantizan la revisión de la decisión y el derecho de oposición del afectado.

Se observa la limitación del derecho de dominio además, en las normas que recogen el principio de onerosidad, que concede a los propietarios el derecho a exigir el pago por el uso de los bienes de su propiedad y definir libremente el valor a cobrar por el uso de sus derechos particulares. Los artículos 209, 210, 211 y 212, contenido en el Capitulo 3, del Decreto Ejecutivo N°73 de 1997, sobre Cargos de Interconexión y/o Acceso, claramente recogen este principio al prever que los cargos de interconexión que el concesionario podrá cobrar a los interesados se fijarán tomando en cuenta entre otros elementos de referencia, los efectos económicos y técnicos sobre los servicios interconectados y su expansión, así como sobre los servicios concedidos al concesionario (Artículo 209); que sus precios y términos serán justos y razonables, los cuales incluirán una tasa de retorno razonable (Artículo 210); que cada uno de los concesionarios de cada servicio cuyas redes se interconectan realizará a su propio costo las modificaciones y ampliaciones de su propia red que sean necesarios en sus instalaciones para llevar a cabo la interconexión, para mantener y/o mejorar la calidad de servicios, así como para atender los aumentos de tráfico generados por la interconexión (Artículo 211); que los concesionarios cuyas redes se interconecten, se pagarán entre sí los cargos de acceso que acuerden en sus respectivos contratos (Artículo 212).

Finalmente, la limitación al derecho se manifiesta por el respaldo y protección sobre contratos o negocios jurídicos celebrados antes de la expedición de las normas jurídicas, salvo que por razones de la protección al interés público, previamente una ley determine las razones por las cuales puedan ser desconocidos. La Ley igualmente deberá determinar el procedimiento que deban surtir las autoridades correspondientes para tal fin, de modo que los afectados cuenten con las medidas elementales que les garanticen un debido proceso para hacer valer en juicio sus legítimos derechos.

3. Costos de interconexión y cargos de acceso

En líneas precedentes ya se indicó que los cargos de interconexión se fijarán tomando en cuenta los elementos económicos y técnicos sobre los servicios interconectados y su expansión, así como sobre los servicios concedidos al concesionario. Seguidamente se anotó que los precios incluirán una tasa de retorno razonable; que cada uno de los concesionarios cuyas redes se

interconecten, asumirán el costo de las modificaciones que se efectúen a su propia red para llevar a cabo la interconexión; y, que los concesionarios cuyas redes se interconecten se pagarán entre sí los cargos de acceso que acuerden en su respectivo contrato.

El Decreto Ejecutivo N°73 de 1997, prevé en su Capítulo 4, del Título V: "Pautas para la fijación de Costos de Interconexión y Cargos de Acceso", y el artículo 213 allí contenido es diáfano al disponer que cuando la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos intervenga, estos se basarán en la estimulación de la competencia y la eficiencia económica.

En principio, se contempla que todos los costos directos asociados con la interconexión deben estar reflejados en los cargos por estos servicios, y que los cargos de acceso e interconexión deberán reflejar descuentos por volumen en los precios al por menor, cuando corresponda, y se basarán en los cargos por servicios similares ya ofrecidos por el concesionario a otros. También se anota que los costos no recurrentes extraordinarios asociados con la satisfacción de la demanda de interconexión de un concesionario se deberán recuperar de manera equitativa en período de tiempo fijo.

Se respalda la leal competencia cuando por un lado, se concede el derecho a todo concesionario de instalar, construir y operar redes de telecomunicaciones, y por el otro lado, le impone deber de poner dichas redes a disposición de otros concesionarios para su interconexión y acceso, cuyos cargos reflejen como mínimo, los costos incrementales a largo plazo. Estos costos se determinarán siguiendo principios y teorías económicas generalmente aceptados, tomando en cuenta lo señalado en el artículo 220, donde se prevé que los costos considerados serán los de un concesionario eficiente, que opera en las condiciones sociales, económicos y de mercado existentes en la República de Panamá en su momento.

4. La intervención del poder judicial

Ya manifestamos que todas las autoridades públicas, entre las que figura el poder judicial, ejercen la intervención que le corresponde al Estado sobre las telecomunicaciones.

En materia de interconexión de redes de telecomunicaciones, el Órgano Judicial de Panamá, a través de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, ha emitido diversos pronunciamientos en ejercicio de la función de control de legalidad de los actos administrativos. Haremos alusión a algunos de ellos.

a. Demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción interpuesta por CABLE & WIRELESS PANAMÁ, S.A., contra la Resolución N°JD-3206 de 22 de febrero de 2002 y la N°JD-3300 de 22 de abril de 2002, dictada por el Ente Regulador de los Servicios Público.

Mediante los mencionados actos se le ordenó a CABLE & WIRELESS PANAMA S.A., la interconexión inmediata de su red de servicio de telex internacional a la red que para tales servicio tiene la empresa ADVANCED COMMUNICATION NETWORK, S.A., e igualmente establece la redacción de varias cláusulas y el cargo de acceso por el tráfico de telex en siete centavos y medio (B/0.075). Lo pretendido por CABLE & WIRELESS PANAMA S.A., medularmente se sustentó en que al ordenarse la interconexión inmediata, el entonces Ente Regulador establece condiciones contractuales bajo las cuales las partes deberán celebrar el contrato de interconexión, las cuales imponen situaciones no equitativas y no ajustada a derecho, violentando los derecho subjetivos de Cable & Wireless Panamá, como concesionaria de los servicio de telecomunicaciones, razón por la que alegó la violación de los artículos 189, 199, 211 y 220 del Decreto Ejecutivo N°73 de 1997, y el artículo 36 de la Ley 38 de 2000.

En fallo de 14 de octubre de 2005, no le concedió la razón a CABLE & WIRELESS PANAMÁ S.A., y dejó claramente indicado entre otros puntos que, "siempre que se compruebe la compatibilidad de las redes, la conexión es obligatoria"; también se dejó sentado que el artículo 211 no es aplicable al costo de conexión de redes entre sí, sino a los costos que debe incurrir cada empresa dentro de sus instalaciones, para llevar a cabo la interconexión, y, finalmente se dispuso que a las partes le es factible pactar de mutuo acuerdo disposición diferente a la contenida en el acto impugnado y centra en el entonces Ente Regulador hoy Autoridad Nacional de los Servicios Públicos la competencia para dirimir conflictos entre éstas.

b. Advertencia de ilegalidad presentada por CABLE & WIRELESS PANAMÁ S.A., contra la frase contenida en el artículo 204 del Decreto Ejecutivo N°73 de 9 de abril de 1997, que dice: "o podrá fijar una oferta distinta a la presentada por las partes".

Se alega la violación de los artículos 73 y 41 de la Ley 31 de 1996 y 1106 del Código Civil. Quien recurre alega la violación de los artículos 73 y 41 de 1996 y 1106 y cuestiona lo así dispuesto en ese decreto reglamentario, pues, en la Ley 31 de 1996, no se prevé dentro de las atribuciones del entonces Ente Regulador hoy Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, fijar un acuerdo de interconexión, términos, condiciones y cargos más allá de los acordados

por las partes; a ello añade que un reglamento no puede limitar la autonomía de la voluntad de las partes consagradas en el Código Civil.

En fallo de 25 de enero de 2006, la Sala declaró QUE NO ES ILEGAL la frese "podrá fijar una oferta distinta a la presentada por las partes", sobre la base que el Título V, Capítulo I, del Decreto Ejecutivo N°73 de 1997, no sólo reconoce al entonces Ente Regulador de los Servicios Públicos hoy Autoridad Nacional de los Servicios Públicos el derecho de intervenir como mediador en los procesos de negociación de los acuerdos de interconexión, sino también la facultad de dictar las reglas en las que las partes no logran ponerse de acuerdo y que van a regir los acuerdos de interconexión, para lo cual puede hacerse asistir de peritos. Igualmente indicó que el denominado principio de la autonomía de la voluntad de las partes, puede ser utilizado por las partes al momento de negociar un Acuerdo de Interconexión, pero sin perder de vista que las telecomunicaciones que están amparadas en la Ley 31 de 1996, se consideran de orden público e interés social, de modo que una vez sometido estos acuerdos a la dirimencia del organismo regulador de los servicios públicos, no pueden estar exentos de su control, supervisión ni rectificación. Finalmente dispuso la Sala, que el texto impugnado, "compagina con lo expuesto en las disposiciones que preceden al artículos 204 del Decreto Ejecutivo N°73 de 1997....las cuales tiene como propósito que las interconexiones adopten la oferta más justa y libre de elementos competitivos, discriminatorios o violatorios de la ley o los reglamentos."

c. Demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción presenta por CABLE & WIRELESS PANAMÁ, S.A., para que se declare que es nula, por ilegal, la Resolución N°JD-5619 de 31 de octubre de 2005, emitida por el Ente Regulador de los Servicios Públicos.

Con la Resolución N°JD-5619 de 31 de octubre de 2006, expedida dentro de un proceso sancionador, se resuelve, entre otros puntos, sancionar con multa de B/800,000.00 a CABLE & WIRELESS PANAMÁ, S.A., "por abuso de su condición de único propietario de la red fija en el ámbito nacional" y se le conmina para que de inmediato interconecte a su red, los puntos de interconexión de Aguadulce, Santiago y Chitré, solicitados por ADVANCED COMMUNICATION NETWORK, S.A.. La recurrente aduce retraso en la adición de estos puntos de interconexión por causas imputables a ADVANCED, quien no instaló el enlace para acceder a los puntos de interconexión; seguidamente señala que al negarse a cumplir con su obligación de proveer los enlaces de interconexión conforme a la propuesta de CABLE & WIRELESS PANAMÁ S.A., ni instaba por su cuenta tales enlaces, surge un desacuerdo entre las partes que debía dirimirse conforme al Título V del Decreto Ejecutivo N°73 de 9 de abril de 1997, y no aplicar un procedimiento sancionador. Además sostiene que

no hay abuso de posición dominante, habida cuenta que la calificación como tal no es competencia del Ente Regulador sino de los Tribunales de Comercio instituidos por Ley para conocer esa materia.

En fallo 13 de marzo de 2009, la Sala declaró QUE ES NULA POR ILEGAL la Resolución N°JD-5619 de 31 de octubre de 2005, al indicar de manera categórica que el Título V del Decreto Ejecutivo N°73 de 9 de abril de 1997, prevé que para cuando existan desacuerdos entre las partes cuando se trate de términos técnicos y financieros para la interconexión en el punto o los puntos de interconexión, la aplicación de un procedimiento de mediación y no un procedimiento sancionador. Según ese Tribunal, al sancionarse con una multa pecuniaria a CABLE & WIRELESS PANAMA, "por abuso de su condición de único propietario de la red fija en el ámbito nacional", evidentemente se hace alusión al "abuso de posición dominante", que por un lado, no puede existir ante un desacuerdo sujeto a intervención y resolución del Regulador, y, por otro lado, la calificación como tal es competencia privativa de los Tribunales de Comercio, por expresa disposición de la Ley 29 de 1996.

III. Reflexión final

Indudablemente, la interconexión de redes de telecomunicaciones no sólo se erige como una institución fundamental que permite la operación de los servicios y la satisfacción de las necesidades de la sociedad en general, es decir, la comunicación entre usuarios, sino que además, ha dado lugar a cambios en el sector de las telecomunicaciones donde fueron sustituidos modelos monopólicos por modelos en competencia. Su regulación constituye, pues, uno de los principales instrumentos que garantizan la leal competencia entre los concesionarios y con ello el mejoramiento de la calidad del servicio público de telecomunicaciones para beneficio de la colectividad.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y LA OBLIGACIÓN TRIBUTARIA

Franklin Ward Ferguson

I. Fundamentos constitucionales y su alcance

Por ser este tema tan complejo, sería una vana presunción intentar exponer profunda y exhaustivamente los fundamentos jurídicos en que descansan los actos administrativos relacionados con la administración de tributos; peor aún, tratar de describir con lujo de detalles fáctico-jurídico cada uno de los componentes principales y su relación. Por tanto, en esta monografía vamos a exponer lo pertinente para activar una discusión en torno al tema de la obligación tributaria, su determinación y los basamentos constitucionales y legales en que fundamenta su accionar.

A partir de lo anterior, para construir el concepto, es condición "*sine qua non*" entender que cuando nos referimos a fundamentos jurídicos implícitamente estamos avocados a discutir la plataforma de donde nace la autorización legal que da vida, validez y eficacia a los actos administrativos, en el caso que nos ocupa, los concernientes a los impuestos y contribuciones, sean estas nacionales o municipales.

Procederemos a esquematizar, por tanto, partiendo del texto base, el marco jurídico que destaca la Constitución Política de la República de Panamá que, como Estatuto Orgánico Nacional, representa el sostén jurídico de todas las ramas del derecho como principio rector de la vida nacional y, en especial, lo relativo a los tributos. Así pues, el artículo 1 de la misma, señala lo siguiente:

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

De esta norma se colige que, al ser la República un Estado unitario, no existen entes federales, regionales o Estatales. Por lo que, las competencias se dividen en nacionales, siendo las de aplicación en todo el territorio panameño y las locales se refieren a los municipios que conforman los distritos de la República. Así pues, el régimen municipal queda establecido, según el artículo 232 del

Capítulo 2°, del Título VIII de la Carga Magna, en cuanto a su organización se refiere, a lo siguiente:

> ...
> Artículo 232. El Municipio es la organización política autónoma de la comunidad establecida en un Distrito.
>
> La organización municipal será democrática y responderá al carácter esencialmente administrativo del gobierno local.
> ...

Vemos pues, que como entidad fundamental de la división político-administrativa, con autonomía a través de gobierno propio, regentada por una corporación que se denomina Consejo Municipal que tiene entre sus funciones, tal cual establece el artículo 242 constitucional, expedir, modificar, reformar y derogar acuerdos y resoluciones municipales. Específicamente, el numeral 5 señala lo siguiente:

> ...
> 5. La aprobación o eliminación de impuestos, contribuciones, derechos y tasas, conforme a la Ley.
> 6. ...

En consecuencia, se puede definir los impuestos municipales como aquellos que no trascienden el respectivo Distrito; esto es, su ámbito de aplicación es la jurisdicción municipal. De igual manera, la ley también puede determinar exenciones y deducciones de impuestos y contribuciones municipales. Esta situación normalmente está presente en los contratos que firman los particulares con la Nación bajo la figura de protección, o sea, seguridad para las inversiones (Ley 54 de 1998), en donde se garantiza el régimen constitutivo y la estabilidad impositiva y tributaria en el orden nacional, municipal y aduanera.

Evacuado lo pertinente al fundamento jurídico impositivo de los gobiernos locales, nos toca ahora, resolver la plataforma jurídica en torno a la expresión constitucional tributario. Para lo cual formulamos la siguiente interrogante ¿dónde nace la capacidad del Estado para imponer contribuciones e impuestos y a quién constitucionalmente se le ha atribuido esa función?. A este respecto, el artículo 52, del Capítulo 1° Garantías Fundamentales, del Título III Derechos y Deberes Individuales y Sociales de la Constitución, establece que:

> ...
> Articulo 52. Nadie está obligado a pagar contribución ni impuesto que no estuviesen legalmente establecidos y cuya cobranza no se hiciere en la forma prescrita por la leyes.
> ...

Aquí estamos frente a una de las garantías fundamentales que ofrece la Ley Orgánica Nacional, en dos aspectos básicos, la primera es la que señala la necesidad de la existencia de una ley que establezca la contribución o el impuesto que, en la doctrina tributarista se conoce como una obligación "*ex lege*". Esto es así, toda vez que, su formalidad está fijada por ley y, en segundo lugar, una norma legal debe señalar al contribuyente el tiempo, modo, forma y lugar como debe pagar el impuesto o la contribución. De esto se advierte que, no pueden existir impuestos no establecidos ni en definición ni en su procedimiento de cobranza; siendo la ley general en la República, el Código Fiscal que, define los impuestos y las contribuciones generales en cumplimiento del mandato constitucional. Si no existe una ley, no hay impuesto "*nullum tributum sine lege*"; por tanto, no se puede exigir su cobro a los sujetos pasivos de la relación tributaria.

Lo definido en el artículo 52 *ut supra*, queda reforzado con el principio tributario también de reserva de ley, contenida en el artículo 278, dentro del Capítulo 2° El Presupuesto General del Estado del Título IX, La Hacienda Pública que, a la letra se lee:

> ...
> Artículo 278. Todas las entradas y salidas de los tesoros públicos deben estar incluidas y autorizadas en el respectivo Presupuesto. No se percibirán entradas por impuestos que la Ley no haya establecido ni se pagarán gastos no previstos en el Presupuesto.
> ...

Es fácil observar el mandato constitucional en materia impositiva, cuando se refiere a la necesidad de establecer por ley cualquier tributo; pues, no es dable por parte de la administración tributaria demandar la obligación, ni tampoco, si no se ha establecido por ley la forma de efectuar su cobro, lo que significa que tampoco puede ingresar a las arcas del Estado dichos fondos cobrados indebidamente, tal como ha quedado establecido en los artículos 52 y 278 de la Constitución Política de la República.

El otro principio que explica a nivel constitucional el fundamento jurídico, lo es el concerniente al principio de igualdad tributaria; en consecuencia, la Carga Magna señala como parte de las garantías fundamentales, lo prescrito en los artículos 19 y 20 que, a la letra establece taxativamente, lo siguiente:

...
Artículo 19. No habrá fueros o privilegios ni discriminación por razón de raza, nacimiento, discapacidad, clase social, sexo, religión o ideas políticas.

Artículo 20. Los panameños y los extranjeros son iguales ante la Ley, pero ésta podrá, por razones de trabajo, de salubridad, moralidad, seguridad pública y economía nacional...
...

De estos artículos transcritos se entiende que no hay fuero ni privilegios ni actos discriminatorios tanto para panameños, así como, para extranjeros. Sin embargo, se matiza cuando señala el mismo artículo 20 precitado que, por diversas razones pueden mediante ley negar a los extranjeros el ejercicio de determinadas actividades y, en otros casos, favorecer a los nacionales.

El otro fundamento jurídico constitucional, corresponde a la capacidad económica, muy discutidas en la literatura impositiva y presupuestal, por lo que, el constituyente lo ha consignado en el artículo 264, que establece, lo siguiente:

...
Artículo 264. La Ley procurará, hasta donde sea posible, dentro de la necesidad de arbitrar fondos públicos y de proteger la producción nacional, que todo impuesto grave al contribuyente en proporción directa a su capacidad económica.
...

Esto es, la graduación del impuesto debe estar en concordancia con la capacidad económica que tiene el sujeto pasivo para afrontar su pago, sea persona natural o jurídica, el cual debe tener el deber tributario de contribuir con los fondos necesarios para sufragar el presupuesto de funcionamiento del Estado a través de la obligación legal de determinar y pagar los tributos variables o fijos correspondientes en los plazos previstos por la ley.

Habida cuenta de lo anterior, el establecimiento de los impuestos y su cobro tienen su fundamento jurídico en la Constitución, tal cual se ha indicado. Ahora nos toca examinar ¿a qué institución del Estado se le atribuye la función de dictar leyes para establecer impuestos y su cobranza? Para responder a esa interrogante, tenemos que recurrir obligatoriamente a la Constitución Política de la República que, a la sazón, cuando describe las funciones legislativas ejercidas por la Asamblea Nacional, formada por Diputados, establece en el numeral 10 del artículo 159 del Título V, El Órgano Legislativo, que le corresponde a este cuerpo colegiado dentro de las funciones o atribuciones

legislativas (ejercen funciones administrativas y judiciales también), lo siguiente:

> ...
> 10. Establecer impuestos y contribuciones nacionales, rentas y monopolios oficiales para atender los servicios públicos...

A pesar de ese ejercicio constitucional de establecer mediante leyes los impuestos conferidos al cuerpo legislativo, el constituyente ha querido, para garantizar que no se cometan arbitrariedades fijar algunos límites a las potestades que tiene la Asamblea Nacional. En este sentido, el numeral 16 de la misma excerta constitucional establece tales restricciones, específicamente en lo atinente al cumplimiento de los fines y el ejercicio de las funciones del Estado, la Asamblea no puede conceder al Órgano Ejecutivo dentro de las facultades extraordinarias que dicho Órgano confiere en el receso legislativo, mediante Decretos-Leyes, en temas relativo a los impuestos, contribuciones, rentas y monopolios oficiales. El numeral en mención, es del tenor siguiente:

> ...
> 16. La Ley en que se confieran dichas facultades expresará específicamente la materia y los fines que serán objeto de los Decretos Leyes y no podrá comprender las materias previstas en los numerales tres, cuatro y diez de este artículo,
> ...

Por lo anterior, por imperio constitucional, el Órgano Legislativo, según reza en el Título V de la Constitución, estará constituido por una corporación (artículo 146) denominada Asamblea Nacional, en donde las leyes tienen su origen (artículo 164), es la única facultada para dictar leyes sobre tributos. En consecuencia, dentro de sus funciones no puede por mandato constitucional, bajo ninguna circunstancia, delegar en el Órgano Ejecutivo el establecimiento de impuestos ni contribuciones mediante Decretos Leyes durante el receso de ese poder del Estado. De ahí que, esa norma constitucional representa un impedimento con fundamento jurídico constitucional como protección de los nacionales y extranjeros que habitan el territorio nacional, de tal suerte que, no vean sus intereses y patrimonio vulnerados por actos administrativos arbitrarios exigiendo tributos no contemplados en ninguna ley.

II. Fundamentos legales de la relación tributaria

De los fundamentos jurídicos constitucionales esbozados, se generan un serie de normas fiscales que, son recogidas por el Código Fiscal de Panamá, aprobado mediante Ley N° 8 de 27 de enero de 1956. Este Código ha sufrido una serie de adiciones, modificaciones y derogaciones con intensidad a través

de los últimos diecinueve (19) años. Es notorio, no solamente en la República de Panamá, sino también en otros países, la evolución que han experimentado las distintas legislaciones fiscales como expresión de los cambios económicos y sociales, especialmente cuando se negocian convenios comerciales entre dos o más países o se incorpora un país en un grupo económico.

Es así que podemos afirmar que el Derecho Fiscal es una de las ramas del derecho público que más ha evolucionado con mucho dinamismos tratando de interpretar los cambios socio-económicos y, de ahí que, trata de traducir los mismos, en modificaciones fiscales que respondan a los más caros intereses nacionales. Esa función de administrar tributos ha sido conferida en la República de Panamá a la Dirección General de Ingresos del Ministerio de Economía y Finanzas creado mediante Ley N°97 de 21 de diciembre de 1998 que nace de la fusión del Ministerio de Planificación y Política Económica y el Ministerio de Hacienda y Tesoro. La función de administrador tributario fue atribuida a la Dirección General de Ingresos, mediante Decreto de Gabinete N° 109 de 7 de mayo de 1970, por el cual se reorganizó dicha Dirección.

Huelga señalar que en la República de Panamá existen doce (12) impuestos nacionales señalados en el artículo 683 del Código Fiscal, cuales son: de importación; de la renta; de inmuebles; de naves; de timbre; de aviso de operación de empresas; de bancos, financieras y casa de cambio; de seguros; de consumo de combustible y derivados de petróleo; de transferencia de bienes corporales muebles y la prestación de servicios; selectivo al consumo de ciertos bienes y servicios y el de transferencia de bienes inmuebles. Cada uno de estos impuestos han sido reglamentados mediante Decretos; como por ejemplo, el Decreto Ejecutivo N° 170 de 27 de octubre de 1993 que reglamenta las disposiciones del impuesto sobre la renta contenidas en el Código Fiscal y que, a su vez derogó el Decreto N° 60 de 28 de junio de 1965 que reglamentaba la Ley N° 9 de 23 de diciembre de 1964.

III. Interpretación de las normas jurídicas

Para la sana aplicación de las normas jurídicas es necesario entender cómo deben ser interpretados los mismos. La primera interrogante a resolver, sería ¿por qué se debe interpretar una norma o una ley? Una primera respuesta sería, para encontrar su verdadero sentido y alcance para su correcta aplicación. En el Derecho Fiscal, interpretar una norma reviste de caracteres especiales, debido a que corresponde a la rama del Derecho Público que rige las relaciones entre la administración de los tributos y el sujeto pasivo (contribuyente) quién es, el objeto de la aplicación de las normas para la determinación de las obligaciones tributarias y, consecuentemente, la materialización de la misma mediante el pago de los tributos exigidos por ley. Empero, no debe

desatenderse que también esta rama del derecho abarca el derecho privado; ya que, algunas veces es menester interpretar el derecho público en materia tributaria conjuntamente con normas contenidas en el derecho privado para una mejor apreciación interpretativa de la norma fiscal a aplicar; esto es así, por que grava las relaciones que se derivan de los particulares.

Debido a que las normas jurídicas contenidas en las leyes fiscales deben ser interpretadas correctamente para su sana y legal aplicación, en especial las proferidas por las autoridades que, con base a su interpretación dictan actos administrativos que pueden vulnerar o lesionar patrimonio de los asociados, sean estos, personas naturales o ficticias de distintas maneras a través de arbitrariedades, so pretexto de que, para una correcta aplicación han consultado el espíritu de la norma aplicada o que, su interpretación es la correcta porque consulta los mejores intereses para el Estado para el cobro de los tributos necesarios, según argumentan, cuyos fondos son necesarios para financiar las operaciones de la administración pública como medio para la distribución de la riqueza a través de los programas que administra el gobierno nacional.

Por tanto, la discusión de este tema es importante, toda vez que, se pretende abocar a la discusión de los fundamentos jurídicos de los actos administrativos. La doctrina ha experimentado a través del tiempo grandes discusiones en torno a distintos métodos de interpretación de las disposiciones legales, encontrándose de mayor aceptación unos con respecto a otros, dependiendo de las circunstancias en que la misma es aplicada y la escuela o corriente de pensamiento que prevalece en el tiempo. En tal sentido, se han estudiado, el método de lagunas de ley, integración, armónico, exegético, lógico conceptual, histórico o evolutivo, sistemático, judicial, doctrinal, económico y analógica, entre otros. Para los efectos de esta presentación, solamente consideraremos algunos, ya que, no es el motivo primario de esta exposición, dilucidar en este espacio, el significado, naturaleza y características o extensión de su aplicación o las ventajas y desventajas de cada uno de los mismos. Por tanto, nos referimos, muy sucintamente, a los métodos que consideramos guardan mayor relación con nuestro sistema jurídico de interpretación y aplicación, consignados en el Código Civil panameño o los que ayudan a explicar la interpretación de la ley fiscal.

En primer lugar, examinemos lo atinente al método exegético, por ser el que se conforma más con la materia interpretativa de nuestro Código Civil. Este método de interpretación se fundamenta en la expresión del sentido literal o gramatical de las palabras de la norma que se desea interpretar; por tanto, se apoya en el principio de la estricta legalidad que, representa el significado mediante la cual se manifiesta la voluntad del legislador al dictar la norma.

Como método complementario, tenemos el lógico o conceptual que, su análisis es para averiguar lo que quiso expresar el legislador, de ahí que, es necesario acudir a fuentes como la exposición de motivos que se presenta con el anteproyecto de ley que explica los motivos que justifican la norma, además de tomar en consideración las circunstancias que dieron origen a la expedición de dicha ley, porque, en resumen, lo que se busca es el verdadero sentido para su expedición. En materia tributaria, la expresión textual de la ley es de singular importancia debido a lo establecido en el artículo 52 de la Constitución Política del país; por lo que, para entender el sentido literal de la norma a aplicar, es condición necesaria examinar la estructuración del lenguaje con el propósito de obtener un sentido claro con que se pretende sea entendida la norma fiscal correspondiente.

El prenombrado Código Civil panameño es concordante con el método exegético al señalar en el artículo 9, Capítulo III Interpretación y Aplicación de la Ley, lo siguiente:

> ...
> 9. Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento.
> ...

Concordante con el artículo anterior, en materia interpretativa, a continuación se transcriben los artículos 10 y 11 del mismo código.

> ...
> 10. Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en estos casos su significado legal.
>
> 11. Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso.
> ...

Sobre el particular desde hace más de cincuenta años, la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá ha señalado:

> ...
> En concepto de la Corte "aceptar la formulación de declaratorias de no "normatividad" de la Ley, sería tanto como consagrar una nueva manera de derogar las Leyes, que repugna nuestro sistema jurídico y que, al mismo tiempo, es opuesta a un sano sentido de hermenéutica legal, pues ya tiene dicho la Corte

> que "los Tribunales no pueden interpretar las leyes para dejar de aplicarlas en los efectos que ellas persiguen, sobre todo cuando la interpretación siempre debe ser positiva de modo que la Ley sea y no deje de ser". ... (R.J. N°23. Julio a dic. De 1955, página 91)

Por otra parte, en cuanto a lo dispuesto en el artículo 12 "*ut supra*" en relación a cuando haya incompatibilidad entre una disposición contenida en la Constitución y una consignada en una ley, en el cual se establece que se preferirá a la constitucional, la Corte Suprema en fallo de 26 de octubre de 1993, según consta en el R.J. de octubre de 1993, página 234, señaló lo siguiente:

> ...
> En torno al valor jurídico de estos precedentes quien suscribe considera conveniente destacar que la Corte Suprema de Justicia ha dejado establecido que en Panamá existe un bloque de constitucionalidad. Este se integra por un conjunto de normas que, conjuntamente con la Constitución formal, sirven a la Corte para emitir juicio sobre la constitucionalidad de leyes y otros actos de servidores públicos sujetos al control de la constitucionalidad. En este sentido, se entiende que todas estas sentencias, a las que hemos hecho alusión, forman parte del bloque de constitucionalidad por lo que ante la incompatibilidad entre una norma legal con las sentencias integrantes de dicho bloque de constitucionalidad se debe proferir (sic) estas últimas a la luz de lo establecido en el artículo 12 del Código Civil.

Al respecto, señaló la Sala Tercera en su fallo de 1° de febrero de 1991 lo siguiente:

> ...
> Al ejercer el control de la legalidad sobre los actos administrativos la Sala Tercera de la Corte Suprema de justicia entiende que las normas legales frente a las cuales ha de evaluar la legitimidad de un acto administrativo deben ser interpretadas de conformidad con la Constitución. Este principio de hermenéutica jurídica ha sido denominado el de interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento jurídico... Este principio tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico en virtud de la estructura jerárquica de ese ordenamiento y el puesto superior que tiene en la dicha estructura de la Constitución. Esta es la única forma de asegurar la unidad del ordenamiento jurídico y en ese sentido debe entenderse lo dispuesto en el artículo 12 de nuestro Código Civil, que señala que cuando exista incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, debe preferirse aquélla. Debe entenderse que las leyes y actos de menor jerarquía deben ser interpretados y aplicados de conformidad con la Constitución.
>
> Este principio se deriva de dicha norma y tiende a asegurar la supremacía de la Constitución y la unidad de todo el ordenamiento jurídico.
> ...

Es de entenderse entonces que, las normas tributarias establecen cargas que son exigibles a los particulares sean personas naturales o jurídicas; al igual a las que hacen referencia a las excepciones, ambas son de estricta aplicación sin discriminación, sino "*erga omnes*", a todos los sujetos que caen dentro de los presupuestos señalados por la misma. Por tanto, la norma jurídica debe ser interpretada conforme al sentido literal (artículo 9 del Código Civil) o a su interpretación jurídica cuando exista oscuridad se interpretan las palabras técnicas en sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte (artículo 11 del Código Civil) y su significado legal cuando así expresamente ha sido definido por el legislador (artículo 10 del Código Civil); a través de estos análisis se logra precisar el contexto propio de los términos utilizados por el legislador.

Ahora bien, debe entenderse también que, el mero hecho en materia impositiva de una interpretación, tampoco puede ser asidero para obligar al contribuyente al pago de contribuciones no establecidas expresamente en ninguna ley. De esto se deduce que es factible para llegar a determinar el contenido y alcance de un precepto fiscal, remitirse a otros preceptos del mismo u otros ordenamientos jurídicos, con el fin de proveer una correcta interpretación que no menoscabe derechos del sujeto pasivo de la relación tributaria. Como ejemplo de remisión a otro ordenamiento, el Código Fiscal, en el Libro Séptimo de los Procedimientos Administrativos en Materia Fiscal, en su artículo 1194 señala que los vacíos en el procedimiento fiscal ordinario se llenarán por las disposiciones del Código Judicial, siempre y cuando sean compatibles con la naturaleza de la respectiva actuación.

Debido a que el Derecho Tributario es una rama del derecho, no existe ninguna razón que justifique que los problemas que se suscitan reclamen atenciones distintas y privilegiadas para su solución al margen de las que ofrece la teoría general del derecho en su conjunto.

En el caso de tratar de solventar una norma tributaria cuya interpretación sea muy difícil por la existencia de duda, la doctrina ha establecido criterios fundamentales, cuales son:

La primera, es la que señala que se debe interpretar a favor del fisco, descansa en el supuesto de que las contribuciones se establecen para proveer al Estado de los recursos financieros indispensables para sufragar el presupuesto de gastos, no para aumentar su patrimonio a través de los tributos o enriquecer las arcas públicas; por tanto, si unos contribuyentes pagan menos, otros tendrán que cubrir ese déficit para que el Estado pueda subsistir y ejecutar dicho presupuesto (funcionamiento e inversión).

Otro de los criterios básicos o fundamentales radica en señalar que se debe interpretar en contra del fisco, ya que, la norma oscura o deficiente impuesta como una carga al contribuyente, que se trata de interpretar, es el resultado de la labor de los legisladores y siendo uno de los poderes del Estado, deben sufrir las consecuencias; por tanto, el sujeto pasivo no debe estar obligado a su determinación y pago.

El tercer criterio fundamental se encuentra en el centro de los dos anteriores; es decir, se concluye por medio de un razonamiento a partir de los anteriores que, la ley o norma no debe interpretarse en caso de duda u oscuridad ni a favor ni en contra del sujeto pasivo de la relación fiscal, lo que es lo mismo, ni a favor o en contra del fisco; sino de acuerdo a su verdadero significado, es decir, la interpretación debe ser estrictamente en cuanto a su alcance. Razón por la cual conceptuamos que para eliminar arbitrariedades de los actos proferidos por la administración fiscal, debe interpretarse la norma en primer término desde su perspectiva constitucional, por ser la reguladora de la sociedad y específicamente, en los casos fiscales, entre la Dirección General de Ingresos del Ministerio de Economía y Finanzas y el contribuyente.

Lo anterior significa que por imperio constitucional la interpretación no debe apartarse de los términos dictados en la ley; por lo que, debe apegarse a la estricta legalidad, no distorsionar la interpretación dando mayor o menor alcance que la que naturalmente tiene la norma, esto es igualmente válido para el cobro de los tributos; de no ser así, se estaría violentando las normas de la Constitución citadas hasta ahora.

IV. Sustento de los actos administrativos

Para abordar adecuadamente la discusión en torno a los actos administrativos, resulta indicado efectuar un recorrido sobre los actos de gobierno con el propósito de confrontarlos y ver cuáles son las diferencias entre éste y los administrativos.

La diferencia entre los actos administrativos y los jurisdiccionales radica básicamente en el modo en que cada acto aplica la norma. Para algunos tratadistas, el hablar de acto administrativo, señalan que debe emanar de un funcionario de la administración activa y que, la jurisdiccional se origina de un juez o de un tribunal, desde luego, esta posición sería desde una óptica o criterio empírico y formal. Empero, eso no es así, por que no siempre surgen de la administración activa y, los jurisdiccionales siempre de un juez o de un tribunal de justicia. Estos últimos, suponen una solución mediante la declaratoria de un conflicto legal entre personas naturales o jurídicas o,

pudiera tratarse de una violación de una norma legal vigente, por lo cual, una vez fallado de manera definitiva su efecto se convierte en cosa juzgada. Se entiende, por tanto que, para llegar a esa conclusión de sentencia ejecutoriada, es menester contar con la intervención de un árbitro imparcial ajeno a las partes, que puede ser un juez o un tribunal de justicia y, la resolución mediante sentencia afecta a las partes en conflicto y no al que pronunció la misma.

En cambio, los denominados actos administrativos su existencia nace sin que exista necesariamente un conflicto entre un particular y una entidad pública que se haya violado un derecho que resolver, ni tampoco tiene que tratarse de un caso en particular, ni produce el efecto de cosa juzgada. Esto es así porque la actividad administrativa es continúa al iniciar, crear y controlar servicios públicos de toda índole necesarios para la comunidad, sin tener que depender de casos que sean puestos a su consideración; o sea, ejecuta sus actos en cumplimiento de su deber constitucional y/o legal.

El jurisconsulto HERIBERTO ARAÚZ, señala en su obra "Curso de Derecho Procesal Administrativo" que los actos administrativos "... Son las manifestaciones de voluntad de la administración tendientes a modificar el ordenamiento jurídico, es decir, a producir efectos jurídicos. ..." y en cuanto a los hechos administrativos, señala que "...Son los fenómenos jurídicos que consisten en la unión de una decisión de la administración con su ejecución práctica, lo que constituye o se considera como una sola actuación de la administración..."

Por otra parte, los actos de gobierno se consideran doctrinalmente como un acto especial de discrecionalidad y de "*imperium*", o sea, el ejercicio del poder público que, no es susceptible de ser impugnado ante tribunal alguno, generando más bien responsabilidad política o moral y no, responsabilidad jurídica. Entre los ejemplos que la literatura ofrece están las de superiores consideraciones políticas, como la defensa de la soberanía e integridad nacional, mantenimiento de la paz y el orden interno y la protección de los intereses colectivos, entre otros. Estos actos pueden provenir del Órgano Ejecutivo o de la Asamblea Nacional (parlamento o legislativo) o conjuntamente de los dos como órganos del poder público nacional, como por ejemplo, declarar la guerra y facultar al Órgano Ejecutivo para concertar la paz, tal como lo establece el numeral 5 del artículo 159 de la Constitución Política de la República de Panamá.

Los actos administrativos siempre provienen de un órgano o de un agente o funcionario de la administración pública facultado para dictar el mismo; en consecuencia, estos actos gozan de juridicidad al cumplir con determinados presupuestos para su existencia y validez, en donde se conjugan, de manera

resumida: la voluntad, la legitimidad, la competencia, y la formalidad, condiciones éstas mínimas necesarias por la existencia de la validez y para que se pueda procurar la eficacia del acto (el numeral 1 del artículo 201 de la Ley N° 38 de 2000, señala algunos requisitos adicionales, a las aquí señaladas).

El artículo 201 del Título XIII de la Ley N° 38 de 31 julio de 2000, "que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, regula el procedimiento administrativo general y dicta disposiciones especiales, establece en el numeral 1, en cuanto a lo que se debe entender por acto administrativo, lo siguiente:

> ...
> Artículo 201. Los siguientes términos en esta Ley y sus reglamentos, deben ser entendidos conforme a este glosario:
>
> 1. Acto Administrativo. Declaración emitida o acuerdo de voluntad celebrado, conforme a derecho, por una autoridad u organismo público en ejercicio de una función administrativa del Estado, para crear, modificar, transmitir o extinguir una relación jurídica que en algún aspecto queda regida por el Derecho Administrativo.
>
> Todo acto administrativo deberá formarse respetando sus elementos esenciales: competencia, salvo que ésta sea delegable o proceda la sustitución; objeto, el cual debe ser lícito y físicamente posible; finalidad, que debe estar acorde con el ordenamiento jurídico y no encubrir otros propósitos públicos y privados distintos, de la relación jurídica de que se trate; causa, relacionada con los hechos, antecedentes y el derecho aplicable; motivación, compresiva del conjunto de factores de hecho y de derecho que fundamentan la decisión; procedimiento, que consiste en el cumplimiento de los trámites previstos por el ordenamiento jurídico y los que surjan implícitos para su emisión; y forma, debe plasmarse por escrito, salvo las excepciones de la ley, indicándose expresamente el lugar de expedición, fecha y autoridad que lo emite.
> ...

Otra disposición que consigna el fundamento de legalidad de los actos administrativos, corresponde a lo estatuido en el artículo 46 de la Ley N° 38 de 31 de julio de 2000, que a la letra señala, lo siguiente:

> ...
> Artículo 46. Las órdenes y demás actos administrativos en firme, del Gobierno Central o de las entidades descentralizadas de carácter individual, tienen fuerza obligatoria inmediata, y serán aplicados mientras sus efectos no sean suspendidos, no se declaren contrarios a la Constitución Política, a la ley o a los reglamentos generales por los tribunales competentes.

> Los decretos, resoluciones y demás actos administrativos reglamentarios o aquellos que contengan normas de efecto general, sólo serán aplicables desde su promulgación en la Gaceta Oficial, salvo que el instrumento respectivo establezca su vigencia para una fecha posterior.
> ...

Antes de evacuar los conceptos sobre las condiciones que dan validez a los actos administrativos a través de su fundamento jurídico, es importante señalar que, el Código Civil panameño establece en el artículo 15 la fuerza obligatoria que tienen los actos administrativos, al señalar al respecto, lo siguiente:

> ...
> 15. Las órdenes y demás actos ejecutivos del Gobierno, expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, tienen fuerza obligatoria, y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución o a las leyes.
> ...

En concordancia con la norma anteriormente citada, en materia de administración tributaria, el artículo 18 del Título II Función Jurisdiccional y Fiscalizadora del Código Fiscal, establece que:

> ...
> Artículo 18. Toda actuación del personal fiscalizador de la Dirección General de Ingresos en ejercicio de sus funciones, hace fe pública mientras no se pruebe lo contrario.
> ...

El texto descrito, establece claramente que los actos administrativos tributarios, el sujeto pasivo debe probar lo contrario a lo indicado por los auditores de la Dirección General de Ingresos, para desvirtuar los hallazgos consignados en la resolución que dictamina la determinación oficiosa de una obligación fiscal pendiente de pago por el contribuyente que, lleva aparejada, en muchos casos sanciones pecuniarios de recargo e intereses. Esta sanción, en muchas ocasiones, algunos la califican indicando que representan una obligación tributaria exigible al sujeto pasivo; sin embargo, el examen jurídico de la situación señala, sin error alguno, que no es un tributo o impuesto o contribución, si no una imposición por medio de la cual se penaliza al contribuyente por el no haber cumplido con su deber fiscal; es decir, no es un impuesto en sí.

En cuanto a la fuerza obligatoria señalada en el precitado artículo del Código Civil, la Corte Suprema de Justicia en fallo de 27 de agosto de 1996 (R.J. Agosto, 1996. Página 375), ha dicho:

> ...
> La Sala se ha manifestado en diversas ocasiones en relación con la facultad que posee el Presidente de la República con el Ministro respectivo de reglamentar las leyes, ... No obstante también se ha señalado que los actos emitidos en función de dicha potestad, no pueden alterar en ningún caso, ni el texto ni el espíritu de la ley que reglamenta. De lo antes señalado, se colige que no se trata de una función legislativa, sino de una potestad para reglamentar leyes concedidas al Órgano Ejecutivo para su efectiva aplicación y cumplimiento. En este sentido GUSTAVO PENAGOS afirma que, la generalidad que tiene o debe tener la orden o el reglamento no es criterio suficiente para hacerlo participar de la función legislativa, porque él no "crea" modifica ni extingue una norma jurídica. Solamente provee, en forma general, el modo práctico de su aplicación." (*El Acto Administrativo*, Tomo I, Cuarta Edición, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1987, pág. 425).
>
> Queda claro, pues, que toda orden o acto ejecutivo del gobierno expedido en ejercicio de la potestad reglamentaria están subordinados tanto a la Constitución como a las leyes, de conformidad con el artículo 15 del Código Civil.
> ...

El primer elemento para la correcta configuración del acto administrativo que, también es un acto jurídico, es la manifestación clara de la voluntad del delegado de la administración pública de donde se origina el acto; es decir, tiene que existir el momento en que se determina y el momento en que ésta se pronuncia; si no se ha determinado y formalizado, no hay voluntad, no hay acto administrativo. Esta expresión de voluntad debe corresponder a lo que realmente se desea, es decir, debe coincidir con la voluntad real. Ahora bien, también surge el problema del silencio y de la abstención de la administración pública frente a determinadas situaciones jurídicas, lo que da lugar a la llamada voluntad presunta. Hay silencio administrativo cuando el administrador de la cosa pública no se pronuncia sobre las peticiones o solicitudes concernientes a los asuntos de su competencia dentro del lapso de tiempo fijado por ley. Este silencio se entiende como rechazo de lo solicitado, salvo que expresamente la ley señale que es silencio administrativo positivo, de lo contrario, se reputa negativo.

Por su parte, el silencio administrativo es un medio idóneo que da por terminado o agotada la vía gubernativa y que consiste en el hecho, según señala el numeral 104 del artículo 201 de la Ley N° 38 de 2000, de que la administración no contesta, en el término fijado por ley de dos meses, contados a partir de su presentación, sea mediante un recurso interpuesto o una petición formulada por un particular. De darse el silencio administrativo, como se ha indicado con anterioridad, se entiende que el agente de la administración pública ha negado la petición o el recurso. Agotada esta vía, el particular tiene

la opción de recurrir a la vía jurisdiccional de lo contencioso administrativo ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. Si es del caso en donde se ha lesionado un derecho subjetivo, impugnar el acto originario mediante un recurso de plena jurisdicción para que se restablezca su derecho subjetivo que, considera ha sido violentado e inclusive, puede solicitar indemnización, de ser el caso, por el daño sufrido.

De igual manera, encontramos otro fundamento jurídico que ampara el silencio administrativo negativo en los numerales 1 y 3 del artículo 36 de la Ley N° 135 de 30 de abril de 1943, modificado por la Ley N°33 de 1946, cuando señala "...interpuesto alguno o algunos de los recursos señalados en el artículo 33 se entienden negados por haber transcurrido un plazo de dos meses sin que recaiga decisión resolutoria sobre ellos ... Cuando transcurra el plazo de dos meses sin que recaiga decisión alguna sobre cualquier solicitud...".

Se entiende entonces que, de no contestar el funcionario o agente de la administración pública a una solicitud o interpuesto un recurso en un plazo fijado de dos meses, se configura el silencio administrativo negativo; es decir, se niega la solicitud o recurso. En cambio, existe el silencio administrativo positivo, en los casos expresamente indicados por ley; es decir, contrario al caso del negativo, la ley debe expresar taxativamente que, en caso de silencio, se resuelve favorablemente la solicitud; esta figura jurídica es por tanto, la excepción, siendo el silencio negativo la regla general. Ejemplos de esta figura se encuentra en el último párrafo del artículo 4 de la Ley N° 16 de 18 de junio de 1993 "por la cual se conceden incentivos a la producción de banano en la República de Panamá y se dictan otras disposiciones". Con el silencio administrativo negativo se agota la vía gubernativa y se abre la posibilidad de recurrir a la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia; en tanto que, con el silencio administrativo positivo no se agota de precitada vía.

Siguiendo con el análisis, hay abstención cuando debiendo actuar teniendo el deber legal de hacerlo, no actúa, lo cual no importa manifestación de voluntad. Siendo esto así, con la existencia de omisión o comisión por omisión, esta actitud puede generar responsabilidad que, puede ser penal, administrativa, o civil, en algunos casos para el agente y en otros para la administración.

El segundo elemento o requisito es la competencia que, siempre debe emanar de un funcionario público, ya que no puede ser dictado por un particular. Aunque es necesario que el agente lo haya querido y manifiesta claramente su voluntad, es condición "sine qua non" que el que emita el acto tenga competencia para hacerlo, entendido como la facultad legal para llevar a cabo la actividad, al contrario del derecho privado en donde la competencia corresponde a la capacidad.

Hasta ahora, la juridicidad del acto administrativo según hemos descrito, se configura cuando emane de un funcionario que tenga la competencia legal para el mismo; sin embargo, para que dicho acto sea válido, es necesario que tenga motivo, objeto y fin lícitos que se traduce en que sea legítimo. Ser legítimo un acto administrativo es cuando cumple con el interés general a través de satisfacer un servicio a la comunidad. Y por último, tenemos la formalidad del acto administrativo. La formalidad en el derecho administrativo tiene una importancia cardinal y esencial para la validez, contrario al derecho privado en donde excepcionalmente existe el requisito de la formalidad, por regla general entonces, opera el perfeccionamiento de los actos jurídicos con la simple manifestación de voluntad. De lo anterior se colige que todo acto administrativo para tener validez, además de la voluntad, competencia y legitimidad, debe estar revestido de determinadas formalidades que son garantías de la legalidad del mismo acto destinados a proteger los derechos de los asociados.

Al ejecutarse los actos administrativos con la fundamentación jurídica que se han externado a través de estas líneas, se producen efectos que no son más que el resultado jurídico que pueden consistir en, creación, reconocimiento, modificación o extinción de una situación jurídica; o sea, que el efecto jurídico de un acto administrativo es que de él nacen obligaciones y derechos para las partes. El ejemplo más claro sobre este particular, es cuando se determina la obligación tributaria o sea cuando se causa la obligación de tributar, en este caso, se crea un crédito a favor del Estado (impuesto por cobrar) y una deuda para el contribuyente (impuesto por pagar), igual nacimiento de acreencia a favor del Estado ocurre cuando hay que pagar impuesto de timbre, entre otros.

Los actos administrativos gozan del principio de legalidad que en el Estado de derecho debe ser el norte de la actividad administrativa y que, encuentra su tutela en la revisión jurisdiccional de los actos administrativos, engendra a favor de éstos la presunción de estar ajustados a derecho mientras no exista un pronunciamiento jurisdiccional que les quite toda eficacia; es decir, legalidad presumible mientras un organismo idóneo para ello los declare contrarios a la norma legal.

V. Obligación tributaria, su determinación y cobro

Las obligaciones tributarias se conocen como obligaciones "*ex lege*". Esto es así, porque estas obligaciones tienen su fundamento jurídico en una ley que precisa todo lo concerniente a los sujetos, forma y momento y lugar en que el contribuyente hace efectiva su obligación en cumplimiento de las normas que rigen la materia tributaria y, además, la ley señala como se extingue la relación

entre el sujeto pasivo (deudor de la obligación) y el sujeto activo (acreedor privilegiado de la obligación); por tanto, se verifica el nacimiento de una relación jurídica de transferencia de peculio patrimonial del contribuyente al Estado.

En relación a la obligación y su determinación, la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 2 de octubre de 1998, señaló lo siguiente:

> ...
> En efecto, para que se configure la obligación tributaria en sí, se requiere el seguimiento de un proceso que se inicia con la existencia de una ley, el hecho generador o la determinación como igualmente se conoce. En cuanto a la ley, naturalmente se requiere de su vigencia, en lo que respecta al hecho generador, vale señalar que no es más que los hechos previstos en esa ley como generadores de una obligación tributaria y, finalmente, la determinación que es la adecuación por parte de la administración del mandato genérico a cada situación particular, por lo que se requiere de la información necesaria para proceder entonces a la fijación del tributo.
> ...

Es importante entender que, la obligación desde un punto de vista impositivo, tiene su diferencia con respecto a las obligaciones que nacen de la voluntad de las personas con base en una ley (Código Civil) y, las tributarias nacen de una ley (Código Fiscal) cuando se produce el hecho imponible que, como es sabido, constituye el presupuesto de hecho de la obligación "*ex lege*". Visto desde esta perspectiva, se puede inferir que solamente se crean obligaciones tributarias los hechos tipificados en la ley tributaria, como en los casos del Derecho Penal, en donde las conductas antisociales repudiadas por la sociedad están previamente tipificadas como delito. Por tanto, el hecho imponible es el presupuesto fundamental que da origen a la obligación tributaria.

La ley entonces, impone el cumplimiento de las obligaciones impositivas al contribuyente que, como sujeto pasivo no puede ejercer ningún poder de voluntad para modificar la relación tributaria y, por otra parte, subordina a la administración para la correcta aplicación de las normas legales que regulan la materia, manteniendo desde luego, el principio de reserva legal. Esto es así, por que la ley tributaria, según la doctrina, es una ley instrumental toda vez que es el mecanismo idóneo a través del cual el Gobierno Nacional en representación del Estado obtiene los fondos necesarios para sufragar los gastos de funcionamiento e inversión consignados en el presupuesto. Como se ha visto entonces, el establecimiento de un tributo, supone para quien deba afrontar esa responsabilidad, una aplicación de sus ingresos y, consecuentemente, disminución de su capacidad patrimonial y, por otra parte, una fuente de fondos para el Estado. La subordinación a la que se ha hecho

referencia, no significa de ninguna manera que la administración tributaria no tenga una serie de poderes jurídicos otorgados por el ordenamiento con el propósito de cumplir a cabalidad la función de recaudar los tributos. Sobre el particular, el Decreto de Gabinete N° 109 de 7 de mayo de 1970 que reorganiza la Dirección General de Ingresos, en cuanto a las potestades legales, señala en el artículo 1, lo siguiente:

> ...
> Artículo 1. ...
>
> Esta Dirección tendrá a su cargo, en la vía administrativa, el reconocimiento, la recaudación, la cobranza, la investigación y fiscalización de tributos, la aplicación de sanciones, la resolución de recursos y la expedición de los actos administrativos necesarios en caso de infracción a las leyes fiscales, así como cualquier otra actividad relacionada con el control del cumplimiento de las obligaciones establecidas por las normas con respecto a los impuestos, tasas, contribuciones y rentas de carácter interno comprendidas dentro de la dirección activa del Tesoro Nacional, no asignadas por la Ley a otras instituciones del Estado.
>
> Por lo tanto, mediante actos administrativos idóneos, puede declarar o determinar la existencia de obligaciones tributarias, su cuantía o monto total, la exigencia de cumplimiento o pago y la existencia de créditos tributarios, según corresponda.
> ...

De la norma fiscal transcrita, el administrador tributario en la República de Panamá tiene la potestad legal para llevar a cabo todos los actos y diligencias necesarias con el fin último de hacer efectivo el cobro de los tributos consignados en la ley. A tal efecto, el artículo 18 de la misma excerta legal, señala que las actuaciones de los fiscalizadores en su carácter de auditores en el ejercicio de sus funciones, hace fe pública, mientras no se prueba lo contrario e inclusive, en el artículo 19 "*ut supra*", faculta a los fiscalizadores citar a los contribuyentes, exigir la presentación de documentos sustentatorios de las transacciones comerciales, auditar libros de contabilidad y demás documentación pertinente, realizar allanamientos y hasta realizar arrestos, cateos y portar armas que, de acuerdo con el parágrafo de ese artículo, no podrán ser ejercidas por los auditores.

Con base en la potestad conferida legalmente, las administraciones regionales de ingresos que son las unidades administrativas que ejecutan las funciones asignadas a la Dirección General de Ingresos provincialmente, representan la primera instancia en la vía gubernativa; en consecuencia, están facultadas para imponer sanciones de acuerdo con lo prescrito en el Código Fiscal. En este sentido, la Dirección Regional de Ingreso de la Provincia de Colón (una

de las nueve provincias de la República de Panamá), expidió la Resolución N° 214-04-0752 de 25 de septiembre de 1996, en donde sanciona a la sociedad Fashion Consult International, S. A. por haber incurrido en el delito de defraudación fiscal de conformidad con los ordinales 1° y 2° del artículo 752 del Código Fiscal, en la que resuelve, entre otros, lo siguiente:

> ...
> **SEGUNDO:** Advertir al Representante Legal de FASHION CONSULT INTERNATIONAL, S. A., que si no paga la multa impuesta dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la ejecutoria de esta resolución, sufrirá en subsidio la pena de arresto a razón de un día de dicha pena por cada dos balboas de multa que no pague; pero en ningún caso podrá exceder el término de diez años. La conversión en arresto en los casos contemplados en este artículo, la declarará en única instancia la Dirección General de Ingresos.
> ...

Este caso fue resuelto mediante sentencia de 28 de junio de 2001, por la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo en donde se estableció que la precitada sociedad no había incurrido en defraudación fiscal, en los términos previstos en los ordinales 1° y 2° del artículo 752 del Código Fiscal, razón por la cual, sentencia la Sala, no pueden ser sancionados.

Habida cuenta de lo anterior, se debe entender también que, en ejercicio de los poderes jurídicos conferidos a la administración tributaria convertirá la obligación en una cuantificable y exigible a muy corto plazo. Por lo que, debe ajustarse al ordenamiento legal la aplicación de la norma fiscal a un procedimiento administrativo (Libro VII De los Procedimientos Administrativos en Materia Fiscal del Código Fiscal) que necesariamente culmina con un acto administrativo proferido por la administración tributaria, de tal suerte que, pueda confrontarse jurisdiccionalmente y, de existir discrepancias, se pueda dar la anulación del acto administrativo, por la falta de conformidad entre el acto y la norma tributaria consultada.

Huelga indicar que, en cualquier examen de la situación, al ocurrir el hecho imponible se configura la deuda tributaria creada por la obligación tributaria que requiere convertir esa figura en una especificación concreta, que no es más que, fijar la cuantía de esa deuda. Esto es, en cumplimiento de los deberes jurídicos impuestos por la norma tributaria al sujeto pasivo; o sea que, la determinación o liquidación del tributo, no es mas que la fijación de la cuantía de la deuda tributaria que posteriormente, es cobrada por la administración tributaria.

En el procedimiento de determinación o fijación de la cuantía del tributo por pagar, es una exigencia, en primer lugar, si se ha verificado el hecho imponible o generador de la obligación, ya que, de no haberse dado, no existe la obligación tributaria y tampoco se ha creado una acreencia a favor del fisco. En segundo lugar, de existir, la misma debe cuantificarse de acuerdo con la normativa, o sea, aplicar la tarifa impositiva correspondiente. Esto no es más que el nexo entre el hecho generador o imponible y el sujeto pasivo de la relación tributaria que, una vez aplicada las consecuencias legales se llega a la cuantificación (existen diferentes métodos) de la deuda tributaria que se genera por el nacimiento de la obligación tributaria.

Para concluir con la determinación de la obligación tributaria, es importante destacar que la doctrina señala tres clases, cuales son: la hecha por el sujeto pasivo que es cuando el contribuyente determina el monto del impuesto a pagar que, para ciertos impuestos concluye con la presentación de una declaración-liquidación jurada que indica todos los ingresos devengados y las deducciones autorizadas por ley y desarrolladas en el reglamento durante un período determinado. Otra situación es la determinación de oficio que es cuando la administración tributaria de oficio determina la obligación tributaria que nace como una medida adicional o supletoria por deficiencias en la preparación de la liquidación para la determinación del tributo o derivada del incumplimiento del sujeto pasivo; desde luego por haber desatendido los deberes legales que impone el ordenamiento jurídico tributario. La base legal que fundamenta esta posibilidad que es excepcional, está prescrita en el artículo 748 del Código Fiscal que dispone:

> ...
> Artículo 748. Para la determinación de oficio de la renta de los contribuyentes, la Administración General de Rentas Internas tomará como base principal las declaraciones de otros contribuyentes que se hallen en condiciones análogas al que ha dado lugar a dicha determinación de oficio.
> ...

Por su parte el artículo 746 establece el principio excepcional que se denomina determinación presunta por comparación, habida cuenta de lo que prescribe el artículo 748 citado.

El tercer sistema de determinación de la obligación tributaria es la conocida con el nombre de determinación mixta que, surge a partir de la presentación de la declaración-liquidación del contribuyente, en donde, por ministerio de los artículos 718 y 719 del prenombrado Código, los funcionarios encargados de su aplicación, señala el artículo 718, examinarán minuciosamente para establecer su veracidad; sin embargo, si resulta que la cuantía fijada por el contribuyente es inferior, de acuerdo con las verificaciones hechas, la administración, señala

el artículo 719, expedirá una resolución que contendrá la liquidación adicional de la deuda tributaria no consignadas en la declaración del sujeto pasivo de la relación tributaria.

Sobre lo anterior, ROBERTO INSIGNARES GÓMEZ en su obra "Estudios de Derecho Constitucional Tributario" al referirse a los elementos esenciales de la obligación tributaria, señala que son el hecho imponible, señalando que se divide en elemento objetivo u sujetivo del hecho imponible; los sujetos tributarios que comprende tanto al sujeto activo o sea el acreedor capaz de exigir el cumplimiento de la obligación tributaria y, el sujeto pasivo de la obligación tributaria o sea, el contribuyente; la base imponible sobre la cual se calcula el tributo que depende del tipo de impuesto a satisfacer y la cuota que es el resultado de aplicar a la base imponible el tipo de gravamen.

VI. A manera de conclusión

Se concluye señalando que la obligación impositiva tiene su fundamento jurídico en la Constitución Política de la República de Panamá, en donde se señala que tanto el tributo como su cobro deben establecerse mediante ley. Este mandato constitucional se desarrolla en el Código Fiscal y demás leyes fiscales y reglamentarias. El cumplimiento, por tanto, de la obligación tributaria, nace con la determinación de la cuantía que hace acreedor al Estado que recibe por imperio de la ley, transferencia de renta de los particulares como necesarias para financiar los servicios públicos que brinda el Estado a los ciudadanos. La Ley también señala modos de extinción y las sanciones a que se hace acreedor todos aquellos que no obedecen el ordenamiento jurídico fiscal. No obstante, existe tanto en la vía gubernativa como en la jurisdiccional, procedimientos establecidos por medio del cual el contribuyente puede hacer valer sus derechos frente a la administración tributaria por considerar que los mismos han sido violados o cuando el ente rector del régimen fiscal ha cometido una arbitrariedad que lesiona a la persona natural o jurídica en su relación con la administración del régimen impositivo nacional.

EL RECONOCIMIENTO DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA EN PANAMÁ: ¿UNA PERSPECTIVA DISTINTA?

Idania M. Torrero Perigault

I. Introducción

El presente escrito está orientado a conocer cómo ha sido la actuación de la jurisdicción contencioso administrativa en Panamá, a partir del establecimiento del proceso contencioso administrativo de protección de derechos humanos.

Para ello, en primer punto, se abordará la materia de Derechos Humanos en relación con los aspectos básicos que enmarcan dicha especialidad. Se hará un repaso de las categorías de los derechos humanos según se ha conocido, sin pretender que la agrupación de derechos por generación expuesta, es absoluta o definitiva, y sin desconocer que existen posiciones que señalan otras generaciones al respecto.

Sin embargo, y en concordancia con lo anterior, se estudiarán cuáles son los derechos considerados susceptibles del proceso contencioso administrativo de protección de derechos humanos, tal y como lo dispone la legislación panameña. En este apartado se efectuará un recorrido cronológico breve que permita conocer de forma general el desarrollo de esta jurisdicción; su alcance y atribuciones, así como el marco jurídico que la rige.

Posteriormente, se desarrollarán los aspectos fundamentales que constituyen el proceso contencioso administrativo de protección de derechos humanos, apartado que señalará las características y formalidades, así como las condiciones que permitirán el ensayo de demandas que cumplen los requisitos establecidos.

Es necesario señalar que en este recorrido se destacará alguna jurisprudencia relativa a la materia, que coadyuven a una mayor comprensión del uso del criterio establecido por Ley, en relación con los derechos justiciables.

Finalmente, se pretende determinar cuáles son las condiciones y de qué mecanismos se apoya la jurisprudencia no sólo para garantizar la tutela judicial

efectiva de los derechos humanos justiciables, y respecto de los derechos que, sin ser clasificados dentro de la categoría de Derechos Humanos de la Primera Generación, forman parte del conglomerado de derechos que la doctrina reconoce como Derechos Humanos.

A manera de conclusión, se indican ideas relativas a la eficiencia y eficacia de la jurisdicción contencioso administrativa, sin desconocer el papel preponderante que ha tenido en el reconocimiento de los derechos y la constante búsqueda del ideal de justicia.

Espero que este esfuerzo académico logre los objetivos pensados y trazados e igualmente, constituya un aporte para acrecentar el acervo cultural y el debate ciudadano, en la búsqueda de una mejor alternativa y desarrollo en el tratamiento y reconocimiento de los derechos humanos, desde la perspectiva de la jurisdicción contencioso administrativa.

II. Generalidades básicas de los Derechos Humanos

Si bien la sociedad evoluciona día con día, un tema que reviste preponderancia, a pesar del paso del tiempo, es el relativo a la protección de los derechos humanos del individuo en sociedad. Ello es así, pues al adquirir vigencia estos derechos se constituyen en el vehículo para que la sociedad pueda vivir en igualdad de condiciones, siendo el Estado el regente de las normas que garanticen el reconocimiento de los Derechos Humanos. En un Estado de Derecho se establecen el conjunto de normas que permiten el ejercicio del poder público, "y la aceptación de los derechos humanos nos conduce inexorablemente a defender los principios del Estado de Derecho"[1], que, en ningún momento puede ni debe desconocer la protección y garantías de los derechos humanos.

Un panorama amplio respecto de las fuerzas que interactúan en la sociedad permite entender el concepto de derechos humanos, cuando se afirma que "todo ser humano, por el hecho de serlo, tiene derechos frente al Estado, derechos que éste, o bien tiene el deber de respetar y garantizar o bien está llamado a organizar su acción a fin de satisfacer su plena realización. Estos derechos, atributos de toda persona e inherentes a su dignidad, que el Estado está en el deber de respetar, garantizar o satisfacer son los que hoy conocemos como derechos humanos"[2].

[1] GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, J.: *Concepto y Fundamentos de los Derechos Humanos*. Universidad Complutense de Madrid, Imprenta Nacional de Colombia, Diciembre de 2001, pág.11. 39 p.p.

[2] NIKKEN, P.: "Concepto de Derechos Humanos", en *Manual de Fuerzas Armadas*, R. CERDAS y R, NIETO LOAIZA, ed. San José, Costa Rica, IIDH, 1994.

Derivado del reconocimiento de derechos inherentes a la dignidad humana, como se señaló previamente, con la evolución del concepto de Estado y el desarrollo de los pueblos, consecuencia de la llegada de nuevas formas de agresión al sistema de derechos, han surgido, desde el nacimiento y reconocimiento de los primeros derechos, nuevas condiciones que han generado una pluralidad en la clasificación de los derechos humanos que agrupa, a su vez, diversos derechos de acuerdo a su generación.

A. Una mirada a los Derechos Humanos

Recordando algunos hechos históricos como la Revolución Norteamericana, la Revolución Francesa, así como la Revolución Iberoamericana, que motivaron en algunos casos la promulgación de Cartas y Declaraciones o que por el contrario, tales movimientos fueron inspirados en los ideales recogidos en las letras, eventos que consolidaron el establecimiento de derechos que hasta hoy, además de ser reconocidos, continúan vigentes.

Tales Declaraciones como el Bill of Rights, (1689); la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, (1789); o la Declaración Universal de los Derechos Humanos, (1948), junto con otras posteriores, han mantenido el ideal de la dignidad humana e impulsado el reconocimiento de nuevos derechos humanos.

Como se indicó previamente, diversos derechos han sido reconocidos y agrupados de acuerdo a la clasificación a la que pertenecen, a saber:

– Derechos Humanos de Primera Generación: Comprende los derechos civiles y políticos, los cuales quedan establecidos en función de la existencia propia del ser humano como ser racional, y que están orientados a la tutela de la libertad, la vida, la seguridad y la integridad física y moral de la persona, dignidad, justicia, el honor, la fama, el reconocimiento de la personalidad jurídica, así como la participación en la vida pública, la libertad de religión, conciencia, pensamiento, opinión, movimiento y expresión, la seguridad jurídica y de un proceso legal con garantías. Así como los políticos, relativos a la agrupación estatal, elegir, ser elegido y agruparse políticamente.

– Derechos Humanos de Segunda Generación: Se refiere a los derechos económicos, que corresponden a la propiedad individual y colectiva, y seguridad económica; los sociales, referentes a la alimentación, trabajo, seguridad social, salario justo y equitativo, descanso, sindicalización, huelga, salud, vivienda y educación; y los culturales, que abarca la participación en la actividad cultural, beneficiarse con la ciencia y tecnología y la investigación científica, desarrollados en el contexto social y económico cuya finalidad recae

en observar la existencia de condiciones de vida y de acceso a bienes materiales y culturales adecuados a la dignidad e inherentes a la familia humana.

– Derechos Humanos de Tercera Generación: Enmarca los derechos colectivos de la humanidad entera, orientados a la preservación y supervivencia de la raza humana; aquí encontramos agrupados el derecho al desarrollo económico, el derecho a la libre determinación de los pueblos, el derecho a un ambiente sano, el derecho a la paz, patrimonio cultural, justicia transnacional y derechos del consumidor. También se les conoce como derechos de la solidaridad.

– Derechos Humanos de Cuarta Generación: Se refieren al individuo de la sociedad digital, el acceso a las tecnologías de la información y comunicación, la distribución de información, y libertad de expresión en las redes, estos derechos "de la cuarta generación se sustentarán en la necesidad inédita de asegurar a todos los individuos el acceso a las tecnologías de información y comunicación, fomentar el flujo e intercambio de información, alentando la transferencia de conocimientos y estimulando la innovación y formación de capital humano, en el objetivo de que la sociedad de la información esté orientada a eliminar las diferencias socioeconómicas existentes, evitar la aparición de nuevas formas de exclusión y transformarse en una fuerza positiva para todos los pueblos del mundo, reduciendo la disparidad entre los países en desarrollo y los desarrollados, así como en el interior de las naciones."[3]

III. La jurisdicción contencioso administrativa en Panamá

Una visión general permite apreciar un repaso en la vida jurídica panameña, que en cuanto a la jurisdicción administrativa, se ha desarrollado en Panamá.

A. Breve Reseña

La República de Panamá, se integra a la comunidad internacional, como un Estado independiente y soberano, luego de una separación de Colombia, el 3 de noviembre de 1903. Un año después, entra en vigor la Primera Constitución Política y la naciente república adolecía de una jurisdicción contencioso administrativa, que resolviera las situaciones entre la administración y los particulares. El control de la legalidad operaba en función de determinados actos administrativos, correspondiendo la facultad de los tribunales ordinarios, la de ejercer tal control, permitiendo así al Ejecutivo la potestad de suspender, a solicitud del afectado, un Acuerdo Municipal, único acto sobre el cual se ejercía tal control, de encontrarse violatorio a las leyes.

[3] ORTEGA MARTÍNEZ, J.: *Sociedad de la Información y Derechos Humanos de la Cuarta Generación. Un desafío inmediato para el derecho constitucional,* 27 p.p.

Sin embargo, este panorama no fue óbice, para que, pese al pronunciamiento de la Corte Suprema que señalaba, que "hasta que no se instituyera la jurisdicción contencioso administrativa, le estaba vedado pronunciarse sobre la validez de los actos del Poder Ejecutivo"[4], de lo que se infiere que aún no estaba reconocida en la Constitución ni regulada por ley, una jurisdicción contencioso administrativa que atendiera los conflictos entre los administrados y los particulares; aún así, "se dieron condenas por daños causados a los particulares, pero la doctrina contenida en esa sentencia se mantuvo hasta los años cuarenta"[5].

Posteriormente, con la promulgación de la Constitución de 1941, se estableció la jurisdicción contencioso administrativa, pero no fue sino hasta 1943, cuando se dicta la Ley 135 de 30 de abril de 1943, para dar cumplimiento a los preceptos constitucionales en dicha materia.

Con esta Ley 135 de 1943, se crea el Tribunal Contencioso Administrativo, el cual "empezó a funcionar el 1º de junio de 1943. Según la lectura de esta Ley, publicada en G.O. 9.897 de 12 de mayo de 1943, la independencia del Tribunal de los otros poderes del Estado, en especial, del Órgano Judicial era relativa, pues sus sentencias podían impugnarse ante la Corte Suprema de Justicia mediante el recurso de revisión[6]", de lo anterior se colige, que las decisiones de éste no eran definitivas al estar ausente la condición de independencia.

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1946, lo que sirvió de base para que previamente se introdujeran cambios a la regulación, mediante el Decreto Legislativo N°4 de 28 de junio de 1945, la jurisdicción administrativa es perfeccionada, pues se aprueba y entra a regir la Ley 33 de 11 de septiembre de 1946. Esta modificación introduce cambios sustanciales a la ya existente, relativos a los actores en la demanda, alcance y contenido, requisitos y formalidades, actos no acusables en la jurisdicción, silencio administrativo, suspensión del acto, entre otros. Una innovación es que la acción de nulidad puede ser ejercida por cualquier persona, a la vez que se eliminó el recurso de revisión ante la Corte Suprema. El procedimiento contemplado en la norma se mantiene en la actualidad, pese a la reforma.

Y es que mediante el acto legislativo Nº 2 de 24 de octubre de 1956, se modificó la Constitución de 1946, eliminándose el Tribunal e incorporándose la jurisdicción administrativa a la Corte Suprema. La Sala Tercera de lo

[4] HOYOS A.: *El Derecho Contencioso Administrativo en Panamá,* Sistema Jurídicos, S.A. Impreso y encuadernado por Legis, S.A., Reimpresión, 2007, pág.15. 119p.p.
[5] MORGAN, E., cit. por HOYOS, en op. cit., pág.15
[6] ARAÚZ, H.. *Curso de Derecho Procesal Administrativo,* Universal Books, Diciembre de 2004, pág. 111. 322 p.p.

Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia fue creada mediante la Ley 47 de 24 de noviembre de 1956.

Siguiendo la cronología de eventos jurídicos acontecidos en el entorno, nace la Constitución de 1972, que reconoce y reafirma los alcances ya verificados en la materia por sus predecesoras.

Otra modificación que logra plasmar la legislación, considerada entonces de avanzada a su tiempo, lo constituyó la innovación realizada mediante la Ley 19 de 1991, que introduce el proceso contencioso administrativo de protección de los derechos humanos.

Integrando determinadas figuras, la jurisdicción contencioso administrativa permite un abanico de posibilidades de estudio, amparadas en las acciones y ámbito de aplicación que se fundamentan en el reconocimiento de las materias a ella atribuida mediante la legislación vigente.

B. Alcance y limitaciones de la Jurisdicción Contencioso Administrativa

Dentro del marco jurídico actual, la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral posee rango constitucional, como se ha observado del recorrido histórico jurídico que ha incidido en su evolución. Así tenemos, que el Título VII "La Administración de Justicia", Capítulo 1º "Órgano Judicial", de la Constitución Política de la República de Panamá, vigente, establece en el artículo 206, numeral 2, las atribuciones de la Corte en materia contencioso administrativa, al señalar lo siguiente:

> Artículo 206. La Corte Suprema de Justicia tendrá, entre sus atribuciones constitucionales y legales, las siguientes:
>
> 1. ...
>
> 2. La jurisdicción contencioso-administrativa respecto de los actos, omisiones, prestación defectuosa o deficiente de los servicios públicos, resoluciones, órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten, expidan o en que incurran en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, los funcionarios públicos y autoridades nacionales, provinciales, municipales y las entidades públicas autónomas o semiautónomas. A tal fin, la Corte Suprema de Justicia con audiencia del Procurador de la Administración, podrá anular los actos acusados de ilegalidad; restablecer el derecho particular violado; estatuir nuevas disposiciones en reemplazo de las impugnadas y pronunciarse perjudicialmente acerca del sentido y alcance de un acto administrativo o de su valor legal.

> Podrán acogerse a la jurisdicción contencioso-administrativa las personas afectadas por el acto, resolución, orden o disposición de que se trate; y, en ejercicio de la acción pública, cualquier persona natural o jurídica, domiciliada en el país.
>
> 3...
>
> Las decisiones de la Corte en ejercicio de las atribuciones señaladas en este artículo son finales, definitivas, obligatorias y deben publicarse en la Gaceta Oficial[7].

La Ley que regula el procedimiento Contencioso Administrativo es la Ley 135 de 1943, modificada por la Ley 33 de 1946. En ella se establecen los aspectos generales y particulares de la presentación de la demanda, los requisitos, el término para ocurrir ante la jurisdicción administrativa, así como las atribuciones, facultades y limitaciones que la Jurisdicción Contencioso Administrativa, aplicará en el ejercicio de sus funciones.

Un aspecto relevante de la Ley 135 lo constituye la facultad de suspender los actos cuando estos causen un perjuicio notoriamente grave, esta atribución contemplada en el artículo 73 de la Ley, es discrecional, y es la única medida cautelar que tiene esta jurisdicción. Por su parte, el artículo 74 de la citada Ley establece en qué casos le está impedido a la Sala entrar a emitir la medida de suspensión de los efectos del acto impugnado. El texto señala lo siguiente:

> Artículo 73. El Tribunal de lo contencioso-administrativo en pleno puede suspender los efectos de un acto, resolución o disposición, si a su juicio, ello es necesario para evitar un perjuicio notoriamente grave.
>
> Artículo 74. No habrá lugar a la suspensión provisional en los siguientes casos:
>
> 1. En las acciones referentes a cambios, remociones, suspensión o retiro en el personal administrativo, salvo los casos de empleados nombrados por períodos fijos;
>
> 2. En las acciones sobre monto, atribución o pago de impuestos, contribuciones o tasas;
>
> 3. Cuando la acción principal esté prescrita;
>
> 4. Cuando la ley expresamente lo dispone[8].

[7] Constitución Política de la República de Panamá, vigente.
[8] Ley 135 de 30 de abril de 1943, modificada por la Ley 33 de 11 de septiembre de 1946, Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Se hace mención de que en las demandas tanto de Plena Jurisdicción como de Nulidad son susceptibles de ser invocado este derecho. Por lo general las demandas de Plena Jurisdicción invocan el **fumus bonus iuris** (apariencia de buen derecho) y el **periculum in mora,** (peligro notoriamente grave), para requerir de la autoridad jurisdiccional el otorgamiento de la medida cautelar. En las demandas de Nulidad basta la amenaza de una norma que afecte el ordenamiento jurídico establecido, para que se haga sentir la protección por parte de la autoridad con facultad discrecional para ejercer el control, es decir, cuando hay visos de violación al orden legal objetivo y abstracto.

El Código Judicial establece las normas supletorias que regirán los vacíos que pudiesen encontrase en la Ley. Este debate ya ha sido aclarado por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 29 de enero de 1992, en la que el Pleno señaló que "en caso de conflicto entre una norma del Código Judicial y las disposiciones de las leyes No. 135 de 1943 y No. 33 de 1946 debe darse aplicación preferente a estas últimas, por ser especiales"[9]. No obstante, el propio Código Judicial en el artículo 97, señala de manera privativa, las atribuciones que le son conferidas a la Sala Tercera, en la cual se establece el conocimiento de la protección de los derechos humanos, en el numeral 15.

> Artículo 97. A la Sala Tercera le están atribuidos los procesos que se originen por actos, omisiones, prestaciones defectuosas o deficientes de los servidores públicos, resoluciones órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten, expidan o en que incurran en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, los funcionarios públicos o autoridades nacionales, provinciales, municipales y de las entidades públicas autónomas o semiautónomas.
>
> En consecuencia, la Sala Tercera conocerá en materia administrativa de lo siguiente:
>
> ...
> 15. Del proceso de protección de los derechos humanos mediante el cual la Sala podrá 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 la República de Panamá, incluso aquellas que aprueben convenios internacionales sobre derechos humanos. Este proceso se tramitará según las normas de la Ley 135 de 30 de abril de 1943 y de la Ley 33 de 11 de septiembre de 1946, pero no se requerirá que el agraviado agote previamente la vía gubernativa; el Procurador de la Administración solo intervendrá en interés de la Ley.

[9] Pleno de la Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 29 de enero de 1992.

IV. La demanda contencioso administrativa de protección de Derechos Humanos

Incorporada en la jurisdicción administrativa, no es ajena al procedimiento establecido en la Ley 135 de 1943; sin embargo, su naturaleza, desarrollada en virtud de los derechos humanos, conlleva una mayor amplitud de la aplicación de la justicia, que ahora, además del control de la legalidad incorpora la protección de los derechos de los individuos.

A. Procedimiento para recurrir ante la Sala Tercera

La revisión de la norma que incorpora la demanda de protección de derechos humanos a la jurisdicción contencioso administrativa, señala de forma inequívoca que el proponente de la acción debe cumplir los presupuestos necesarios que garanticen la admisión de la demanda. El acatamiento de los presupuestos procesales, para este tipo de demanda, también requiere la observancia de los requisitos de forma, previstas en la Ley 135 de 1943, previamente estudiados, concernientes a la presentación de la demanda, documentos que acompañan el escrito, entre otros; y los de fondo, relativos al mérito de la pretensión, en correlación con las pruebas y el derecho invocado.

Del examen de la Demanda de Protección de Derechos Humanos a propósito de la jurisdicción administrativa, me permito señalar sus formalidades, a saber:

– El Proceso de Protección de Derechos Humanos puede recaer sobre Actos Administrativos, que crean situaciones jurídicas individualizadas, se regirá por las reglas de los procesos de plena jurisdicción y debe solicitarse el restablecimiento del derecho humano lesionado;

– Si la Demanda de Protección de Derechos Humanos versa sobre un acto de carácter general, se regirá por las reglas de los Procesos de Nulidad, puesto que lo perseguido es la anulación del acto administrativo.

– Como la Demanda Contencioso Administrativa de Protección de Derechos Humanos se rige por los preceptos establecidos en la Ley 135 de 1943, modificada por la Ley 33 de 1946, igualmente se aplicarán supletoriamente las normas del Código Judicial, en cuanto a las formalidades que debe revestir la presentación de la demanda.

– El acto recurrido debe ser expedido por autoridad nacional con competencia en todo el país.

– La reclamación debe fundamentarse en la violación de un Derecho Humano Justiciable.

Derivado de las formalidades de la demanda contenciosa de protección de los derechos humanos, se desprenden las siguientes particularidades:

Características

– Procede la demanda contra un acto de naturaleza administrativa.

– No procede contra actos administrativos emitidos por autoridades provinciales y municipales.

– El acto expedido por autoridad nacional puede ser particular o general.

– No requiere el agotamiento de la vía gubernativa.

– El Procurador de la Administración actúa en interés exclusivamente de la Ley.

– Se protegen los Derechos Humanos justiciables de los administrados (Derechos de Primera Generación).

– El proceso de protección de derechos humanos sigue las reglas de los procesos contencioso administrativos de plena jurisdicción y de nulidad.

– Se puede solicitar la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandado.

En relación con este último punto, a manera de ilustración la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en una demanda fundamentada en la vulneración del derecho a la vida, suspendió provisionalmente los efectos de los actos públicos, a saber: "1.-Licitación Pública No. 240482-08-12, convocada por la Caja de Seguro Social, para el 3 de marzo de 2004, para el suministro de 450 viales de Placlitaxel Vial, medicamento utilizado para la quimioterapia de pacientes con cáncer. 2.-Solicitud de Precios No. 240870-08-12, convocada por la Caja de Seguro Social, para el 1º de julio de 2004, para el suministro de 600,000 de Warfarina Sódica Comprimido, 5 mg, medicamento utilizado para el tratamiento de la trombosis, condición grave de la hipertensión arterial"[10].

[10] Resolución de 24 de septiembre de 2004. Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo. Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá.

La medida cautelar decretada fue emitida dentro del proceso contencioso de protección de derechos humanos presentado por la Fundación Pro Bienestar y Dignidad de Personas Afectadas por el VIH/SIDA (PROBIDSIDA), con la finalidad que se exija al Ministerio de Salud y a la Caja de Seguro Social, el cumplimiento de lo dispuesto en el capítulo IV de la Ley Nº 1 de 10 de enero de 2001 y el Decreto Ejecutivo No. 65 de 6 de mayo de 2002, en el sentido que se hagan efectivas las obligaciones establecidas en las normas relativas a la eficacia terapéutica comprobada de los medicamentos utilizados para el tratamiento de enfermedades terminales.

B. Derechos Humanos justiciables

Concepto

Con la promulgación de la Ley 19 de 1991, se estableció la facultad de la Sala Tercera de conocer administrativamente aquellos derechos humanos distinguidos como justiciables, que no son más que aquellos derechos exigidos judicialmente frente a la administración pública, incluso aquellas que aprueben convenios internacionales sobre derechos humanos, dentro de los cuales no se consideran como justiciables, entre otros, los derechos económicos, mismos que en muchas ocasiones son erróneamente reclamados por esta vía.

Una revisión de la norma, permite visualizar que la ley no define taxativamente cuáles son estos derechos, por lo que el juzgador administrativo deberá definirlo al aplicar la ley, "La jurisprudencia de la SCA desde 1993 cuando aborda por primera vez esta materia, señala que los derechos humanos justiciables son los llamados derechos de primera generación. Son derechos consagrados en leyes y tratados suscritos por Panamá en materia de derechos humanos. Entre ellos podemos mencionar: igualdad ante la ley, derecho a la intimidad, a la inviolabilidad del domicilio, a la correspondencia y a las comunicaciones telefónicas. También entran en este grupo los derechos de libertad como la libertad de expresión, de tránsito, de pensamiento, de reunión, de asociación, de religión, de asociación; derecho a no ser sometido a torturas, a no ser penado con expatriación o a la confiscación de bienes; derecho a presentar peticiones o quejas, derecho de propiedad, derecho de autor, etc. Si se mira con detenimiento observamos que estos derechos son los Derechos Fundamentales consagrados en la Constitución Nacional."[11]

Respecto de estos derechos humanos justiciables, la Corte Suprema de Justicia, bajo la ponencia del Dr. HOYOS, señaló lo siguiente:

[11] ARAÚZ, H.: Op.cit., pág. 167

> En un lugar preponderante de los derechos humanos justiciables se ubicarían las libertades de asociación, expresión y reunión, la libertad y secreto de la correspondencia, el derecho a la intimidad, la libertad religiosa y la residencia, entre otros, de los que se encargaría la jurisprudencia contencioso administrativa de perfeccionar...[12]

De igual manera, la Sala prosiguió el criterio esbozado años antes, expresando el siguiente criterio:

> Por tanto, solo aquellas demandas encaminadas a obtener la protección de un derecho humano justiciable, violado mediante un acto administrativo proferido por autoridades nacionales, pueden ser de conocimiento de esta Superioridad mediante el proceso especial de Protección de Derechos Humanos, bajo análisis.
>
> Es así, que el resto de los Magistrado que integran la Sala Tercera, consideran que la resolución recurrida debe confirmarse, ya que, en efecto, el derecho a acceder a la justicia y a llevarse el debido proceso, son sin duda derechos justiciables, cuyo amparo puede demandarse a través de una acción contencioso administrativa de protección de derechos humanos.
>
> "Los derechos humanos, pueden resultar afectados en la medida en que tanto la autoridad demandada, como el Tribunal de Defensa de la Competencia y Asuntos del Consumidor, se abstuvieron de conocer de la controversia planteada, por la cual se deja en la incertidumbre absoluta el derecho de la actora a obtener de parte del Estado la tutela judicial que demanda.
>
> Conviene agregar, que el derecho de acceso a la justicia está previsto en el artículo 8 de la Ley 15 de 1977, mediante la cual se aprueba la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, de la cual Panamá es signatario" (Auto de 6 de octubre de 2006)[13].

En conclusión la normativa de la República de Panamá, que rige la jurisdicción administrativa protege los derechos humanos, (derechos de primera generación), básicamente los establecidos en virtud de la existencia del hombre por el hecho de ser humano, ser racional, frente a actos administrativos violatorios de la ley.

C. La Tutela Judicial Efectiva

A pesar del requerimiento legal, que establece la formalidad de la que debe estar investida toda demanda que se presente ante la Sala Tercera, no se puede obviar la existencia del principio de la "Tutela Judicial Efectiva". Este principio

[12] Auto de 18 de enero de 2000.

[13] Demanda Contencioso Administrativa de Protección de los Derechos Humanos. SYNGENTA, S. A. vs Ministerio de Desarrollo Agropecuario. Resolución de 16 de julio de 2007.

se refiere a la posibilidad de reclamar a los órganos judiciales la apertura de un proceso que genere una resolución motivada y fundamentada en una petición con amparo de la ley, con base en el fondo, más allá del requisito formal; es decir, no es más que el permitir el acceso a la justicia, aún cuando la rigurosa formalidad no se haya cumplido, siempre que se verifique primariamente la oportunidad procesal de ejercer la acción.

Sobre este planteamiento el autor FRANCISCO CHAMORRO BERNAL, se refiere a la importancia de este principio al exponer lo siguiente:

> Una vez reconocido el acceso a la Jurisdicción, la siguiente garantía comprendida en el derecho a la Tutela Judicial Efectiva es la del acceso al proceso o procesos judiciales que se hallen establecidos por la ley para que, a través de él, el Órgano Jurisdiccional pueda pronunciarse sobre la cuestión planteada por el ciudadano. Tal derecho, como el de la tutela en general, es un derecho de configuración legal.
>
> Cuando las exigencias formales obstaculizan de modo excesivo o irrazonable el ejercicio del derecho fundamental, o si en el caso concreto esos requisitos han perdido su finalidad o su incumplimiento puede convertirse en una falta subsanable, es cuando la inadmisión puede resultar desmesurada y vulneradora del derecho fundamental en juego[14].

Este mismo autor al referirse al principio pro actione, relativo al derecho de acceso a los tribunales, un instrumento fundamental para realizar la efectividad del derecho de la tutela judicial, ha señalado que este principio:

> ... puede formularse como aquel que impide interrumpir el desarrollo normal de la acción ejercitada, si no es en base a una causa expresamente prevista por la Ley e interpretada en el sentido más favorable a su desarrollo normal hasta el fin y que obliga a resolver un litigio de una vez y por todas, si cabe hacerlo. O dicho de otra forma, de acuerdo con este principio, no se debe cerrarse al ciudadano la vía para el ejercicio de un derecho si una interpretación lógica de la norma permite otras alternativas.
>
> Es prioritario, por tanto, para el principio pro actione, en aras a la efectividad, facilitar el acceso del ciudadano al final de la tutela judicial, por encima de otras consideraciones que, en principio, han de supeditarse a él[15].

En cuanto a la admisibilidad de una demanda contencioso administrativa de protección de los derechos humanos, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, ha invocado el principio de la Tutela Judicial Efectiva, externando el siguiente criterio:

[14] CHAMORRO BERNAL, F.: *La Tutela Judicial Efectiva*. Editorial Bosch, 1ra. Edición, 1994, pág. 49.
[15] Ibídem, pág. 101.

> En cuanto a la disposición de las normas infringidas, esta Sala coincide en que no consta la transcripción de una de las normas enunciadas; sin embargo, discrepa de lo planteado por el Procurador, pues si bien la demandante no reprodujo una de las normas, sí enunció el derecho supuestamente violentado y la disposición legal que lo contempla. Asimismo, se observa a foja 24 del escrito judicial bajo el enunciado "DE LA LESIÓN CAUSADA" la explicación, a modo de la accionante, del concepto de la violación de las normas expresadas.
>
> Esta Sala considera que en esta etapa no es procedente resolver aspectos que pudiesen conllevar el análisis de fondo, por lo que es del criterio que en este punto debe imperar la Tutela Judicial Efectiva, para garantizar el acceso a la justicia recurrida y obtener una sentencia fundada, congruente y motivada.
>
> ...
> Sin entrar al conocimiento del fondo, esta Corporación es de la opinión que el acceso a una demanda contencioso administrativa de protección de los derechos humanos, debe otorgarse garantizando un proceso judicial en el cual se incorporen los principios procesales necesarios para impartir justicia. De allí que, desconocer la oportunidad procesal de la accionante frente a actos administrativos emitidos por autoridades distintas, pero acerca de una misma situación, podría conllevar una afectación a los derechos humanos, que sólo puede ser determinado mediante el análisis de la demanda en su fondo.
>
> Este proceso de protección de derechos humanos es una acción de tutela, es una especie de amparo legal, que al igual que el amparo constitucional no repara derechos de tipo económicos, se limita a revocar la orden violatoria del derecho y restablecer la libertad y el derecho violado a su estado natural, es decir, a la situación existente antes de la violación, a fin de que goce de la libertad y el derecho que la ley consagra.
>
> ...
> Establecidas las razones expuestas, el resto de los Magistrados que integran la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, CONFIRMAN el Auto de 7 de julio de 2008, mediante el cual se admitió la demanda contencioso administrativa de protección de los derechos humanos interpuesta por la Licenciada MARÍA VARGAS PAZ, apoderada judicial de ANNE APPOLONIA OKWUKA[16].

El principio de garantizar el acceso a la justicia en Panamá, que permita al juzgador mediante una sentencia motivada en el fondo, establecer la vulneración o no del derecho humano invocado, supone la garantía para

[16] Demanda Contencioso Administrativa de Protección de los Derechos Humanos. Anne Appolonia Okwuka, para que se declare nulo, por ilegal, el acto administrativo contenido en la nota No.DVIC-379-07 del 20 de diciembre de 2007, emitida por el Viceministro de Comercio e Industrias y la nota No.DSAN-0023-08 del 2 de enero de 2008, emitida por el Administrador General de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos. Ponente: VÍCTOR LEONEL BENAVIDES PINILLA. Resolución de 21 de noviembre de 2008.

el administrado, lo cual denota una evolución en el entendimiento de la importancia y reconocimiento de los derechos avocados a garantizar la justicia en una sociedad organizada.

V. Casos prácticos de la acción de protección de Derechos Humanos en la Jurisdicción Contencioso Administrativa

Una revisión de algunos fallos de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, respecto de las decisiones de fondo, permite apreciar el desarrollo que se ha tenido en cuanto al reconocimiento de la protección de derechos humanos, en la jurisdicción administrativa.

Extractos de sentencias de acuerdo a su cronología informan el criterio seguido por esta Sala:

Resolución de 4 de junio de 1993: (primer proceso decidido por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en materia de protección de derechos humanos)

El primer fallo de la Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, decidió en demanda de Protección a los Derechos Humanos, promovida por la asociación de Usuarios de la Zona Libre de Colón, para que se declare nulo por ilegal el Convenio entre la Dirección Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre y la Coordinadora de Fuerzas Productiva de la Provincia de Colón. La decisión de la Corte fue declarar nulo el referido Convenio, basado en que éste lesionaba el derecho de circulación, que está consagrado como derecho humano.

La Sala fundamentó su decisión argumentando que sólo las leyes o reglamentos, tienen la jerarquía jurídica para establecer limitaciones a la libertad de tránsito; por otra parte, sostuvo que al limitarse el derecho de circulación mediando un convenio, se hace posible el establecimiento de monopolios en el transporte, facultad que no es potestad ni de las leyes y reglamentos.

Resolución de 29 de julio de 2008

Con motivo del Proceso de Protección de los Derechos Humanos promovido por la Fundación Pro Bienestar y Dignidad de Personas afectadas por el VIH/SIDA (PROBIDSIDA), contra el Ministerio de Salud y la Caja de Seguro Social, para que se exija el cumplimiento de lo dispuesto en el capítulo IV de la Ley No. 1 de 10 de enero de 2001, y el Decreto Ejecutivo No. 65 de 6 de mayo de 2002, "... para que se hagan efectivas las obligaciones establecidas en las normas relativas a la eficacia terapéutica comprobada de los medicamentos

utilizados para el tratamiento de enfermedades terminales ...", la Corte Suprema de Justicia, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, resolvió declarar ilegales:

> 1. la Licitación Pública No. 240482-08-12, convocada por la Caja de Seguro Social, para el 3 de marzo de 2004, para el suministro de 450 viales de Placlitaxel Vial, medicamento utilizado para la quimioterapia de pacientes con cáncer.
>
> 2. la Solicitud de Precios No. 240870-08-12, convocada por la Caja de Seguro Social, para el 1º de julio de 2004, para el suministro de 600,000 de Warfarina Sódica Comprimido, 5 mg, medicamento utilizado para el tratamiento de la trombosis, condición grave de la hipertensión arterial.
>
> II. ORDENAR a las autoridades de salud que exijan las certificaciones de intercambiabilidad de medicamentos como un requisito previo de los actos públicos de adquisición de productos medicamentosos que así lo requieran[17].

La Sala basó su decisión en que los actos de selección de contratistas –atacados ante esa jurisdicción– no establecían como un requisito indispensable incorporar las muestras científicas que garantizaran que los productos ofertados tendrían los resultados terapéuticos deseados. Esa omisión, a juicio del Tribunal, pudo haber provocado un serio perjuicio a la vida de los pacientes que se hallaban en condiciones críticas.

La Sala en dicha sentencia señaló: "La Sala no comparte el criterio planteado por la Autoridad de Salud toda vez que si bien es cierto, en forma general nos encontramos frente a un problema del sistema de salud panameño, la circunstancia particular denunciada por la FUNDACIÓN PRO BIENESTAR Y DIGNIDAD DE PERSONAS AFECTADAS POR EL VIH/SIDA (PROBIDSIDA) atañe a la situación de pacientes en condiciones graves o críticas, que tal como lo señala la Ley de Medicamentos pueden poner en peligro la vida u órgano de dichos pacientes. Por su parte, el numeral 16 del artículo 1 del Decreto Ejecutivo Nº 65 de 6 de mayo de 2002, por medio del cual se reglamenta la obligatoriedad de exigir la eficacia terapéutica comprobada, a los productos que se utilicen en el tratamiento de condiciones graves o críticas, por parte de las entidades públicas de salud, señala como incluidos en esta categoría los medicamentos empleados para el tratamiento de pacientes con patologías tan delicadas como lo son: VIH/SIDA, cáncer, hemofilia, insuficiencia renal y/o transplantes, meningitis, sepsis, epilepsia, entre otros"[18].

[17] Proceso de Protección de los Derechos Humanos promovido por la Fundación Pro Bienestar y Dignidad de Personas afectadas por el VIH/SIDA (PROBIDSIDA), contra el Ministerio de Salud y la Caja de Seguro Social, para que se exija el cumplimiento de lo dispuesto en el capítulo IV de la Ley No. 1 de 10 de enero de 2001, y el Decreto Ejecutivo No. 65 de 6 de mayo de 2002. Resolución de 29 de julio de 2008.

[18] Ibídem.

Resolución de 27 de noviembre de 2008

En la Demanda incoada por la Sociedad Syngenta, S.A., contra la Resolución DNSV-NO. 005 de 23 de mayo de 2006, emitida por el Director Nacional de Sanidad Vegetal del Ministerio de Desarrollo Agropecuario, se declaró parcialmente ilegal la Resolución DNSV-No. 005 de 23 de mayo de 2006, dictada por el Director Nacional de Sanidad Vegetal del Ministerio de Desarrollo Agropecuario, debido a que no remitió la oposición de la demandante a la autoridad que a juicio era la competente para conocerlo, actuación que violentaba el derecho humano de acceso a la justicia y al debido proceso.

El caso se verifica en virtud que la Dirección Nacional de Sanidad Vegetal del Ministerio de Desarrollo Agropecuario, con motivo de la solicitud de registro comercial del producto PROPIZOLE 25 EC, fungicida a base de PROPICONAZOL (25,0% p/v), realizada por la sociedad Insecticidas Internacionales, C.A., la Sociedad Syngenta, S.A., presentó oposición contra dicha solicitud, por lo que la demandada se inhibió del conocimiento de la oposición a la solicitud presentada por la sociedad Insecticidas Internacionales, C.A.

Al resolver la Dirección Nacional de Sanidad Vegetal del Ministerio de Desarrollo Agropecuario, advirtió a las partes que era ante los Juzgados de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor, que debía ventilarse la oposición.

No obstante, mediante sentencia de 27 de noviembre de 2008, al resolver el fondo la Sala Tercera declaró parcialmente ilegal la Resolución DNSV-No. 005 de 23 de mayo de 2006, modificando su punto tercero, de la siguiente manera:

> TERCERO: Comunicar a las partes, que la autoridad competente para conocer de estos procesos, son los Juzgados de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor, creados por la Ley 29 de 1 de febrero de 1996, y ordenar la remisión de la actuación a dicha jurisdicción, conforme a lo previsto en el numeral 3 del artículo 40 de la Ley No. 38 de 31 de julio de 2000[19].

Hay que mencionar que los Derechos Humanos Justiciables, y los llamados de segunda y tercera generación han sido establecidos en los diferentes Pactos Tratados y Convenios Internacionales que a su vez han sido reconocidos por la República de Panamá. Su aplicación en concordancia y complemento de las normas nacionales vigentes permiten una mejor protección y acceso a la justicia.

[19] Sociedad Syngenta, S.A., contra la Resolución DNSV-NO. 005 de 23 de mayo de 2006, emitida por el Director Nacional de Sanidad Vegetal del Ministerio de Desarrollo Agropecuario. Resolución de 27 de noviembre de 2008.

Para el caso de la Demanda Contencioso Administrativa de Protección de Derechos Humanos, se busca el restablecimiento de derechos humanos "justiciables" reconocidos en la República de Panamá. Los derechos que no han sido reconocidos como inherentes al hombre, de primera generación, pero que sin duda comprenden esta especialidad del derecho, son susceptibles de las demás vías y mecanismos de acción, de acuerdo al carácter general o particular del acto administrativo acusado de ilegal, según dispone esta jurisdicción administrativa.

VI. A propósito del reconocimiento de la Protección de los Derechos Humanos en la Jurisdicción Contencioso Administrativa

Como se ha reiterado con anterioridad, diversos autores imprimen diferentes clasificaciones o agrupaciones a los distintos derechos que surgen en virtud de la evolución de la sociedad. El Estado panameño en su esfuerzo de estar a la vanguardia de las corrientes jurídicas, ha dispensado el reconocimiento de los derechos humanos garantizando su protección a aquellos señalados por Ley como derechos humanos "justiciables", que corresponden a la categoría de los llamados Derechos Humanos de Primera Generación.

Sin embargo, no es prudente afirmar que el reconocimiento de la protección de los derechos humanos ha sido esquivo en nuestro país. Y es que más allá de la existencia de una Primera Generación, existen otros derechos reconocidos en la materia de Derechos Humanos que han sido objeto del tratamiento en la jurisdicción contencioso administrativa.

Con independencia de la generación a la que pertenezca, mediante los mecanismos propuestos en la Ley 135 de 1943 y su modificación en Ley 33 de 1946, la jurisdicción administrativa se ha pronunciado respecto de derechos económicos, sociales, culturales; ha reconocido los derechos colectivos e intereses difusos y ha impulsado normas y esgrimido opiniones en virtud de la aplicación de la justicia.

Tales derechos, en la jurisdicción administrativa, han sido invocados en cuanto al control de la legalidad de las actuaciones de la administración pública; siendo el tratamiento del proceso contencioso de derechos humanos el orientado a la protección de los derechos (humanos "justiciables" de primera generación), cuando son afectados por actos administrativos de autoridades nacionales.

De allí que, en la sociedad democrática que se ha forjado resultaría temerario desconocer, conforme el mecanismo desarrollado jurídicamente para atender

las reclamaciones de los asociados, que la jurisdicción administrativa reconoce los derechos humanos de los individuos.

Ya este tema ha sido abordado por el tratadista HUNTINGTON al señalar que "Las democracias liberales, que normalmente requieren de un desarrollo económico sostenido, no sólo 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"[20]. No cabe duda de que la jurisdicción contencioso administrativa que en Panamá se dicta, a través de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, ha estado cónsona con la oleada internacional que promueve la defensa y el reconocimiento de los irrenunciables derechos que se le consagran a los seres humanos, así como los derechos que surgen día con día y que involucran una colectividad.

A. La República de Panamá y la Comunidad Internacional

La sociedad panameña en su conjunto se enfrenta a los retos y desafíos que en materia económica, política, cultural y tecnológica, conllevan el establecimiento de los mecanismos que están a la vanguardia del desarrollo integral de la comunidad. El avance de las ciencias y el constante cambio obliga la incansable búsqueda de soluciones a los problemas cotidianos.

Así, el Estado panameño cuenta con instituciones que intentan subsanar las deficiencias que el desconocimiento de los derechos humanos pueda ocasionar.

Es por ello, que se han establecido instituciones como la Defensoría del Pueblo, creada mediante Ley No. 7 de 5 de febrero de 1997, modificada mediante Ley No. 41 de 2005, que verifica e investiga las posibles violaciones a los derechos humanos de las personas.

Sin embargo, la naturaleza moral de la entidad provoca, en muchas ocasiones, que sus decisiones o requerimientos sean ignoradas por las instituciones gubernamentales denunciadas como violadoras de derechos humanos. Esa realidad, en la práctica, impide la reparación efectiva de los derechos vulnerados.

Con la incorporación del Proceso Contencioso Administrativo de Protección de los Derechos Humanos (desde 1991, es decir, antes de la creación de la

[20] HUNTINGTON, S., citado por HOYOS, Arturo en op.cit., pág. 54.

Defensoría del Pueblo), el Estado ya intentaba proteger y garantizar el reconocimiento de los Derechos Humanos. Pero la labor no termina allí, la aplicación de las normas imperantes en Panamá en materia de Derechos Humanos se encuentra en concordancia con los postulados que permiten el ingreso a otras instancias internacionales, siempre y cuando el derecho reclamado haya agotado la vía estatal. Y es que una vez sea agotada la esfera estatal, el individuo puede acudir a la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos, organismo que previo el análisis del caso concreto y realizadas las gestiones, intenta que el Estado demandado reconozca o repare el derecho vulnerado. De no prosperar estas gestiones la Comisión remite el caso, con sus respectivas recomendaciones, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El Estado panameño, en los últimos 10 años ha sido condenado en 3 ocasiones por violaciones a los derechos humanos por la Corte Interamericana, a saber: el caso de los trabajadores destituidos con la Ley 25 de 1990; el caso de la desaparición forzada del dirigente obrero Heliodoro Portugal, hecho ocurrido en 1970 y el caso del abogado Santander Tristán, quien fue objeto de intervenciones telefónicas, sin mediar una orden judicial para ello.

Ante esa reciente realidad que ubica a Panamá como un Estado que ha violado los Derechos Humanos, en determinados casos específicos, resulta necesario resaltar el papel que tiene el Proceso Contencioso Administrativo de Protección de Derechos Humanos en la Jurisdicción Administrativa. El hecho de que los fallos de la Corte Suprema de Justicia sean finales, definitivos y obligatorios, le imprime al ciudadano la seguridad de que sus reclamos, en materia de derechos humanos, sean reconocidos por las entidades gubernamentales una vez que exista una sentencia que resuelva el mérito de las pretensiones.

VII. Conclusiones y Recomendaciones

1. La evolución del pensamiento, el desarrollo del individuo en sociedad, así como los cambios del entorno, permiten una modificación de la forma primaria de ver los derechos humanos. El sentido y alcance de éstos dan margen al surgimiento de nuevos derechos humanos y amplían el entendimiento del campo conceptual de los nuevos derechos.

2. Más allá de los planteamientos que sugieren generaciones de derechos humanos, el nacimiento de nuevos derechos conllevan responsabilidades más extensivas para el Estado que los ya existentes en las generaciones primarias. El alcance de las nuevas manifestaciones deberán ser observadas por el juez al momento de impartir justicia para hacer frente a las consecuencias que deriven de la renovación de tales derechos.

3. En simetría con la evolución de los derechos humanos, la jurisdicción contencioso administrativa panameña debe ser renovada, pues ha quedado rezagada en cuanto a innovaciones. Luego de la incorporación de la protección de derechos humanos, de primera generación, a esta jurisdicción, no se han realizado nuevos cambios o revisiones a la norma que encausen la aplicación de mecanismos adicionales que garanticen la protección de los derechos reclamados, en materia de derechos humanos.

4. Con la incorporación del proceso contencioso administrativo de protección de derechos humanos, la jurisdicción contencioso administrativa adquiere un papel protector de los derechos humanos de los administrados; ahora no solo se asegura el control de la legalidad de los actos emitidos por la administración pública, y la consecuente sanción ante su desconocimiento, sino que se establece la responsabilidad de salvaguardar y asegurar los derechos humanos de los administrados.

5. Pese a existir mecanismos de investigación de los derechos humanos, es con el establecimiento del proceso contencioso de derechos humanos, en la jurisdicción administrativa, que resultan de carácter obligante las decisiones tendientes a proteger los derechos de los individuos. Esta consecuencia obliga a afirmar el reconocimiento de estos derechos humanos, con independencia de la óptica con la cual determinadas instituciones revisen esta materia.

6. La jurisdicción contencioso administrativa tiene entre sus atribuciones el conocimiento de demandas de plena jurisdicción y de nulidad, entre otros mecanismos; tales acciones pueden ser y son usadas para el logro del reconocimiento de derechos humanos de segunda y tercera generación, lo cual comprueba el compromiso de la administración de justicia, en especial la jurisdicción administrativa, en el reconocimiento de derechos humanos más allá de los llamados derechos humanos “justiciables”, consagrados en nuestra legislación.

7. Se debe recomendar la realización de estudios de nuevos mecanismos que garanticen la resolución de las demandas contencioso administrativas de protección de derechos humanos de forma expedita, en virtud del amplio material a resolver bajo la responsabilidad de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

8. Se debe redoblar esfuerzos para profundizar el tratamiento de los derechos humanos con independencia de su generación, dentro de la jurisdicción administrativa. Derechos éstos de marcado relieve en esta época en que el Estado ha traspasado a manos privadas indispensables servicios públicos, como la energía eléctrica, telecomunicaciones y los relativos a la materia ambiental.

INVALIDEZ DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Jaime Franco Pérez

Someter la actividad de la administración pública al ordenamiento jurídico, es una de las conquistas más importantes de la civilización, que en el derecho moderno se conoce como principio de legalidad.

El principio de legalidad constituye una limitación al poder administrativo, que por la propia naturaleza humana de quienes se embriagan al detentar la dirección de los destinos de la colectividad, debe hacer al administrado un vigilante permanente de la función administrativa.

La seguridad jurídica depende en buena parte que la administración pública en sus actuaciones esté sometida a la ley, ya que los administrados contarán con políticas definidas, reglas claras que a su vez constituyen garantía para el desarrollo de la actividad particular.

Del principio de legalidad deriva una importante presunción conocida como "presunción de legalidad". Si las actuaciones de la administración pública deben estar ajustadas a las normas superiores vigentes, es necesario que la función administrativa caracterizada por ser realizadora y operativa, tenga efectos inmediatos y que solo pueda controvertirse por procedimientos y causales taxativamente regulados por la ley.

La presunción de legalidad pretende garantizar los efectos inmediatos que requiere la función administrativa en la consecución de sus fines al establecer como regla que los actos administrativos son aplicables y producen sus efectos mientras no sean declarados nulos, o no sean suspendidos sus efectos por el juez.

La presunción de legalidad obliga a que los actos administrativos deban ser obedecidos tanto por los ciudadanos como por las autoridades, con mayor razón aquellas que los dictaron.

Esta presunción está recogida en la Ley No. 38 de 31 de julio de 2000, a la que se le identifica como la ley de procedimiento administrativo general de la República de Panamá, que en el primer párrafo del Artículo 46 señala lo siguiente:

> Artículo 46. Las órdenes y demás actos administrativos en firme, del Gobierno Central o de las entidades descentralizadas de carácter individual, tienen fuerza obligatoria inmediata, y serán aplicados mientras sus efectos no sean suspendidos, no se declaren contrarios a la Constitución Política, a la ley o a los reglamentos generales por los tribunales competentes.

Por lo que se deduce de la norma, se reconoce al juez (tribunales competentes) la libertad de dejar de aplicar un acto administrativo por considerarlo contrario a una norma jurídica superior.

Parece inadmisible entonces que los ciudadanos se nieguen a cumplir un acto administrativo por considerarlo contrario a una norma jurídica superior, ya que como mecanismo de defensa en su favor lo que procede es que estos utilicen los medios de controversia ante la justicia administrativa.

La jurisprudencia francesa aplica con rigurosa prudencia la denominada inexistencia de los actos administrativos, que permite que los particulares se opongan a la aplicación de un acto administrativo, si este carece de los elementos sustanciales de fondo como es la competencia que requiere el funcionario que lo expidió.

En Panamá no existen vestigios legislativos ni jurisprudenciales que permitan sostener la teoría de la inexistencia de los actos administrativos, que en opinión personal convierte a los administrados en jueces y por lo tanto riñe con la presunción de legalidad.

Antes del tema de la invalidez de los actos administrativos, es necesario tratar su irrevocabilidad, que está relacionada íntimamente con la seguridad jurídica que debe propugnar la administración pública en todas sus actuaciones.

En teoría y a manera de principio general, los actos administrativos deben generar seguridad y confianza en la opinión pública, objetivo que se cumple en parte garantizando que las decisiones administrativas en firme deben cumplirse.

Este es el origen del principio de irrevocabilidad de los actos administrativos, que se traduce en el siguiente axioma: “Los actos administrativos en firme no podrán ser revocados por la autoridad administrativa.”

Se entiende que aquel acto administrativo ejecutoriado debe cumplirse sin excepciones. Por supuesto que si dicho acto era contrario a los intereses de un administrado en particular, correspondía a éste impugnarlo mediante los recursos gubernativos, que según la Ley No. 38 de 2000 tiene generalmente

efecto suspensivo (ver artículos 170 y 173) lo que impide a la administración ejecutarlo.

En la vía judicial, en Panamá, las demandas contenciosas-administrativas no tienen, per se, efecto suspensivo por lo que corresponderá al demandante solicitar la suspensión provisional del acto acusado de ilegalidad, y al pleno de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia decidir si cabe o no.

Lo cierto es que la irrevocabilidad de los actos administrativos fue defendida por la jurisprudencia panameña, sin que existiese una norma legal que le diera vida a este principio.

Pero la irrevocabilidad de los actos administrativos es un principio que tiene dos caras. Pues si en unos casos es un pilar que sostiene la seguridad jurídica de los actos administrativos, en ocasiones puede servir para amparar decisiones claramente ilegales, incluso actos de corrupción.

Por la razón antes anotada algunos países adoptaron en sus legislaciones excepciones al principio de irrevocabilidad del acto administrativo como es el proceso de lesividad en el Derecho Español o la acción de oficio o la revocatoria directa en el Derecho Colombiano.

En Panamá, la primera excepción al principio de irrevocabilidad de los actos administrativos apareció en una sentencia de 30 de junio de 1975, proferida por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, que acogió una demanda de nulidad interpuesta por la propia entidad pública que dictó el acto, que en ese momento estaba ejecutoriado, y que por su naturaleza era individual o subjetivo[1].

Es con la vigencia de la Ley Nº. 38 de 2000, que en sus títulos II y III del Libro Segundo aparece: "De la Invalidez de los Actos Administrativos y De la Revocatoria de los Actos Administrativos" respectivamente.

Empecemos por la anulación de los actos administrativos regulada en el Artículo 51 de la Ley No. 38 de 2000, veamos:

> Artículo 51. Los actos administrativos no podrán anularse por causas distintas de las consagradas taxativamente en la ley. Cuando se presente un escrito o incidente que pretenda la anulación de un acto por una causa distinta de las mencionadas en este título, la autoridad competente lo devolverá al interesado, le advertirá la causa de su devolución y le concederá un término de ocho días hábiles para que, si lo tiene a bien, presente el escrito corregido. Una vez expirado ese término, precluirá la oportunidad de repetir la misma gestión.

[1] AROSEMENA, R. y A., TROYANO J. A.: *Jurisprudencia Contenciosa Administrativa 1971-1985*, Litografía e Imprenta LIL, S.A., Costa Rica, 1987, pág. 23.

> Las otras irregularidades del proceso, que la ley no erija en causal de nulidad, se tendrán por saneadas si no se reclaman oportunamente por medio de los recursos legales.

Esta norma merece reflexión. ¿A qué tipo de acto administrativo hace referencia esta disposición? es nuestra primera interrogante.

De la primera oración podemos deducir la existencia del principio de irrevocabilidad, pero bajo la advertencia de que este tiene una excepción basada en causas taxativas contenidas en la ley.

Sin embargo, el principio de irrevocabilidad debe obrar respecto de actos administrativos definitivos, o sea aquellos que contienen la decisión que pone fin a un procedimiento administrativo iniciado ya sea de oficio o a petición de parte, la que debe estar en firme, lo que significa que contra ella ya se agotaron los recursos gubernativos ordinarios o transcurrió el término para hacerlo.

Debe entenderse entonces a contrario sen su que si se trata de los actos de trámite, que son el conjunto concatenado de actuaciones dentro del procedimiento administrativo, previos a la decisión pueden ser revocados, incluso la propia decisión puede ser revocada antes de que esté en firme.

El escrito o incidente que se presente solicitando la anulación de un acto, indica que, por lo menos tratándose de lo dispuesto en el Artículo 51 (que está ligado con el Artículo 52) no procede de oficio y la nulidad debe ser absoluta. Veamos lo dispuesto en el Artículo 52:

> Artículo 52. Se incurre en vicio de nulidad absoluta en los actos administrativos dictados, en los siguientes casos:
>
> 1. Cuando así esté expresamente determinado por una norma constitucional o legal;
>
> 2. Si se dictan por autoridades incompetentes;
>
> 3. Cuando su contenido sea imposible o sea constitutivo de delito;
>
> 4. Si se dictan con prescindencia u omisión absoluta de trámites fundamentales que impliquen violación del debido proceso legal;
>
> 5. Cuando se graven, condenen o sancionen por un tributo fiscal, un cargo o causa distintos de aquellos que fueron formulados al interesado.

La norma reafirma lo dicho, cuando se trata de nulidad absoluta el acto administrativo debe estar en firme pues de lo contrario basados en el principio

de irrevocabilidad, vía interpretación se entiende que los actos de trámite pueden ser corregidos o saneados sin la necesidad de los rigores de la nulidad absoluta.

Somos del criterio que las causales que aparecen en el Artículo 52, deben ser invocadas probando que existió alguna razón por la que en su momento el acto administrativo definitivo no fue recurrido, o porque recurrido la causal aparece con posterioridad a que este adquiere firmeza, porque de lo contrario no estaría debidamente justificado el porqué no se impugnó mediante los recursos gubernativos.

El Artículo 53 indica que fuera de los casos taxativos de nulidad absoluta del artículo anterior, serán meramente anulables todos los demás actos, entiéndase los de trámite, porque se haya incurrido para su expedición en "cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso desviación del poder".

Del contenido de los Artículos 54 al 61, todo parece indicar que se trata de vicios de forma que producen nulidad relativa, en cuyo caso estamos ante actos de trámite que admiten la convalidación subsanando los vicios de que adolezcan.

Lo que sí parece muy claro es que la Invalidez de los Actos Administrativos del Título II, Libro Segundo, de la Ley No. 38 de 2000, procede vía incidente y no de oficio.

El Título III se refiere a la Revocatoria de los Actos Administrativos. Veamos el texto del Artículo 62:

> Artículo 62. Las entidades públicas solamente podrán revocar o anular de oficio una resolución en firme en la que se reconozcan o declaren derechos a favor de terceros, en los siguientes supuestos:
>
> 1. Si fuese emitida sin competencia para ello;
>
> 2. Cuando el beneficiario de ella haya incurrido en declaraciones o haya aportado pruebas falsas para obtenerla;
>
> 3. Si el afectado consiente en la revocatoria; y
>
> 4. Cuando así lo disponga una norma especial.
>
> En todo caso, antes de la adopción de la medida a que se refiere este artículo, la entidad administrativa correspondiente solicitará opinión del Personero o Personera Municipal, si aquella es de carácter municipal; del Fiscal o de la Fiscal

> de Circuito, si es de carácter provincial; y de la Procuradora o del Procurador de la Administración, si es de carácter nacional. Para ello se remitirán todos los elementos de juicio que sean conducentes al esclarecimiento de los hechos pertinentes.
>
> La facultad de revocar o anular de oficio un acto administrativo, no impide que cualquier tercero interesado pueda solicitarla, fundado en causa legal, cuando el organismo o funcionario administrativo no lo haya hecho.

Esta norma además de interesante es compleja a lo largo de su contenido.

Podríamos afirmar que a pesar que el título alude a revocatoria es indistinto utilizar este término que el de anulación, por lo que terminológicamente no existe diferencia entre esta figura jurídica y la regulada en el Título II.

Otra diferencia pudiera haber sido que la Invalidez procede vía incidente y la Revocatoria de oficio, pero en el párrafo final se deja ver que un "tercero interesado" puede solicitarla, lo que desvanece esta posible diferencia.

En el primer párrafo del Artículo 62 se deja claramente establecido, que la revocatoria procede contra actos administrativos en firme (actos definitivos), por lo que si podemos afirmar que no procede contra actos de trámite.

Los actos que reconocen o declaran derechos, se identifican, según la clasificación de los actos administrativos, como subjetivos o individuales, aspecto que menciona este artículo, no así los que tratan el tema de la Invalidez ya que no existe en el Título II referencia al respecto.

En cuanto a los sujetos las diferencias entre ambas figuras jurídicas son visibles, peor aún existen serias contradicciones.

Tradicionalmente la doctrina considera que los procedimientos administrativos están relacionados con los siguientes sujetos:

a. La Administración Pública
b. El Interesado o afectado o peticionario
c. El Tercero

Comúnmente los dos primeros se identifican como las partes, claro está dentro del proceso administrativo.

El artículo 201 de la Ley No. 38 de 2000 contiene un glosario, veamos que se entiende por interesado, parte y tercero:

> 59. Interesado. Aquella persona que comparece al proceso, ya sea de manera voluntaria o citado por la autoridad, quien ostenta un interés legítimo, que requiere ser protegido y que puede verse afectado con la decisión que la autoridad administrativa competente debe adoptar.
>
> 92. Parte. Persona que reclama o defiende un derecho subjetivo en un proceso administrativo.
>
> 109. Tercero. Persona natural o jurídica distinta a las partes originarias que se incorpora al procedimiento, con el fin de hacer valer derechos o intereses propios, vinculados al proceso o al objeto de la pretensión o petición.

Estas definiciones no la compartimos plenamente, ya que la Administración en un proceso administrativo es una de las partes, pues no puede ser identificada como un juez imparcial. No solo el o los terceros pueden ser persona jurídica.

Volviendo al Artículo 62, entonces según su texto, la revocatoria solo procede en contra de actos administrativos en firme, subjetivos o individuales en favor de terceros, por lo que queda excluida esta figura cuando el acto fue dictado en favor del interesado, según el primer párrafo.

Cuando la revocatoria procede, la decisión puede ser recurrida por el interesado, entendiéndose este como aquel sujeto beneficiado por el acto contra el cual el tercero ahora está involucrado por la posible revocatoria, pero tácitamente queda entendido que si la revocatoria no procede cuando el tercero la solicitó, queda este igualmente habilitado para recurrir la decisión.

Para concluir, dentro del procedimiento que conlleva la revocatoria debe cumplirse con una consulta obligatoria no imperativa, ya que tanto el Personero o Personera Municipal, cuando la entidad es de carácter municipal, como el Fiscal o la Fiscal de Circuito, si la entidad es de carácter provincial, o la Procuradora o Procurador de la Administración, si la entidad es de carácter nacional, obligatoriamente serán consultados al respecto, pero su concepto es una mera opinión, por lo tanto no vinculante o imperativa, pero que de no hacerla puede viciar de nulidad el proceso.

A manera de comentario somos del criterio que este tipo de consulta acerca de la revocatoria de un acto administrativo debería ser competencia de la Procuraduría de la Administración por la especialidad de la materia, sin embargo, somos conscientes de la centralización de este despacho en nuestro país.

LOGROS Y DESAFÍOS DE LA COMISIÓN NACIONAL DE VALORES DE PANAMÁ EN EL MARCO DEL X ANIVERSARIO DE LEY DE VALORES

Darío A. Sandoval Shaik

El sector del Mercado de Valores de la República de Panamá tiene como Agencia Reguladora y Fiscalizadora a una institución denominada Comisión Nacional de Valores. El organismo es miembro de importantes Organizaciones Internacionales como el *International Organization of Securities Commissions* (IOSCO, por sus siglas en inglés), el *Instituto Iberoamericano del Mercado de Valores* (IIMV) y el *Consejo de Reguladores de Valores de las Américas* (COSRA).

La Comisión Nacional de Valores es la más joven (y probablemente la menos conocida) de todas las Agencias Reguladoras de los Mercados Financieros en Panamá. Tiene la difícil misión de compartir escenario con dos instituciones de gran consolidación y calado social como la Superintendencia de Bancos y la Superintendencia de Seguros y Reaseguros.

En julio de 2009 se celebró el X aniversario del Decreto Ley 1 de 8 de julio de 1999, por el cual se crea la nueva Comisión Nacional de Valores y se regula el mercado de valores en la República de Panamá. Qué mejor oportunidad que las memorias del VIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, que sitúa a Panamá como la *Capital Iberoamericana del Derecho Administrativo*, para dar a conocer a toda Iberoamérica lo más relevante de la gestión de la Comisión Nacional de Valores y hacer un balance de los logros alcanzados y los desafíos que le deparan en sus primeros diez años de existencia.

I. Reseña histórica

El Mercado de Valores en Panamá ha disfrutado de cambios favorables desde la promulgación de la nueva legislación de valores en el año 1999, la cual introdujo a nuestro ordenamiento jurídico diversas figuras e instituciones propias de los mercados organizados más importantes del orbe, que anteriormente no contaban con regulación alguna y mantenían a nuestro mundialmente famoso sistema financiero como un trípode literalmente cojo, en el que el sector bancario y asegurador sí contaban con el respaldo normativo y la presencia corporativa de las más grandes empresas de todos los confines del mundo.

Resultaba imperativo que el Estado suministrara al mercado de valores de normas y reglamentos que le permitieran un funcionamiento más eficiente, armonizando los principios y libertades para su desarrollo con un adecuado nivel de protección de los derechos de los inversionistas.

Para cumplir con ese propósito fue preciso establecer normas que evitaran distorsiones en cuanto a la información financiera y corporativa puesta a disposición de los inversionistas, y que impusieran sanciones administrativas (sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal) contra todo aquel que vulnerara la buena fe del mercado.

Tomando en cuenta que los más grandes mercados organizados del mundo (tal como los conocemos hoy) vienen siendo regulados desde el siglo XIX, el caso del mercado de valores de Panamá deja en evidencia su extraordinaria juventud. En nuestro país tuvimos que esperar hasta 1970 para que se estableciera el primer cuerpo normativo de regulación, análisis y fiscalización de la venta al público inversionista de lo que en su momento se conceptualizaba como *títulos valores*, creándose la primera Comisión Nacional de Valores mediante el Decreto de Gabinete 247 de 16 de julio de 1970, y adscribiéndola al Órgano Ejecutivo a través del Ministerio de Comercio e Industrias.

Esta entidad disfrutaba de personería jurídica, autonomía en su régimen y manejo interno, y estaba sujeta a la vigilancia e inspección del Órgano Ejecutivo y de la Contraloría General de la República. En cuanto a su estructura organizativa, estaba integrada por cinco miembros, a saber:

1. El Ministro de Comercio e Industrias o el funcionario que éste designara, quien además la presidía.
2. El gerente del Banco Nacional de Panamá o la persona por éste designada.
3. Un miembro prominente de la Banca, el cual debía tener por lo menos cinco años de experiencia en esa actividad en la República de Panamá.
4. Un miembro prominente de la Industria, el cual debía tener por lo menos cinco años de experiencia en la producción manufacturera en la República de Panamá.
5. Un miembro prominente del Comercio, el cual debía tener por lo menos cinco años de experiencia en esta actividad en la República de Panamá.

El Decreto de Gabinete No. 247, fue reformado por el Decreto de Gabinete No. 30 de 24 de febrero de 1972, y en adición se produjeron múltiples reglamentaciones a través de Decretos Ejecutivos y Resoluciones.

Es preciso hacer la observación de que la mayoría de los cuerpos normativos y reglamentaciones propias de sectores especializados (banca, valores, seguros) fueron esquematizados, y lo siguen siendo, mediante las figuras jurídicas del Decreto Ley y el Decreto de Gabinete, con las cuales se propugna que desde que son concebidos como proyectos hasta su promulgación en Gaceta Oficial reflejen su naturaleza de obras estrictamente técnicas y alejadas de la mano política y los intereses paralelos que generalmente imperan en el hemiciclo del Órgano Legislativo.

Posteriormente surge el Decreto de Gabinete No. 248 de 16 de julio de 1970 sobre Fondos Mutuos (derogado por la ley 10 de 16 de abril de 1993), promulgándose luego el Decreto No. 58 de 27 de octubre de 1993 por el cual se reglamenta la constitución de Fondos Mutuos (Sociedades de Inversión) contemplados en el Decreto de Gabinete No. 247 de 16 de julio de 1970.

Este marco normativo en su conjunto tenía un alcance muy limitado, ya que se concentraba casi exclusivamente en la temática de la oferta de títulos valores por parte del emisor al público. Así se mantuvo durante más de tres lustros como la principal referencia del mercado de valores panameño. No había justificación práctica para regular nada más que lo esencial, debido a que apenas se realizaban transacciones esporádicamente.

El resurgimiento económico de Panamá experimentado a partir de 1990, que fue concomitante con el renovado régimen democrático, trajo una realidad económica y financiera que favorecía un escenario de más operaciones de mercado y de mayor complejidad y sofisticación cualitativa.

En 1990 se fundó la Bolsa de Valores de Panamá, S.A., lo que permitió que la compra y venta de valores llegara a una etapa mucho más abierta, organizada y pública. La Bolsa de Valores de Panamá, S.A. sigue siendo la única organización autorregulada (en la que existen reglas internas) con Licencia de Bolsa de Valores que opera en el territorio nacional.

El surgimiento y desarrollo de la Bolsa de Valores de Panamá condujo al incremento de la cantidad de intermediarios y agentes del mercado, y a su vez fueron haciéndose necesarias las funciones institucionales de pago, transferencia, compensación y liquidación de valores.

Debido a este conjunto de transformaciones económicas y financieras se requería cambios sustanciales al marco regulador de 1970. Así fue que el Órgano Ejecutivo convocó en 1997 a un grupo o comisión de trabajo multidisciplinario con la misión desarrollar y redactar una nueva Ley Marco para el mercado de valores panameño.

Tras intensos veinte meses de trabajo se produjo el Decreto Ley 1 de 8 de julio de 1999, mejor conocido como la "Nueva Ley de Valores".

II. La nueva ley de valores (Decreto Ley 1 de 8 de julio de 1999)

El objetivo general encomendado por el Órgano Ejecutivo al grupo de trabajo implicaba elaborar una normativa de avanzada, que expandiera la regulación y fiscalización a todos los componentes de un mercado de valores moderno y con miras a una óptima implementación de cara al siglo XXI. Siendo identificado este objetivo, se hizo necesario identificar a todos los protagonistas del mercado (intermediarios, emisores e inversionistas) y plantear los requisitos de idoneidad para su funcionamiento.

Dentro del objetivo general se incluyeron objetivos más específicos como introducir elementos jurídicos que le dieran viabilidad legal y operativa a algunas instituciones propias de los mercados de valores consolidados, tales como la inmovilización y desmaterialización de títulos y la tenencia indirecta de valores. Todas estas figuras constituyen elementos sin los cuales no son concebibles la seguridad y transparencia de un mercado eficiente.

En ese mismo orden de ideas, se plantearon otros objetivos específicos como regular la materia relativa a la transparencia y acceso a la información de los emisores de valores e intermediarios, así como la tipificación de una serie de conductas prohibidas, como el suministro de información financiera engañosa o tendenciosa, o el uso indebido de información privilegiada, los cuales constituyen delitos financieros.

Por último, se hizo necesario establecer los mecanismos jurídicos de desarrollo del contenido de la Ley, y de la ejecución y fiscalización, para que el regulador pudiera disponer de la autonomía e independencia necesarias para cumplir a cabalidad con la misión legal encomendada.

Fue así que nació a la vida jurídica el Decreto Ley 1 de 8 de julio de 1999, por el cual se crea la Comisión Nacional de Valores y se regula el Mercado de Valores en la República de Panamá.[1]

El Decreto Ley 1 de 8 de julio de 1999 es una ley marco dividida en 18 títulos temáticos, que constituyen un total de 285 artículos. La ejecución de este Decreto queda a cargo de la Comisión Nacional de Valores, que es una entidad autónoma del Estado conformada por tres Comisionados que ejercen sus labores a tiempo completo, siendo estos responsables por el desarrollo de la Ley (mediante reglamentos llamados Acuerdos y Opiniones), su ejecución

[1] Publicado en la Gaceta Oficial No. 23,837 de 10 de julio de 1999.

y en definitiva del éxito o fracaso de la efectiva fiscalización del mercado de valores.

III. Objetivos del Decreto Ley 1 de 8 de julio de 1999

La Ley de Valores tiene como principal objetivo el regular, supervisar y fiscalizar el mercado de valores para así fomentar y fortalecer su desarrollo como una actividad de generación de riqueza relativamente nueva en la República de Panamá.

Por otra parte se busca el fortalecimiento del mercado de valores en Panamá en una dimensión dual, por un lado, desarrollar el mercado interno, y por el otro constituir un mercado de valores con proyección regional e internacional a través del reconocimiento para su venta de valores registrados en otras jurisdicciones, así como la firma de memorandos de entendimiento con otras agencias reguladoras del mercado de valores que en un futuro favorezcan la integración de los mercados de la región.

En la actualidad se tiene terminada la normativa reglamentaria básica. Todos los Acuerdos reglamentarios, tal como lo establece la Ley de Valores, son sometidos a un proceso de administrativo de adopción que incluye la consulta pública. Este sistema de adopción de Acuerdos es un modelo de participación ciudadana y de democracia, que sirve para reiterar al regulador que la solución de los problemas en el orden normativo no es un monopolio atribuible exclusivamente a su criterio.

IV. Fundamentos de la Comisión Nacional de Valores para la regulación y fiscalización de los mercados

¿Qué principios básicos aplica la Comisión Nacional de Valores para la correcta regulación y fiscalización de los mercados de valores? Como agencia reguladora sectorial, la actividad de la Comisión se justifica de manera intrínseca en la función económica que desempeña el propio mercado, al cumplir el papel de medio de financiamiento que apela al ahorro e inversión del público, al captar recursos de una colectividad que como mínimo requiere reglas claras para invertir prestando un consentimiento informado.

Para el Doctor ISAAC HALPERIN, el control oficial del funcionamiento de los mercados se justifica bien por la gran sensibilidad en la apreciación (de la colectividad) de los más diversos factores que influyen los precios de los valores cotizados, bien por la determinación de las orientaciones en los precios para el futuro de las operaciones[2].

[2] HALPERINI ,I: *Curso de Derecho Comercial. Volumen 1.* Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1978, pág. 127.

Los tres fundamentos en torno a los cuales gira la correcta regulación de los mercados de valores según IOSCO, y que constituyen la piedra angular de la filosofía regulatoria de la Comisión Nacional de Valores, son la protección de los inversionistas, la garantía de que los mercados sean justos, eficientes y transparentes, y la reducción del riesgo sistémico. Estas tres premisas constituyen el núcleo de la filosofía regulatoria de la Comisión, las cuales tienden a evitar un excesivo intervencionismo y a su vez permiten un eficiente sistema de formación de precios, libre competencia y concurrencia.

V. Funciones de la Comisión Nacional de Valores

1. Fomentar y fortalecer las condiciones propicias para el desarrollo del mercado de valores en Panamá.

2. Resolver sobre las solicitudes de registro de ofertas públicas y cualesquiera otras que se presenten a la Comisión con arreglo al Decreto Ley y suspender o cancelar aquellas ofertas públicas que violen disposiciones del Decreto Ley o de sus reglamentos.

3. Expedir, suspender, revocar, cancelar las licencias de las Bolsas de Valores, Centrales de Valores, Casas de Valores, Asesores de Inversión, Ejecutivos Principales, Corredores de Valores, Analistas y Administradores de Inversión, así como ordenar a cualquiera de éstos la suspensión de cualquier actividad violatoria del Decreto Ley y sus reglamentos, incluyendo la suspensión de operaciones y negociación de valores.

4. Establecer reglas de buena conducta comercial y normas éticas que deben seguir los intermediarios mencionados en el numeral 3, cuya violación puede acarrear sanciones disciplinarias.

5. Prescribir la forma y el contenido de los estados financieros y demás información financiera de personas registradas en la Comisión, así como adoptar los principios y las normas de contabilidad que se deban usar en la preparación de éstos; exigir que contadores públicos autorizados e independientes examinen los estados financieros y demás información financiera de personas registradas en la Comisión.

6. Examinar, supervisar y fiscalizar las actividades de los intermediarios mencionados en el numeral 3, según sea el caso, y de cualquiera otra persona sujeta a la fiscalización de la Comisión.

7. Velar por que las personas sujetas al Decreto Ley cumplan con éste y con sus reglamentos.

8. Realizar las inspecciones, las investigaciones y las diligencias contempladas en el presente Decreto Ley, iniciar procesos colectivos de clase y hacer uso de aquellas otras acciones y medidas a su alcance.

9. Imponer sanciones a las personas que violen el Decreto Ley 1 de 8 de julio de 1999 o sus Acuerdos.

10. Autorizar, negar o suspender el registro de entidades calificadoras de riesgo, que así lo soliciten, para operar en la República de Panamá.

11. Emitir opiniones que expresen la posición administrativa de la Comisión, como también adoptar, reformar y revocar Acuerdos reglamentarios.

12. Recomendar al Órgano Ejecutivo la aprobación de los Decretos Ejecutivos que estime necesarios para la reglamentación del Decreto Ley 1 de 8 de julio de 1999.

13. Regular y fiscalizar los planes de jubilaciones y pensiones privadas a que se refiere la Ley 10 de 16 de abril de 1993.

14. Aprobar su presupuesto, dictar su reglamento interno y establecer su estructura administrativa.

VI. La Comisión Nacional de Valores y los procedimientos administrativos

La nueva Ley de Valores es en esencia una legislación marco. Por tal razón la mayoría de sus disposiciones contempla que el desarrollo específico de un procedimiento será determinado por la Comisión mediante la adopción de Acuerdos. Es importante destacar que para poder adoptar un Acuerdo la Comisión debe tener el fundamento legal para actuar.

Un interesante debate jurídico se plantea en el sistema jurídico de Panamá, debido a que la Constitución y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia establecen que la facultad reglamentaria es potestad exclusiva del Órgano Ejecutivo a través de la adopción de Decretos Ejecutivos.

Pero qué ocurre con las agencias reguladoras, que fiscalizan y regulan sectores cruciales de la actividad económica, entes como la Superintendencia de Bancos de Panamá (SBP), la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia (Acodeco), Comisión Nacional de Valores (CNV), la Autoridad Nacional del Ambiente (Anam) y la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos (Asep), cuyos ámbitos regulatorios se caracterizan por su elevado

nivel de tecnicidad e implementación de medidas que para su efectividad requieren soluciones normativas en cortos períodos de tiempo? A mi juicio la realidad operativa de estos entes reguladores supera los límites establecidos por la Constitución Nacional a la hora de reglamentar la legislación y fomentar la consolidación de diversas instituciones estatales.

Algunos de los procedimientos administrativos que la Comisión Nacional de Valores evacua de manera cotidiana están relacionados con una serie de temáticas como:

1. La Adopción de Acuerdos y Opiniones para el desarrollo y mejor aplicación de la Ley de Valores;
2. Diligencias de inspecciones e investigaciones a los sujetos regulados.
3. Expedición y cancelación de Licencias a sujetos regulados.
4. Notificaciones de Ofertas Públicas de Compra de Acciones (OPAS).
5. Distribución y uso de las solicitudes de poderes de voto y autorización y consentimiento, así como la preparación de las mismas (Proxis).
6. Procedimiento para la presentación de solicitudes de registro de valores y de terminación de registro.
7. Otorgamiento de Licencia de Operación de las Casas de Valores, Asesores de Inversiones, Corredor de Valores, Ejecutivos Principales y Analistas.
8. Imposición de multas administrativas por mora en la presentación de Estados Financieros.
9. Procedimiento de distribución y uso de solicitudes de poderes de voto.

El análisis de cada uno de los procedimientos enumerados requeriría de una monografía de mayores proporciones, lo cual será el objeto de una posterior publicación. De momento es necesario advertir que en vista de que dichos procedimientos cuentan con una regulación específica dentro de la normativa del mercado de valores, sólo de manera supletoria (en caso de lagunas o vacíos legales) le son aplicables las normas de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, que regula el Procedimiento Administrativo General.

A continuación estudiaremos, a modo de referencia, cómo mediante una consulta ciudadana el regulador adopta disposiciones reglamentarias a la Ley de Valores.

Procedimiento Administrativo de Adopción de Acuerdos[3].

La adopción, reforma o revocatoria de un Acuerdo implica para la Comisión el cumplimiento de un procedimiento de consulta al público en general, y en determinadas ocasiones la celebración de audiencias públicas con los ciudadanos que tengan interés en participar en la redacción del Acuerdo.

El principal cometido de las consultas y audiencias es permitir que las empresas del mercado y todo el público interesado puedan emitir su criterio a efectos de que la reglamentación de las actividades del mercado sea eficiente en cuanto a su futura aplicación.

El inicio del procedimiento es la obligatoria publicación de un aviso convocando a un proceso de consulta pública en dos (2) diarios de circulación nacional con no menos de quince (15) días de anticipación a la fecha en que se propone adoptar el Acuerdo.

También es indispensable que el aviso se envíe dentro del plazo mencionado a las organizaciones autorreguladas que tienen Licencia otorgada por la Comisión, es decir, a las bolsas de valores y centrales de valores. Hasta el momento son dos las organizaciones autorreguladas que operan en Panamá: La Bolsa de Valores de Panamá, S.A. y la Central Latinoamericana de Valores, S.A.

El aviso de convocatoria debe incluir como mínimo cuatro puntos, que a continuación describo:

- Declaración general de la naturaleza de la acción que se contempla adoptar, un resumen de los principales términos de dicha acción y una explicación de las razones que motivan dicha acción.
- El fundamento legal en que se basa la acción que se contempla adoptar.
- Una indicación de que cualquier persona interesada podrá obtener una copia del texto de la acción propuesta en la Comisión, al costo.
- El nombre y la dirección del funcionario de la Comisión a quien se deban enviar los comentarios, el plazo dentro del cual éstos serán recibidos (que no debe ser menor de 15 días a partir de la publicación del aviso) y la fecha, hora y el lugar en que se celebrará una audiencia pública para la consideración de la acción propuesta, en aquellos casos en que la Comisión considere apropiado la celebración de tal audiencia.

[3] A la fecha de publicación de este artículo la Comisión Nacional de Valores había reglamentado el Decreto Ley 1 de 1999 con noventa (90) Acuerdos desde febrero de 2000 hasta mayo de 2009.

A manera de crítica, la forma en que se ejecuta el procedimiento es bastante rudimental, ya que el interesado necesita apersonarse a la oficina de la Comisión (sólo existe un despacho en toda la República) para obtener la copia correspondiente a su costo. Lo ideal es que los proyectos de Acuerdo estén disponibles a través del sitio web de la Comisión, para que la participación ciudadana sea mayor.

Cabe destacar que de los noventa (90) acuerdos adoptados por la Comisión, hasta la fecha se han celebrado menos de diez (10) audiencias públicas. ¿La causa? Dado que la celebración de una audiencia pública es consecuencia de la decisión discrecional de la Comisión (en base al número de comentarios recibidos), la escasa participación ciudadana y los pocos comentarios del público provocan esta situación. A su vez, es probable que la tradición ciudadana de enviar pocos comentarios se deba a que no estamos acostumbrados a vernos involucrados en este tipo de iniciativas, o a considerar que la Comisión no atenderá las críticas o sugerencias planteadas[4].

La adopción formal del Acuerdo, tras cumplirse el plazo para la presentación de comentarios de los ciudadanos, habiendo considerado los comentarios recibidos y haciendo las modificaciones correspondientes, debe cumplir con el trámite de su publicación en la Gaceta Oficial, será entonces cuando entre en vigencia, salvo que la propia Comisión haya dispuesto una fecha posterior para su entrada en vigencia.

Existe una excepción al procedimiento previamente explicado, la cual consiste en que la Comisión podrá adoptar Acuerdos en situaciones de urgencia que impliquen un peligro para el público inversionista, y que requieran acción inmediata, sin tener que cumplir con lo establecido en el procedimiento de consulta pública. Ante tal situación la Comisión podrá adoptar sólo aquellos Acuerdos que sean imprescindibles para prevenir o minimizar dicho peligro. Luego de dictar un Acuerdo bajo este parámetro de urgencia, la Comisión deberá someter el Acuerdo adoptado al proceso regular de consulta pública.

Existe un vacío en la norma en cuanto al plazo para someter a consulta los acuerdos adoptados por urgencia. El llamado a consulta pública, al no indicarse ningún término concreto, podría demorarse y trastocar así las bondades del proceso.

[4] En torno a este comentario el Dr. C. A. BARSALLO P. (Ex Comisionado Presidente de la Comisión Nacional de Valores) advierte que "...en el caso panameño dicho factor no debe tener la menor incidencia ya que podemos afirmar categóricamente que todo comentario o crítica a un proyecto preparado por la Comisión es recibido como un aporte a mejorar la regulación y es además muy agradecido y tomado en consideración." (Compilación de Artículos sobre la Regulación y el Funcionamiento del Mercado de Valores de Panamá, Tomo I, febrero de 2006).

VII. Una década de logros y desafíos

Una gran cantidad de retos y satisfacciones han caracterizado la gestión de la Comisión Nacional de Valores en sus primeros diez años de existencia al amparo de su vanguardista Decreto Ley 1 de 8 de julio de 1999.

Mucho se ha avanzado en materia normativa desde que se constituyó aquel grupo de trabajo, que tuvo la responsabilidad histórica de desarrollar la nueva estructura legal del mercado de valores en Panamá.

Hoy la normativa reglamentaria básica, aunque perfectible, está implementada, en concordancia con los principios internacionales que rigen la materia, y con miras a catapultar el mercado de valores panameño e incentivar a la inversión extranjera, sin descartar en ningún momento una posible integración de los mercados centroamericanos y regionales.

La mácula ha girado en torno a dos escándalos financieros (el más notorio corresponde al Grupo Adelag, cuya quiebra reveló alteraciones en sus Estados Financieros), que lamentablemente han afectado (más no derrumbado) la confianza en el mercado de valores. Sin embargo, si contrastamos la cantidad de escándalos y los perjuicios económicos derivados de ellos con el número de emisores registrados, que llegaron a superar la cifra de doscientos diez (210), estamos hablando entonces de menos de un uno por ciento (1%) del universo de empresas que han cotizado en bolsa.

Analizando el elemento positivo (si es que puede haberlo), tenemos que la Comisión como fiscalizador reaccionó cabalmente frente al tema. La Comisión ha sancionado las violaciones a la Ley de Valores de manera rápida, ejemplarizante y siempre respetando el procedimiento administrativo y las garantías constitucionales de los investigados. A su vez ha dictado nuevas normas que buscan reducir las posibilidades de repetición de eventos similares.

Muchas de las sanciones impuestas por la Comisión son impugnadas judicialmente, y en consecuencia se han ganado disputas en la mayoría de los casos.

Es imperativo que las sanciones se hagan efectivas a través de la confirmación de su legalidad por la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo y Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para reiterar y mantener el mensaje de cero tolerancia al fraude y a la falta de transparencia en los mercados. Cualquier otro escenario implicaría un duro golpe a la confianza del público inversionista y a la estabilidad de nuestro prestigioso centro financiero.

El mercado de valores en su conjunto ha percibido positivamente (en términos generales) la actuación de la Comisión, reconociendo que una sólida regulación y fiscalización y un ente regulador consolidado pueden contribuir a una mayor confianza para que este importante sector de la economía siga generando rentabilidad.

Para finalizar deseo reiterar que en la valoración que se haga de la Comisión Nacional de Valores (y por extensión de todas las agencias reguladoras de los mercados de valores en Iberoamérica) debe siempre ponderarse que sus actuaciones, en cumplimiento siempre de la Constitución y las Leyes de la República, se basan en principios positivos, muy especiales, propios del mercado, que tienden a mejorar la institucionalidad y a contribuir al desarrollo económico del país. En las economías emergentes la ausencia o la poca efectividad de las instituciones siempre se va a manifestar como un obstáculo al desarrollo.

En nombre de Estudio Jurídico Araúz deseo manifestar nuestra complacencia de hacer este aporte científico a la las Memorias del VIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, al cual le auguramos el mayor de los éxitos.

LOS TRIBUNALES ADMNISTRATIVOS Y LAS AGENCIAS REGULADORAS, UNA NECESIDAD IMPERANTE DENTRO DEL DERECHO PÚBLICO PANAMEÑO

Martin Wilson Chen

Al adentrarnos en el presente ensayo, como un estudio tendiente a comprender la evolución histórica de nuestras instituciones públicas a lo largo de la historia Republicana, para superar los estadios de la gobernabilidad democrática y la Administración de Justicia; en lo especifico sobre el tratamiento de la problemática de nuestra Jurisdicción Contenciosa Administrativa actual, resguardada por el artículo 206 de la Constitución Política, procuramos georeferenciarnos en la justa dimensión del tiempo y el espacio, para abordar la búsqueda de alternativas jurídicas que pretendan encontrar respuestas a la encrucijada estructural en que nos encontramos hoy día y de cómo aún bajo la denominación de diversas instituciones, se ha garantizado esa gobernabilidad del Estado, bajo un esquema de control institucional de Derecho Público, ya sea mediante el tratamiento de actos administrativos o como actos jurisdiccionales. De allí, que dentro de sus diversas denominaciones a éstas instituciones, siempre ha sido la estructura colegiada e independiente, la que ha procurado satisfacer esa necesidad institucional, para salvaguardar nobles principios como el Debido Proceso, la Doble Instancia y el de la Justicia Integral, entre otras.

Dentro de esas diversas denominaciones que se han utilizado para el tratamiento de las divergencias al abordaje previo a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, nos hemos avocado desde la de Tribunales Administrativos hasta la de Agencias Independientes, algunas bajo el carácter regulador y otras como Autoridades en diversos Servicios Públicos, cuales demandan la necesidad, de que en sus regulaciones internas, mediante instancias independientes dentro de éstas, pero siempre bajo el esquema de cuerpos colegiados que la garanticen aportaciones ideales y filosóficas de los diversos sectores sociales e intelectuales apunten a la búsqueda de decisiones integrales efectivas que refuercen la vida democrática y Republicana de nuestra noble Panamá.

Es así, como iniciamos este escrutinio, bajo una mirada al ayer, para encontrar respuestas al presente y fortalecer el mañana.

I. La creación e implementación de los tribunales administrativos dentro del Derecho Público panameño

Con la experiencia adquirida desde los orígenes de nuestra era República, en torno a la creación del Tribunal de Cuentas y posteriormente de un Tribunal Administrativo, dentro de la esfera del control Contencioso Administrativo, se ensayó con satisfacción a la postre, lo que le permitirá obtener resultados muy prolijos e innovadores al adquirir una experiencia y un bagaje jurídico que a futuro se constituyó en el resultado de Instituciones hoy regentadas por instrumentos constitucionales que cimentan la Estructura Orgánica del Estado Panameño y su gobernabilidad dentro de la esfera del Derecho Público actual en este nuevo siglo.

Hablar en sus orígenes de un Tribunal de Cuentas instituido por Magistrados Contadores y un Agente Fiscal de Cuentas, con esta misma especialidad, e idoneidad profesional, quienes invocaban la causa en defensa del erario público; hoy pudiese criticarse y cuestionarse, como un ensayo inédito y fuera de contexto, pero sin embargo, firmes en base a esa misma experiencia adquirida y acumulada desde el año de 1904 hasta lo que originó en su devenir histórico en la transformación de la actual Contraloría General de la República, fue gracias a la valerosa aportación de ilustres pensadores y próceres de una voluntad popular visionaria activa y dinámica, lo que permite ahora valorarla como el ente fiscalizador de los recursos estatales y también la precursora del desenvolvimiento de las Finanzas Públicas del Estado Panameño en pleno siglo XXI; Hagámosle una vista retrospectiva en el tiempo y veamos por ejemplo la conformación e integración en 1904 del Tribunal de Cuentas creado mediante la Ley 56 de 25 de mayo de 1904 (Gaceta Oficial No.27 de 9 de junio de 1904).

> Artículo 1.° Créase un tribunal de Cuentas en la República que se compone de tres Contadores, nombrados en propiedad por la Asamblea Nacional y por mayoría absoluta de votos.
>
> Para ser Contador se requiere ser ciudadano panameño por nacimiento ó por naturalización y estará paz y salvo con el Erario Público.
>
> Artículo 2.° Los Contadores durarán en sus destinos dos años, pudiendo ser reelectos. El período de dos años que trata este artículo se contará desde el 1° de Octubre del año en que se haga la elección.
>
> ...

Que luego mediante Ley No. 33 de 14 de febrero de 1917 (Gaceta Oficial No.2556 de 23 de febrero de 1917), se reforma la ley anteriormente citada de la siguiente manera:

...
Artículo 1° - Anexa a la Secretaría de Hacienda y dependientes directamente de ésta funcionará en la Capital de la República una oficina de fiscalización de cuentas a cargo de un empleado que se denominará Auditor General del Tesoro y que tendrá para el servicio de la misma dos Ayudantes y un Portero nombrados por él, con aprobación del Poder Ejecutivo.

Artículo 2° - Para ser Auditor General del Tesoro se requieren las mismas condiciones que para los Jueces del Tribunal de Cuentas exige el Código Fiscal, aprobado por la Ley 1ª del año 1916.

Artículo 3° - El Auditor General del Tesoro será nombrado por el Poder Ejecutivo para un término de dos años, contados desde la vigencia de la presente ley, pero podrá ser removido en cualquier tiempo por negligencia incompetencia o mala conducta, a juicio del Poder Ejecutivo.

...

Artículo 5° Son funciones, deberes y facultades del Auditor general del Tesoro:

1°...
2°...

Al abordar el estudio de la Teoría sobre la Necesidad de Estado, como la doctrina imperante en Europa para comprender el tratamiento y la conformación de sus instituciones milenarias cual desarrollase el tratadista PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA en su tratado de Derecho Constitucional (Italiano)[1], pudiésemos advertir, como la causa que motivase abordar en nuestro medio la ruptura del bloque de la constitucionalidad y poder explicar la transformación de nuestra primeriza constitución de 1904; que frente a la divergencia de la separación de los poderes del Estado y la posibilidad de afrontar la justicia garantista en defensa de la desprotección de los particulares y el poder de materializar sus causas frente al Estado, motivaron la necesidad imperante y obligante de implementar la jurisdicción contenciosa administrativa en una nueva constitución, como lo fue la del año de 1941 y que no logró concretizar resultados efectivos, sino hasta el año 1943 con la creación e implementación de la Ley 135 de 30 de abril de 1943 (Gaceta Oficial No. 9097 de 12 de mayo de 1943) inspirada en el pensamiento del Ilustre Maestro JOSÉ DOLORES MOSCOTE, lo que del ejercicio práctico, sobre la postura del ensayo y error, sustentó con un carácter vigoroso, resultados jurisprudenciales que mantuvieron a un Tribunal Administrativo fuerte, erguido cual fuese el reflejo de la realidad histórica y jurisdiccional del Derecho Público durante los años 1943 a 1956.

[1] BISCARETTI DE RUFFIA, P.: *Derecho Constitucional*, Editorial Tecnos, Madrid, 1982, pág. 169.

Remontándonos al pasado generando un vistazo a los orígenes de nuestra era republicana, nos obliga a referenciar la creación e integración del Tribunal Administrativo en el año 1943 bajo la siguiente normatividad:

> Artículo 1° Créase en desarrollo del artículo 192 de la constitución, un Tribunal de lo contencioso – administrativo en la capital de la República, cuya jurisdicción comprenderá todo el país.
>
> Artículo 2° El tribunal se compondrá de tres magistrados nombrados directamente por el presidente de la República para un período de seis años.
> ....
> Artículo 21° El Tribunal de lo contencioso-administrativo conocerá en una sola instancia:
>
> 1° De los actos, resoluciones, órdenes o disposiciones del Poder ejecutivo en materia administrativa, que se acusen ante el Tribunal por razones de ilegalidad.
>
> 2° De los actos, resoluciones, órdenes o disposiciones de los Gobernadores, Alcaldes y jefes de policía en materia administrativa que se acusen ante el Tribunal también por razones de ilegalidad.
> ...
> ...
> 5° De los actos, resoluciones, órdenes o disposiciones de los directores o gerentes de las entidades descentralizadas o autónomas o semi-autónomas que sean violatorias de las leyes, los decretos o de sus propios estatutos;
>
> 6°De los recursos contencioso-administrativos contra los decretos, resoluciones, órdenes y otros actos del Poder Ejecutivo o de cualquiera autoridad, funcionario o persona administrativa del orden nacional acusados de ilegalidad, que pongan fin a una actuación administrativa.
> ...
>
> Artículo 100. El Ministerio público estará representado por un Fiscal del Tribunal de lo Contencioso – administrativo que deberá intervenir en todas las actuaciones contenciosas que se ventilen en dicho Tribunal. Ejercerá además, las otras funciones que le señale la ley con respecto a esta Corporación.
>
> Artículo 101. El Fiscal del Tribunal servirá de consejero jurídico a los funcionarios administrativos que consultaren su parecer respecto a determinada interposición de la ley o el procedimiento que deben seguir.
>
> Sus opiniones serán emitidas verbalmente o por escrito según la forma en que haya sido consultado.
> ....

Aún cuando las motivaciones de sus decisiones no fueron un glosario de claveles y orquídeas propios de un prístino jardín primaveral, por lo espinoso y escabroso de los temas e intereses sujetos a su valoración, como muy bien lo describiesen distinguidos tratadistas de nuestro Derecho Público, como el Doctor JOSÉ A. CARRASCO en la obra "Debe crearse una Jurisdicción Administrativa separada del Órgano Judicial en Panamá?"[2] haciendo propias las palabras del ilustre Doctor CESAR A. QUINTERO CORREA, cual describe en sus anécdotas algunos extractos que resumen sus vicisitudes así:

> Precisamente, una de las fallas que se podían señalar a nuestro extinto Tribunal de lo Contencioso – Administrativo era la de que no había llegado aún a desprenderse de ciertas proclividades "judicialistas".

Esto obedecía a varias razones:

a. La falta de una completa y especializada legislación procesal administrativa, lo cual hacia necesaria la aplicación supletoria del Código Judicial;

b. La falta de especialización en algunos magistrados, cuya formación era eminentemente civilista;

c. El habérsele adscrito materias que no le correspondían, como el llamado recurso "administrativo" en jurisdicciones de trabajo.

d. Sus escasos años de funcionamiento. Quizá este último factor es el de mayor importancia.

El Tribunal fue creado en 1943. La mayor parte de nuestros abogados y "juristas" no entendían bien la naturaleza u objeto de la nueva jurisdicción. Así, llevaban ante ésta las más extrañas querellas. Y cuando el Tribunal se veía obligado a declinar competencia, atribuían la decisión a motivos subalternos.

En 1946, al entrar en vigencia la nueva Constitución, la ley introdujo sustanciales modificaciones en cuanto a las funciones del Tribunal. La mayor parte de las modificaciones fueron buenas. Pero otras hicieron gran daño al naciente Tribunal. Entre ellas estaba como ya indicamos la atribución de competencia para conocer de recursos contra decisiones del Tribunal Superior del Trabajo. También la atribuyó la ley competencia para conocer de recursos en materia electoral".

[2] CARRASCO, J. A.: . "Debe crearse una Jurisdicción Administrativa separada del Órgano Judicial en Panamá?". Publicado en el *Libro Homenaje a la Memoria del Doctor Cesar A. Quintero Correa, de la Academia Panameña de Derecho*, Panamá 2007, Litho Editorial Chen S.A. Cuidad de Panamá, págs. 99-125.

Este último le trajo un lamentable desprestigio inicial. Nuestras contiendas electorales se han caracterizado ya lo dijimos por el fraude y la parcialidad. Los candidatos perdidosos a puestos de elección recurrían al Tribunal. Y, por supuesto, era poco lo que la débil y principiante corporación podía hacer.

La adscripción de cuestiones sobre jurisdicción de trabajo cuestiones ajenas por esencia al proceso administrativo le trajeron, asimismo, situaciones adversas.

A este respecto, llegamos a oír acerbas críticas contra el Tribunal por parte de abogados locales. Es muy probable que dichas criticas fuesen fundadas, en los casos en que aquél aplicó principios o normas de lo contencioso administrativo a relaciones de trabajo. Pero, dudamos mucho que un tribunal civil ordinario las hubiese resuelto mejor. Pues, lo cierto es que por razones muy distintas tanto un tribunal civil como uno de lo contencioso administrativo carecen de especialidad técnica para resolver adecuadamente los litigios derivados de las relaciones obrero-patronales.

> La solución ideal consistía en liberar al Tribunal de las materias que no le correspondían; en integrado con personal cada vez más especializado y en aumentar, al mismo tiempo, el reducido período y número de sus magistrados...

Como resultado de los cuestionamientos al Tribunal, propicio la necesidad indiscutible e ineludible de nuevas jurisdicciones como la electoral, bajo todo un cariz de especialidad, solemnidad y rigurosidad que procura instaurar y resguardar la vigorosidad práctica de nuestra Democracia Incipiente.

Es así como nace y se crea con fisonomía institucional propia el Tribunal Electoral, regulado y reglado con un nuevo capítulo 3° dentro del título IV constitucional, de la Constitución de 1946 producto del Acto legislativo No. 2 de 16 de febrero de 1956 y posteriormente por el Acto legislativo No. 2 de 24 de octubre de 1956 (Gaceta Oficial No. 12,982 y 13,091 de 14 de junio y de 30 de octubre de 1956, respectivamente) y bajo el tamiz de la legislación No. 25 de 30 de enero de 1958 que legisla la codificación electoral (Gaceta Oficial No.13,485 de 8 de marzo de 1958).

Hacemos aquí una referencia al texto de la Constitución de 1946 en lo que se refiere a la creación del Tribunal electoral así:

> ARTÍCULO 105.- Al objeto de garantizar la libertad, honradez y eficiencia del sufragio popular, establecerse un tribunal electoral independiente de los Órganos Ejecutivos y Judiciales y con privativa competencia para interpretar

> y aplicar la ley electoral y para dirigir, vigilar y fiscalizar todas las fases del proceso electoral.
> El tribunal electoral tendrá jurisdicción en toda la República y se compondrá de tres magistrados de reconocida honorabilidad, los cuales les serán elegidos para un período de doce años, así: uno por la Asamblea Nacional, uno por el Órgano ejecutivo y uno por la Corte Suprema de Justicia, todos fuera del seno de dichas entidades. Para cada principal se nombrarán en la misma forma dos suplentes.
> El tribunal contará con los empleados subalternos que determine la Ley.
> Dichos magistrados son responsables ante la Corte Suprema de Justicia por las faltas o delitos cometidos en el desempeño de sus funciones y les comprenden las disposiciones de los artículos 168, 170, 171, 172, 173, y 174, con las sanciones que determine la Ley.

Además de las que le confiere la ley, el tribunal electoral tendrá las siguientes atribuciones que ejercerá privativamente, excepto las consignaciones en los artículos 2°., 3°., y 8°.

Para una mayor profundidad y comprensión recomendamos atender el artículo denominado "Historia del Tribunal Electoral de la República de Panamá" escrito por el Magistrado EDUARDO VALDÉS ESCOFERY[3].

Hoy día vemos como estas instituciones evolucionaron y cuyas jurisdicciones se instituyeron constitucionalmente, como lo son dentro de los siguientes títulos de nuestra actual Constitución de 1972 integradas por sus cuatro (4) actos reformatorios:

1. El Tribunal Electoral (Título IV, Derechos Políticos Capitulo 3°, Artículo 142 a 145);

2. Procuraduría de la Administración (Título VII, La Administración de Justicia, Capítulo 2°, Artículo 219 a 244); Quien desde el año 1956 a razón del Acto Legislativo No.2 de 16 de febrero y de 26 de octubre del mismo año, respectivamente, reformatorios de la Constitución de 1946*, pasó a integrar bajo rango constitucional el Título VII denominado El Órgano Judicial, Capítulo 2° El Ministerio Público, artículo 177 denominándose inicialmente como Procurador Auxiliar y que bajo la actual Constitución de 1972, se denomina como Procuraduría de la Administración; sobre el soporte de la figura insigne del antiguo Fiscal del Tribunal Contencioso Administrativo.

3. La Contraloría General de la República (Titulo IX, Hacienda Pública, Capítulo 3, Artículo 279 y 280);

[3] VALDÉS ESCOFERY, E.: *Historia del Tribunal Electoral de la República de Panamá*, accesible desde el portal electrónico del Tribunal Electoral de Panamá, en la siguiente dirección electrónica: http://home.tribunal-electoral.gob.pa/publicaciones/publicaciones/historia.html

4. El Tribunal de Cuentas (Título IX Hacienda Pública, Capitulo 4°, Artículo 281);

5. La propia Sala Tercera de la Honorable Corte Suprema de Justicia, que desde el año 1956 con motivo del Acto Legislativo reformatorio de la Constitución No. 2 del 16 de febrero y 24 de octubre de 1956 respectivamente ambos reformatorios de la Constitución de 1946,[4] quedó integrada a bajo rango constitucional (Hoy día en el Título VII, la Administración de Justicia; Capítulo 1° del Órgano Judicial) sobre el soporte del antiguo Tribunal Contencioso Administrativo, y rectora del control de todos los actos administrativos y de las reclamaciones jurisdiccionales de los particulares en torno a éstos, frente al Estado.

Contrastando las normatividades gestoras de la transformación Institucional de sus orígenes hasta la actualidad; nos motiva ahora observar la Constitución actual en su artículo 206:

> Artículo 206. La Corte Suprema de Justicia tendrá, entre sus atribuciones constitucionales y legales, las siguientes:
>
> 1. La guarda de la integridad de la Constitución para lo cual la Corte en pleno conocerá y decidirá, con audiencia del Procurador General de la Nación o del Procurador de la Administración, sobre la institucionalidad de las Leyes, decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos que por razones de fondo o de forma impugne ante ella cualquier persona.
>
> Cuando en un proceso el funcionario público encargado de impartir justicia advirtiere o se lo advirtiere alguna de las partes que la disposición legal o reglamentaría aplicable al caso es inconstitucional, someterá la cuestión al conocimiento del Pleno de la Corte, salvo que la disposición haya sido objeto de pronunciamiento por parte de ésta, y continuará el curso del negocio hasta colocarlo en estado de decidir.
>
> Las partes sólo podrán formular tales advertencias una vez y por instancia.
>
> 2. La jurisdicción contencioso-administrativa respecto de los actos, omisiones, prestación defectuosa o deficiente de los servicios públicos, resoluciones, órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten, expidan o que incurran en el ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, los funcionarios públicos o entidades nacionales provinciales municipales y de las entidades públicas Autónomas o Semiautónomas. A tal fin, la Corte Suprema de Justicia con audiencia del Procurador de la Administración, podrá anular los casos acusados de ilegalidad; restablecer el derecho particular violado; estatuir nuevas disposiciones en reemplazo de las impugnadas y pronunciarse prejudicialmente acerca del sentido y alcance de un acto administrativo o de su valor legal.

[4] Publicada en la Gaceta Oficial 12.982 de 14 de junio y 13,091 de 30 de octubre de 1956, respectivamente.

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

Y su desarrollo institucional dentro del Código Judicial Libro Primero, Título III, sección 5ª sobre la competencia de la Sala Tercera de nuestra Honorable Corte Suprema de Justicia, que ha dado como resultado el texto del artículo 97 del Código según la Ley 19 de 1991, y cual citamos:

> **Artículo 97.** A la Sala Tercera le están atribuidos los procesos que se originen por actos, omisiones, prestaciones defectuosas o deficientes de los servidores públicos, resoluciones, órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten, expidan o en que incurran en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, los funcionarios públicos o autoridades nacionales, provinciales, municipales y de las entidades públicas autónomas o semiautónomas.
>
> En consecuencia, la Sala Tercera conocerá en materia administrativa de lo siguiente:
>
> 1. De los decretos, órdenes, resoluciones o cualesquiera actos, sean generales o individuales, en materia administrativa, que se acusen de ilegalidad;
>
> 2. De los actos, resoluciones, órdenes o disposiciones de los gerentes o de las juntas directivas o de Gobierno, cualesquiera que sea su denominación, de las entidades públicas autónomas o semiautónomas que se acusen de ser violatorias de las leyes, de los decretos reglamentarios o de sus propios estatutos, reglamentos y acuerdos;
>
> 3. De los Recursos Contenciosos en los casos de adjudicación de tierras y de bienes ocultos;
>
> 4. De las apelaciones, excepciones, tercerías o cualquier incidente en los procesos por cobro coactivo;
>
> 5. De las cuestiones suscitadas con motivo de la celebración, cumplimiento o extinción de los contratos administrativos;
>
> 6. De las cuestiones que se susciten en el orden administrativo entre dos o más municipios o entre dos o más instituciones autónomas o entre un municipio y la Nación o entre una institución autónoma y la Nación o entre cualesquiera de ellas;
>
> 7. De los Acuerdos o cualquier acto, resolución o disposición de los Consejos Provinciales, los consejos municipales, juntas comunales y juntas locales o de las autoridades y funcionarios que de ellas dependan, contrarias a las leyes, a los decretos que las reglamenten o a sus propias normas;

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

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

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

11. De la interpretación prejudicial acerca del alcance y sentido de los actos administrativos cuando la autoridad judicial encargada de decidir un proceso o la administrativa encargada de su ejecución, lo solicite de oficio antes de resolver el fondo del negocio o de ejecutar el acto, según corresponda;

12. Conocer prejudicialmente sobre la validez de los actos administrativos que deberán servir de base a una decisión jurisdiccional por consulta que al efecto formule la autoridad encargada de administrar justicia;

13. Conocer del recurso de Casación Laboral, a que se refiere el Capítulo IV, Título VIII, Libro Cuarto del Código de Trabajo, hasta tanto se instituya la Corte de Casación Laboral;

14. Ejercer todas las demás atribuciones que el Código de Trabajo atribuye a la Corte de Casación Laboral; y

15. Del proceso de protección de los derechos humanos mediante el cual la Sala podrá 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 aquellas que aprueben convenios internacionales sobre derechos humanos. Este proceso se tramitará según las normas de la Ley Nº 135 de 30 de abril de 1943 y de la Ley Nº 33 de 11 de septiembre de 1946, pero no se requerirá que el agraviado agote previamente la vía gubernativa; el Procurador de la Administración sólo intervendrá en interés de la ley.

II. La rigidez institucional de nuestra constitución

La restricción abordada, dentro de la cual se ha anquilosado filosóficamente nuestra actual Corte Suprema de Justicia, en torno a la interpretación de la constitución en lo particular sobre el artículo 206, nos deja sin poder desgarrar dicho cerco institucional, para propiciar la organización de la propia

jurisdicción a nivel de sus Tribunales Superiores y Jueces Administrativos, como se implementó bajo el contexto originario de la Constitución de 1941 en los artículos 190 al 192, y poder de esta manera desarrollar la nueva Organización Estructural de lo Contencioso Administrativo como lo tiene instituido muy recientemente nuestra hermana República de Costa Rica, bajo la prescripción de un moderno y sofisticado recetario codificado denominado: Código Procesal Contencioso Administrativo, creado mediante la Ley 8508 de 24 de abril de 2006 (Gaceta Oficial No. 120 alcance 38 de 22 de junio de 2006, San José, Costa Rica); sólo por mencionar alguna referencia anecdótica del Derecho Público comparado, pudiendo aludir de igual manera al de otras latitudes.

Mientras no se doblegue el carácter, del resguardo constitucional en el artículo 206 y/o su modificación; ya sea bajo las alternativas de:

a. Un Acto Legislativo reformatorio de la Constitución: que modifique ahora a la de 1972 (sería el quinto), lo cual asemejado a la remembranza del de 1956 a la Constitución de 1946, implica toda una Voluntad Política y generar toda una consulta a la opinión pública al respecto; lo que demanda toda una concertación, con todas sus críticas y aforismos legales, puesto que como es muy sabido una enmienda a la constitución sobre un tema específico, siempre genera el inconveniente que se le añaden otros temas más y al final queda desfasado y desnaturalizado su espíritu, creándose una metamorfosis en otras direcciones, o

b. Su Modificación vía Jurisprudencial.

Mientras no se geste alguna de ésta variables, ésta institución (Jurisdicción Contencioso Administrativa) quedará siendo abarrotada de todas las reclamaciones y regulaciones garantistas de nuestra Democracia Representativa, puesto que seguirá siendo la única instancia que aborde la solución de las controversias entre particulares y/o entidades estatales y la propia Administración Pública.

III. Una encrucijada con alternativa

El ensayar valientemente la creación de un nuevo Tribunal Administrativo; como lo es el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, bajo la reviviscencia y remembranza histórica de los orígenes del Tribunal Contencioso Administrativo de los años 1940, se ha constituido muy recientemente en un receptor del cúmulo de procesos que en antaño abarrotarían la Sala Tercera de nuestra Honorable Corte Suprema de Justicia, la cual se encuentra inmersa entre tantas y diversas causas públicas que en ocasiones no encuentra aportes coadyuvantes que le ayuden a aligerar su carga, como muy bien lo sustentan

ilustres administrativistas del Derecho Público Panameño como el Licenciado JAVIER ERNESTO SHEFFER TUÑÓN en su obra *Estudios de Derecho Público*[5] y el Doctor JOSÉ A. CARRASCO en su precitado artículo incluido en el *Libro Homenaje a la memoria al Doctor Cesar A. Quintero Correa*, publicado por la Academia Panameña de Derecho[6], puesto que actualmente la Sala Tercera de la Honorable Corte Suprema de Justicia es la única instancia que valora efectivamente la decisión final de todas las causas administrativas.

1. CREACIÓN DE LA DOBLE INSTANCIA EN LA JUSRISDICCIÓN.

> La centralización de la justicia administrativa es consagrada por la propia Constitución (Art. 206, numeral 2). La misma ha traído un atiborramiento del Tribunal por el paso de los años y crecimiento del país y esa inevitable relación entre el Estado como prestador de servicios públicos y el particular. El personal de secretaría judicial y auxiliares de Magistrados no se dan abasto para diligenciar y proyectar el cúmulo de casos de los que conoce la Sala.
>
> Mi experiencia como parte de ese equipo de trabajos me indica que para el mejor ejercicio del control judicial de la Administración, es necesario la creación de por lo menos dos Tribunales de primera instancia administrativa previos al Tribunal Máximo de lo Contencioso Administrativo, para que éste si persiste la disconformidad del o los justiciables, continúe haciendo lo que desde la eliminación del recurso de revisión de sus resoluciones por la Corte Suprema (1945) y posterior adscripción como una Sala de dicha Corte (1945), o sea, ser en la práctica y por imperativo constitucional un Tribunal administrativo de casación.
> ...
> ...
> En esta ocasión no se trata de contrarrestar la falta de independencia al Tribunal Contencioso Administrativo como fue el objetivo de la reforma de 1945; sino de crear una instancia inferior a la Sala Tercera para que ésta se convierta en una instancia de apelación y no como ahora de única y definitiva instancia contenciosa.
> ...[7]

Sin embargo, luego del ensayo anecdótico y de su ejercicio práctico, en una causa muy específica, como las Contrataciones Pública del Estado, para la adquisición de sus bienes y servicios, éstas causas llegan ahora depuradas y sumamente escrutadas ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, puesto que sus decisiones son revisadas ante dicha superioridad jurídica, de conformidad de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, artículo 116, siendo coadyuvante con su carga jurisdiccional.

[5] SHEFFER TUÑON, J.. *Estudios de Derecho Público*, Editorial Cultural Portobelo, Biblioteca de Autores Panameños, 2006, págs. 233-236.
[6] Opus Cit 2.
[7] Opus Cit 5, ver págs. 233 y 234.

Hay que tener presente, que no se trata de desvirtuar, ni desmeritar, la singular competencia de la Sala Tercera, sino todo lo contrario, afrontar la carga de un sin número de causas, que muchas veces carecen de sustento legal, las cuales hoy día pueden encontrarse y enfrentarlas prístinamente, pues reflejando sus resultados ante la faz del país e internacionalmente, ya que su novedoso sistema de publicación vía un portal electrónico, recoge bajo principios públicos esenciales, así como valores e ideales públicos, una economía procesal y jurisdiccional, la cual puede ser escrutada por la propia ciudadanía panameña, e incluso con la participación de la sociedad intelectual, ya que el portal es de dominio público y abierto al mundo entero, aperturando la participación de la sociedad civil (nacional e internacional) dentro de todos las causas en cuanto a la selección de los contratistas, mediante el recurso de impugnación, pero únicamente si se generan procesos al respecto.

IV. Añadir vino nuevo en Odres Nuevos

Aún y cuando, se ha externado anteriormente y vibrantemente por distinguidos maestros del Derecho Público Panameño, como es el caso del Doctor José Antonio Carrasco, Licenciado JAVIER ERNESTO SHEFFER TUÑÓN y el Magistrado ADÁN ARNULFO ARJONA[8], entre algunos sobre la necesidad imperante de crear entre dos o más el Tribunales Administrativos, rectores en diversas competencias, siendo entre alguna de éstas, como por ejemplo el Tribunal de Tributos

Antes no había sido posible materializar y mesurar sus posibilidades o potencialidades, sino gracias a la formulación y creación del actual Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas (TAdeCP), cual puede hoy ser atendido sus resultados, aunque muy incipientemente, ya que sólo cuenta con escasos dos (2) años, pero que de sus decisiones pueden ser medibles sus expectativas y logros en el Derecho Público patrio, e incluso con el escrutinio y aval de la comunidad intelectual Iberoamérica[9] y por qué no decirlo de la comunidad jurídica del Common Law (Estados Unidos)[10].

Hacer un recuento de las viejas reviviscencias para medir el resultado de los Tribunales administrativos sobre la base de los defectos generados en el pasado solamente, sería encasillar al Tribunal Administrativo actual sobre las premisas del viejo sistema oriental del “pie chiquito”, sin indagar sus efectos, sus resultados, luego de su nueva estadía y gestión gubernamental; que le

[8] Opus Cit 5, págs. 233-236.

[9] Véase la Obra ARANA MUÑOZ, J. Y OTROS. *Colección de Estudios. La Contratación Administrativa en España e Iberoamérica*, Cameron May Ltd – distribuida por CMP Publishing, 2008.

[10] Cuadro de detalles de visita al portal electrónico: www.tribunaldecontrataciones.gob.pa.

permitiese mesurar ahora sus niveles de eficiencia al menos dentro de los dos (2) primeros años; que como anécdota indicamos en cifras, un promedio de trámites de expedientes así:

Año	**Número de expedientes**	**Valor económico**
2007 [11]	15	B/. 49,291,284.23
2008	45	B/. 20,963,647.53
2009[12]	26	B/. 26,888,143.52

Las cifras expuestas reflejan un total de aproximadamente cien millones de balboas (B/.100,000,000.00); en procesos tramitados, exaltando un promedio de atención de expedientes en un término de atenciones aproximadamente entre 1.5 a 2.5 meses, que van desde su inicio, con la interposición del recurso; hasta su conclusión mediante resolución lo que ha permitido la depuración procesal y cuyas decisiones en algunos casos, han llegado en grado de revisión a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, producto de los recursos contenciosos administrativos interpuestos en contra de las decisiones del Tribunal; los cuales suman aproximadamente cinco (5); siendo entre éstos hasta la fecha:

Recurrente	**Entidad**	**Acto público (*)**
1. Consorcio Sagem	Tribunal Electoral	2007-0-40-0-08-LV-000211
2. Eyas Mazal Tov, S.A.	Ministerio de Economía y Finanzas	2007-0-16-0-08-SB-000705
3. Setty Bardayan Vergara	Consejo Municipal del Distrito de Barú - Provincia de Chiriquí.	2008-5-26-0-04-SB-000088
4. Ventas Internacionales Erlisaac	Caja de Seguro Social	Resolución N° Dinisa-AL-008-2008,(Ley 56 de 27 de diciembre de 1995, G.O. 22939 de 28 de diciembre de 1995).
5. Panamá Contractor Company	Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A.	2007-2-02-0-08-CM-000362

***** Véase los mismos en el portal electrónico www.panamacompra.gob.pa

[11] El Tribunal inicia sus funciones a partir del día 15 de agosto de 2006. (De agosto a diciembre).
[12] Trámites que abarcan a partir del mes de enero a mayo 2009.

De cuyos resultados han sido escrutados por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, bajo los siguientes índices:

Resueltos	**Pendientes por valoración**
Primero y tercero	Segundo, cuarto y quinto

De los dos recursos contencioso-administrativos resueltos, únicamente el "Primero", ha sido decidido por la Sala en forma adversa al dictamen del Tribunal, reflejando su corrección bajo el siguiente criterio jurídico proferido por la Sala, así:

> "Entrada No. 709-07 Mag. Ponente: W. Spadafora F.
> Panamá, viernes (3) de octubre de dos mil ocho (2008)
> ...
> ...
> Este Acto de declaratoria de deserción no constituía un acto atacable mediante recurso de impugnación ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, a la luz de lo establecido en el texto vigente en ese momento, de la Ley 22 de 2006, *toda vez que los artículos 2, 104, 49 y 50, eran claros al establecer que el recurso de impugnación podía interponerse contra la resolución que adjudicara un acto de selección de contratista, pero no se establecía la posibilidad de impugnar por ese medio, las resoluciones que declararan desierto el acto público.*
> ...

Situación ésta, cual ya fuese subsanada, como lo advierte el mismo fallo mediante la implementación de la Ley 41 de 10 de julio de 2008 (Gaceta Oficial No. 26081 de 11 de julio de 2008). Que indicase lo siguiente:

> ....
> Lo anterior se ve corroborado, al constatarse que en la reciente modificación introducida a la Ley 22 de 2006, mediante la Ley 41 de 2008, *se realizaron importantes adiciones y variaciones al texto original de la ley de contrataciones públicas, incluyendo ahora disposiciones que en forma expresa señalan que la resolución que declara la deserción de un acto público, puede ser objeto del recurso de impugnación*, aspecto que no había contemplado el texto de la Ley 22 de 2006, vigente al momento de expedirse el acto impugnado.
> ....

Este logro ha sido posible gracias a la innovación de procedimientos administrativos simples pero eficaces, indicados por la propia Ley de Contrataciones Públicas, como los acentuados mediante:

A. El recurso de impugnación

Su procedimiento se bifurcó en dos (2) vertientes:

a. Proceso Sumario: Los recursos son tramitados sobre la base de un solo articulado como lo es el artículo 114 de la Ley 22 de 2006 y regulado bajo la reglamentación del Decreto Ejecutivo 366 de 28 de diciembre de 2006. (Gaceta oficial No. 25701 de 29 de diciembre de 2006). De los artículos 350 al 353, siendo una estructura procesal simple, la cual debe presupuestar la anunciación e incorporación de las pruebas conjuntamente con el libelo de interposición del Recurso y sobre el cual en el evento de requerir la práctica de pruebas, el Tribunal puede fijar un término de hasta diez (10) días hábiles, dentro del cual se procura la búsqueda de la verdad material y objetiva de la verdadera controversia jurídica y luego del cual se puede abrir un periodo común de alegatos a las partes para la argumentación de su causa; que al concluir, el Pleno del Tribunal procura proferir una decisión dentro del término de diez (10) días hábiles.

b. Proceso Sumarísimo: Si efectivamente la controversia jurídica del sub-júdice procesal administrativo se sustenta en aspectos jurídicos, su desenlace puede producirse esencialmente en un brevísimo término para su conclusión, omitiéndose la necesidad de aperturar etapa de práctica de pruebas y alegados de conclusión, toda vez que sus elementos valorativos de desprenden casi que textualmente de los propios elementos aportados por las partes, tanto de la recurrente como de la propia entidad administrativa, bajo los siguientes presupuestos:

a) Pretensiones del recurrente;
b) Informe de Conducta de la Entidad Administrativa;
c) Pruebas aportadas y aducidas por las partes;
d) Expediente Administrativo; y
e) El portal electrónico “PanamáCompra”

Sus resultados son notificados y evidenciados mediante un Portal Electrónico, el cual surte en adición, todos los efectos de una especie de expediente electrónico, abierto a la faz del mundo entero, puesto que su accesibilidad es mediante la internet, en el hiper espacio “www.panamacompra.gob.pa”, y que como muestra de estos procedimientos podemos indicarles algunos de los siguientes actos públicos, que reflejan como resultados de dichas tramitaciones:

Procesos sumarios

Recurrente	Entidad	Acto público (*)
1. CONSORCIO GBM	Dirección General de Contrataciones Públicas (DGCP)	2007-1-27-0-08-LV-000082
2. RADICOM, S.A.	Autoridad Marítima de Panamá, (AMP)	2008-2-03-0-08-CM-000840
3. BIO CIENTIFICA, S.A.	Universidad de Panamá (UP)	2008-1-90-0-07-LP-008070
4. Consorcio Universidad de Panamá.-Universidad Corporativa	Ministerio de Educación (MEDUCA).	2008-0-07-0-08-LP-006633

***** Véase los mismos en el portal electrónico www.panamacompra.gob.pa

Procesos sumarisimos

Recurrente	Entidad	Acto Público (*)
1. Javier Enrique Diaz Castillero	Lotería Nacional de Beneficencia (LNB)	2008-2-82-0-08-CM-001886
2. Construcciones y Remodelaciones EUROX, S.A.	Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral (MITRADEL)	2008-0-13-0-08-CM-001453
3. Constructora Dago, S.A.	Ministerio de Vivienda (MIVI)	2008-0-14-0-08-LP-002182
4. Hertebo, S.A.	Consejo Provincial de Veraguas, Programa de Inversión Local (PROINLO)	2009-0-04-045-09-CM-002459

***** Véase los mismos en el portal electrónico www.panamacompra.gob.pa

Es importante resaltar que la ciudadanía tiene una oportunidad de participación muy creciente y fiscalizadora dentro de los procesos, puesto que pueden intervenir con alegaciones terceristas coadyuvantes o excluyentes, ya sea en interés particular del actor o recurrente e incluso como por interés de la ley, lo que le permite coadyuvar con la gestión del Tribunal en procurar la verdad objetiva y material del proceso, ya que sus resultados tienen como norte primordial el Interés Público.

B. El recurso de apelación a las resoluciones administrativas de los contratos

En cuanto al procedimiento del Recurso de Apelación su accionar se encuentra regulado por el Título IX, Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, Capítulo IX, de los artículos 359 al 364 del Decreto Ejecutivo No. 366 de 28 de diciembre de 2006, dentro del cual se encuentra reglada su fase probatoria, para la práctica de éstas, sobre el sustento de la Ley 38 de 31 de julio de 2000. (Gaceta Oficial No. 24109 de 2 de agosto de 2000). La que resguarda con carácter supletorio el resto del procedimiento, cuando no se ajusten las actuaciones procesales de las partes a lo regulado taxativamente por la Ley de Contrataciones Públicas.

Así como también son fuente supletoria a su procedimiento, el Libro II del Código Judicial, al respecto del procedimiento civil en lo aplicable; de conformidad al artículo 53, 101 de la propia Ley 22 de 27 de junio de 2006, lo que se hace extensivo de igual forma a los efectos del Recurso de Impugnación.

Tenemos siempre presente, que con éstos procedimientos se garantiza en todo momento, la facultad ilimitada por el Tribunal de escudriñar todo el caudal probatorio esencial e indispensable para la búsqueda de la verdad objetiva y material del proceso, pues con ella se incorpora el ideal de Justicia y sobre todo la del Interés Público, pilares básicos de nuestra sociedad en la concurrencia de la vida democrática panameña.

En éstos se hace vibrante e inmortal el comentario célebre del maestro Cesar Quintero, en sus crónicas referentes a la Organización de la Jurisdicción Administrativa del Tribunal Contencioso Administrativo de la década de los años 40 y 50, encriptadas así:

> ...
> En un autentico régimen contencioso-administrativo, la misión del juez o magistrado de este ramo es distinta a la del magistrado judicial el procedimiento "judicialista" descansa, como es sabido, sobre el principio de la pasividad y receptividad del juez en materia probatoria. La prueba, en general, queda librada a las partes. El juez ha de limitarse a fallar de, acuerdo con lo que éstas aduzcan. La iniciativa del tribunal queda reducida a muy poca cosa.
>
> Otra es, en buena doctrina, la situación del juez administrativo. Este, encierro modo, ha de ser al mismo tiempo juez y funcionario de instrucciones. Su función en el proceso es mucho más activa e interventora.
>
> Además, el juez de lo contencioso-administrativo ha de ser persona versada en cuestiones económicas, hacendarias y fiscales. Debe, asimismo, tener un buen conocimiento de la administración pública.

> En suma, su formación teórica, su actitud mental y su criterio jurídico deben ser distintos a los del civilista clásico.
>
> En cuanto al procedimiento mismo, el administrativo debe ser más rápido, más eficaz y menos oneroso que el civil. En éste sólo están en pugna intereses privados de personas en pié de igualdad.
>
> En el proceso administrativo está en juego, por una parte, el interés pública, el de la colectividad, el del Estado; y por otra, los derechos, las garantías y la seguridad de los administrados.
>
> Por eso, quienes impartan tan compleja justicia han de tener una vasta formación en derecho público y, por tanto, conocimientos precisos de la estructura y funcionamiento estatales. Deben, asimismo, actuar muchas veces no sólo como jueces legalistas, sino también como estadistas de la administración y del derecho.
> ...

Como prueba de esto, hay precedentes del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, que demuestran la prolija exuberancia probatoria por parte del Tribunal Administrativo, como en los siguientes casos:

Recurrente	**Entidad**	**Acto público (*)**
CONSORCIO GBM DE PANAMA	Dirección General de Contrataciones Públicas	2007-1-27-0-08-LV-000082
BM3 Obras y Servicios	Ministerio de Obras Públicas	2007-0-09-0-08-LP-001340
Representaciones Celmar, S.A.	Instituto Oncológico Nacional	2009-0-12-11-08-CM-002502

***** Véase los mismos en el portal electrónico www.panamacompra.gob.pa

Aunque existan algunos criterios que cuestionen el carácter simplista del proceso, bajo epítetos peyorativos que la califican cariñosamente como de ..."entuertos procedimentales de la actual legislación de Contrataciones Públicas"[13], que en gran medida aspiran más bien a judicializar incomprensiblemente las necesidades del Estado que deben cumplirse mediante las Licitaciones Públicas[14].

[13] Véase la opinión del Editorial de la Estrella de Panamá del día jueves 28 de mayo de 2009.
[14] Véase Artículo 266 de la Constitución Política de la República.

C. Agotamiento de la vía gubernativa

Es importante resaltar que solamente al extinguirse y culminarse el trámite de los recursos aludidos arriba y perfeccionarse dichas resoluciones administrativas externándose en ellas la voluntad del Tribunal, cual debe proferirse en forma colegiada, es decir mediante la rúbrica de todos sus integrantes, (con base a una voluntad mayoritaria) y notificada ésta a través del Portal Electrónico "PanamáCompra"; se entenderá así que se ha agotado la vía gubernativa con la cual, solamente podrá revisarse sus resultados, como indicáramos antes, únicamente ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, es decir ante la Sala Tercera de nuestra Honorable Corte Suprema de Justicia a través del recurso de Plena Jurisdicción. (Artículo 116 de la Ley 22 de 2006).

D. ¿El tribunal administrativo de contrataciones públicas es inconstitucional?

En cuanto al sustento constitucional de la naturaliza jurídica del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, la misma se encuentra resguardada en el artículo 266 de la Constitución Política a la letra indica:

> Artículo 266. La ejecución o reparación de obras nacionales, las compras que se efectúen con fondos del Estado, de sus entidades autónomas o semiautónomas o de los Municipios y la venta o arrendamiento de bienes pertenecientes a los mismos se harán, salvo las excepciones que determine la Ley, mediante licitación pública.
>
> La Ley establecerá las medidas que aseguren en toda licitación el mayor beneficio para el Estado y plena justicia en la adjudicación.

Es esa misma justicia en la Adjudicación la que implica materializarlo a través de una entidad pública como la prenombrada, como Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas y que incluso refuerza su necesidad existencial en precedentes jurisprudenciales, tales como los siguientes:

> ADVERTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD[15]
>
> Debe presentarse dentro de un proceso donde se administre justicia.
>
> Fallo de 23 de marzo 1999
>
> Pleno de la Corte Suprema de Justicia, R.J.p. 168

[15] Citado por la Revista de jurisprudencias *VETERES*. "Fallos de los meses de enero, febrero, marzo de 1999 del Pleno y Sala Civil, Penal, contencioso-administrativo y de Negocios Generales de la Corte Suprema de justicia. Volumen 1. Editorial Mizrachi & Pujol, S.A. Primera Edición. Noviembre 2000.

A juicio de la Corte, resulta evidente que la advertencia no ha sido presentada dentro de un proceso en el cual un funcionario público esté administrando justicia, como lo exige la Constitución y la ley para su procedencia.

Si bien la función de administrar justicia no es exclusiva de los funcionarios del Órgano Judicial, ya que en circunstancias especiales también la ejercen el Órgano Legislativo y funcionarios adscritos al Órgano Ejecutivo, es importante determinar que la actuación que realiza el respectivo funcionario sea efectivamente de carácter jurisdiccional, es decir, que imparta justicia dentro de un proceso pendiente de decisión. En tal sentido el artículo 203 de la Constitución preceptúa que el funcionario debe continuar el curso del negocio "hasta colocarlo en estado de decidir"

....

JURISPRUDENCIA[16]:

El numeral 13 del artículo 276 de la Constitución de 1972 fue desarrollado antes, mediante la Ley No. 32 de 8 de noviembre de 1984, Orgánica de la Contraloría General de la República, a través del Capítulo IV, Título IV y del Capítulo V, Titulo V de la mencionada ley, cuando fueron establecidos el juicio de cuentas, los juzgados y los tribunales de cuentas. El artículo 66 de esa ley denominada ´Magistrado de Cuentas´ a la persona que preside el tribunal de cuentas, el cual conocía en segunda instancia del juicio de cuentas. A este magistrado se le exigían los mismos requisitos señalados en la Ley para ser magistrado de Distrito Judicial, y se le conferían los derechos, prerrogativas, responsabilidades y remuneraciones de estos.

Se entiende, entonces, que la Contraloría General de la República, por atribución constitucional, debe juzgar las cuentas de los agentes y empleados de manejo, y que esa función de juzgar la puede llevar a cabo a través de juzgados y tribunales de cuentas o de una entidad similar. En este sentido, le asiste razón a los demandantes cuando señalan que no parece acertada la denominación de Dirección Administrativa a una entidad que debe juzgar cuentas, como se ha hecho con la Dirección de Responsabilidad Patrimonial en este Decreto de Gabinete.

En lo que se refiere al uso del vocablo ´magistrado´, la incongruencia salta a la vista por la calificación de Dirección Administrativa con que se denomina a la nueva entidad de Responsabilidad Patrimonial. Esto no sería así si se hubiera utilizado un sinónimo de tribunal, que era la denominación dada por la Ley 32 de 1984 al Tribunal de Cuentas que, como ya se mencionó, conocía en segunda instancia de las decisiones adoptadas por el Juzgado de Cuentas.

Dentro de la organización pública, fuera del Órgano Judicial, por mandato constitucional se ha creado un organismo que recibe el nombre de Tribunal

[16] Revista de la Dirección de Responsabilidad Patrimonial de la Contraloría General de la República. 5ª Edición, 2006.

> Electoral, con jurisdicción en toda la República, a cuyos miembros de les conoce con el nombre de ´Magistrados´ y se les exigen los mismos requisitos que para ser magistrados de la Corte Suprema de Justicia (art. 136 de la Constitución Nacional). Con esta comprobación pierde fuerza la opinión según la cual la denominación de ´magistrado, está reservada, a nivel constitucional, para designar a los más altos personeros del Órgano Judicial.
>
> El Pleno es de la opinión de que el nombre dado a la dependencia de la Contraloría General de la República ´Dirección de Responsabilidad Patrimonial´ no es del todo acertada, si esa institución es la encargada de desarrollar las funciones que le asignan el artículo 276, numeral 13, de la Constitución y otros preceptos legales. Desde el punto de vista administrativo, es notoria la incongruencia que se registra también en la calificación de sus integrantes; ello no obstante, tal impropiedad, de tipo gramatical y semántica´, no conculca ninguna de las disposiciones constitucionales vigentes".
>
> (Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 7 de febrero de 1992, mediante la cual se declara que no es inconstitucional el artículo 1 del Decreto de Gabinete No. 36 de 1990).
> ....

Las anteriores conclusiones sustentan la fortaleza institucional del Tribunal Administrativo dentro del bloque de la constitucionalidad, aún cuando también existan detractores que opinen incluso todo lo contrario; como el comentario escrutado de nuestro maestro el Doctor EDGARDO MOLINO MOLA, en la sustentación de la tesis de grado del Licenciado GIAN CARLOS CRUZ CÁRDENAS, denominada "Trámite del Recurso de Impugnación, ante el nuevo Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas", expuesta frente al Jurado de sustentación del trabajo de grado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la ilustre Universidad de Panamá, el día 31 de marzo de 2009.

E. La celeridad como norte del proceso

El fundamento filosófico de un procedimiento tan expedito, pero que al mismo tiempo sea garantista y sobre todo con el refuerzo procedimental del Debido Proceso, instituido incluso como un principio constitucional, tiene su sustento en las siguientes cinco (5) premisas básicas, que son su soporte social y legal basado en:

1. Garantizar el ideal del interés público

Cual se encuentra pragmática y objetivamente en las necesidades básicas de la sociedad y su ciudadanía, luz, agua, comunicaciones, medicamentos, la salud pública, los desechos orgánicos, el mejoramiento de las aguas servidas,

vivienda, educación, transporte entre muchas otras, cuales son innumerables y cuya cuantía crece en forma geométrica y frente a los escasos recursos económicos con los que cuenta el Estado, y que por ende, deben ser invertidos de la manera más eficiente.

2. La efectividad en la ejecución presupuestaria

Ligada a la anterior, un ejercicio administrativo público lento, con excesivos procedimientos burocráticos, que aunado a una inescrupulosa litigiosidad de sus aspirantes a proponentes o contratistas, si no encuentra resultados edificantes prontamente, se transformará en una encrucijada legislativa que se reflejará en una gobernabilidad anacrónica y poco efectiva, por parte de las Entidades Públicas.

No puede esperarse que un país que aspira a constituirse en un Estado de primer mundo en una era de globalización y tecnología, esté empantanada en sus propios encajes burocráticos, cuando lo que sus connacionales reclaman y exigen una solución a sus necesidades crecientes.

3. Generar competitividad

Mientras mayor sea la participación de proponentes, tanto a nivel nacional e internacional puede generar la obtención de un precio real y serio; lo que redunda en menores costos para el Estado y el erario público.

4. Transparencia

A través de la tecnología, se eliminan las informaciones privilegiadas o asimétricas y se garantiza que los ojos del mundo sean los fiscalizadores y garantes del sistema, de allí que el portal y su información sea una constante sobre las actuaciones de todos los actores, incluidas las instancias Administrativas Reguladoras (Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas y la Dirección General de Contrataciones Públicas).

5. Se satisface un clamor ciudadano

Al gestarse todo el proceso de consulta y formación sobre la discusión de la legislación de Contrataciones Públicas fue un clamor de todos los participantes, fuerzas vivas, Cámara de Comercio, Asociaciones de Ejecutivos de Empresas, Clubes Cívicos, Agencias Reguladoras y Sociedades Estatales entre otros, quienes reaccionaban en contra la lentitud de los resultados de los procesos de selección de proponentes y contratistas del Estado (regentados bajo la

anterior Ley 56 de 27 de diciembre de 1995)[17] y fue ese clamor, el que fortaleció en todas las etapas de debate de la presente ley, llevando aparejado hoy su resultado, dentro de la tramitología procedimental que impera los presentes procedimientos de selección de contratistas y sus recursos anunciados anteriormente.

F. La necesidad de una eventual modificación para fortalecer a la legislación de contratación pública

Sobre una potencial modificación a futuro, pudiésemos hablar y profundizar en otro instante, por lo pronto pudiésemos señalar entre algunas tendientes a fortalecer la gestión y la Competencia Institucional:

1. La necesidad de implementar la competencia del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, en la esfera contractual; ya que con ésta se garantiza:

a. La aplicación de medidas cautelares, previas a la resolución del contrato;

b. El ejercicio de la jurisdicción coactiva efectiva de la administración pública, sobre el patrimonio del contratista.

c. Garantizar la efectividad de gestión de iniciativas y cláusulas contractuales por las partes.

2. La necesidad de valorar las nulidades por la vía de una especie de acción pública, tal como en la participación pública de cualquier interesado sobre la verificación de potenciales nulidades dentro de los procesos de selección de contratista pero cuyo control, no se encuentra resguardo y como advertencia únicamente en los actos reglados de la administración entorno a la adjudicación y deserción.

3. La necesidad de valorar los actos condiciones o previos del pliego de cargos, por la propia administración vía los Tribunales Administrativos, ya que la propia Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, ha considerado que éstos no constituyen actos administrativos. Al proferir su encuesta procesal y gestionar sus resultados por los Tribunales administrativos, éstos pueden ser valorados por la Sala Tercera, antes que sus consecuencias ya sean adversas a la propia ciudadanía.

[17] Véase la Gaceta Oficial No.22,939 de 28 de diciembre de 1995.

G. Resguardar la discrecionalidad administrativa o enfrentar sus costos y consecuencias dentro del erario público

Todo esto nos conduce a valorar el resguardo de la discrecionalidad administrativa en los funcionarios públicos, puesto que en la actualidad esa discrecionalidad debería encontrarse regulada en la propia administración pública por imperio de la Ley, pero cuyos efectos lógicamente serán escrutados ante la esfera Contenciosa Administrativa y cuyos resultados a la larga de no gestarse mecanismos de auto control por la propia administración, ya sea a través de los Tribunales Administrativos o de las propias Agencias de Regulación creándole la instancia independiente para ello pero como cuerpos colegiados dentro de éstas, repercutirán negativamente en contra de la propia administración pública y el Erario Público, cuyos costos pagamos todos a la larga y que afectarán negativamente las finanzas públicas.

Al no implementarse una disciplina de autocontrol en la propia administración, puesto que en ocasiones, ésta actúa como juez y parte de sus propias actuaciones sobre todo dentro de las Agencias Reguladoras o incluso las propias Entidades Ministeriales, sin revisarse por parte de un ente alterno independiente, como lo constituye la filosofía propia de los Tribunal Administrativos, pueda someterse ese control previo de las actuaciones de la administración para evitar que al desbocarse en su ejercicio, repercuten negativamente en el erario público, ya que luego del escrutinio de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, como garante de la legalidad de actuaciones de los funcionarios públicos puede resultar onerosa.

Hay que comprender que si bien es cierto la Corte Suprema también participa de la condición de servicio público, no es menos cierto que ésta procura dentro de un Régimen Democrático y Garantista, salvaguardar el Derecho de todos los asociados dentro del Estado y por lo tanto, no podemos cuestionar sus decisiones cuando la propia Administración por su desenfreno gubernamental, carente del auto control y su propia regulación previa independiente, arroja consecuencias nefastas al afectar el derecho de los particulares.

Como prueba de ello podemos enunciar sentencias de la Sala Tercera de la Corte Suprema enunciar entre casos controversiales muy recientes que fueron objeto de reacciones periodísticas en los medios, como por ejemplo:

1. Playa Bonita [18]; y
2. Banco Nacional de Panamá[19];

Los efectos de las decisiones como las señaladas en ocasiones estremecen a la sociedad, cual inculpa de su resultado a la administración de justicia, como quien busca la causa de la enfermedad en las sabanas y no en el propio paciente que es la propia administración pública ejecutora de ese accionar, que no se auto regula por sí misma y que demanda necesariamente de instituciones rectoras independientes como los Tribunales Administrativos o las instancias colegiadas dentro de las Agencias Independientes de Regulación.

Si, el remedio puede instaurarse bajo la valoración administrativa de un ente administrativo independiente, un Tribunal Administrativo, cuya fuerza normativa sea el filtro del propio accionar de la administración, depurando y escrutando sus ensayos, antes de que los mismos produzcan efectos nefastos, propios de un "haraquiri" administrativo, resguardado en una primera línea, un freno a la propia administración que no ha podido auto controlarse y que a la postre, si no se detiene en el rompeolas (Tribunal Administrativo) sus efectos serán valorados por el ente jurisdiccional por excelencia, la Corte Suprema y cual reflejo del resultado, no tiene por qué socialmente imputársele, pues la misma está llamada a ser el fiel de la balanza, sin discernir entre propios de la Administración o particulares.

Es por ello, que frente a la carencia en este instante del resguardo de la ramificación y nueva organización de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa que le permita evaluar las causas, aún antes de que sus resultados ya ejecutados sean nefastos, se requiere que se ensayen métodos alternos y paralelos a la Administración de la Justicia Jurisdiccional,

[18] Véase Sentencia de 22 de febrero de 2009 que resuelve la Demanda de Plena Jurisdicción contra la Resolución de Junta Directiva No 034-03 de 10 de abril de 2003 visible en el portal electrónico del Órgano Judicial. www.organojudicial.gob.pa

[19] Véanse: a.) Sentencia de 21 de mayo de 2005 que resuelve la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción interpuesta por la firma rosas y rosas en repesentación de constructora urupan, s.A. Para que se declare nula por ilegal la resolución n°.Gg-04-2001 de 18 de enero de 2001 dictada por la gerencia general del banco nacional de panamá y para que se hagan otras declaraciones; b.) Sentencia de 19 de agosto de 2008; -solicitud de liquidación de condena en abstracto interpuesta por la firma rosas y rosas, quien actua en nombre y representación de constructora urupan, s.A., Para que se cumplan los efectos de la sentencia del 17 de mayo de 2005;

c.) Sentencia de 18 de noviembre de 2008 en virtud del recurso de reconsideración y aclaración de la resolución de 19 de agosto precitada, presentada por la representación forense del banco nacional de panamá (bnp), visible en el portal electrónico del órgano judicial www.Organojudicial.Gob.Pa

d.) Publicación del caso en el periódico "panamá américa" calendada 11 del marzo de 2009 en la sección "nación" visible a pagina 4, bajo el título "bnp critica fallo, mientras la corte afirma que debe pagar".

mediante nuevos Tribunales Administrativos, propios del ensayo del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas que prevean cual avanzada, esa reparación inmediata, efectiva, eficaz, con economía procesal, hasta tanto se genere la ruptura de la estructura constitucional (artículo 206), y pueda implementarse la valiosa organización y distribución jurisdiccional mediante tribunales superiores y juzgados circuitales dentro de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Hasta que ese momento se presente y llegue, deberá generarse un remedio, esperando que éste sea oportuno, ya que el paciente: la sociedad panameña, no podrá seguir padeciendo quebrantos de su salud social y esperar su remedio cuando ya el resultado sea ineludible.

Los costos de la administración se pagan con los recursos del Estado panameño y su responsabilidad no puede endilgársele a la Administración de Justicia, pues ella no es la causante del mal, sino quien la diagnostica cuando la víctima ya está grave.

Este remedio jurídico, los Tribunales Administrativos, no pueden surgir en este instante de las filas propias de la administración de justicia, el Órgano Judicial, sino como el producto de la concertación nacional, y su reforma mediante un Acto de Ley o parlamentario, de la mano con iniciativas legislativas del propio Órgano Ejecutivo, pues el artículo 159 ordinal 12 de la Constitución Política de la República también así lo preceptúa.

Pues en la valoración de éste ideal, hay que atender primero lo posible, lo realizable y no el ideal quimérico de un acto reformatorio constitucional que sería el adecuado e indispensable, pero sujeto a la anhelada concertación nacional de la cual ya nos expresamos.

La gestión gubernamental es la concretización de lo realizable, de lo posible y en ella nos encontramos inmersos en su devenir histórico mediante ensayos con aciertos y errores en la implementación de instituciones como fueron en sus inicios el Tribunal de Cuentas mediante la Ley 56 de 24 de mayo de 1904, del Tribunal Administrativo, instaurado en 1943, cual tuvo que primero modificarse estructuralmente la constitución de 1904, crear una nueva constitución de 1941 para hacerla realidad.

Hoy al igual que ayer después de casi un siglo de vida Republicana con aciertos y bienaventuranzas, con el fragor de tantas vicisitudes nos encontramos como en una espiral histórica frente a la misma constante.

O se rompe el arco emblemático del artículo 206 mediante un acto reformatorio constitucional o por la vía jurisprudencial, para permitir la implementación de la anhelada reorganización de la Jurisdicción Contenciosa o tendremos que ajustar las creaciones e implementaciones de nuevos Tribunales Administrativos como el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas (TAdeCP), como remedios inexcusables para garantizar el control gubernativo previo al control jurisdiccional vernácular.

V. Las agencias reguladoras y su función en el Derecho Público panameño

Otro de los efectos generados dentro del Derecho Público es la necesidad de implementar Agencias de Regulación como entidades cuyas actuaciones son atendidas dentro de la vía administrativa previa, tal es el caso de la antigua Oficina de Regulación de Precios, que procuraba más bien garantizar el control dentro de un sistema económico cerrado; de allí su transformación luego de la apertura económica y la integración de Panamá a la Organización Mundial de Comercio (OMC) con la aprobación del Convenio Constitutivo de Marrackech[20], mediante la Ley 23 de 15 de julio de 1997.

La necesidad de crear instancias administrativas que garantizasen la libre concurrencia en el mercado, con la participación de diversos actores económicos, y para ello se generó la implementación de la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor (CLICAC), mediante la Ley 29 de 1 de febrero de 1996[21], como una instancia administrativa de regulación de la libre concurrencia, sin embargo, su experiencia no generó los verdaderos objetivos que se procuraban con ésta, sobre todo por el control de un mercado oligopólico que requiere de la participación económica de diversos actores y que para ello se procura su transformación en lo que se constituye hoy día la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia (ACODECO), mediante la Ley 45 de 31 de octubre de 2007[22], pero impregnándola de la necesidad de que se garantizase una auténtica concurrencia; Por lo que se transformó la manera de regular y garantizar la libre participación de los actores en la economía.

Es importante observar, cómo se genera la transfiguración de la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia (ACODECO), que de simples reguladores se transforma en los coautores garantes del Estado para evitar las prácticas monopolísticas.

[20] Véase la Gaceta Oficial No.23,340 de 26 de julio de 1997.
[21] Véase Gaceta Oficial No. 22,966 de 3 de febrero de 1996.
[22] Véase Gaceta Oficial No. 25,914 de 7 de noviembre de 2007.

En ese mismo hilo del pensamiento administrativo se innova también la manera de accesar al mercado libremente mediante los Avisos de Operaciones en reemplazo de las tradicionales Licencias Comerciales, mediante la Ley No. 5 de 11 de enero de 2007, "Que agiliza el proceso de Apertura de Empresas y establece otras disposiciones[23]".

Los otros ejemplos de la transformación de las Agencias Reguladoras lo constituyen las Comisiones de Valores creadas mediante el Decreto Ley No.1 de 8 de julio de 1999[24] y la Comisión Bancaria creada mediante el Decreto de Gabinete No. 238 de 2 de julio de 1970[25] en su transformación ahora en Superintendencias de Bancos regulada mediante el Decreto Ejecutivo No.52 de 30 de abril de 2008 "Que adopta el Texto Único del Decreto Ley 9 de 26 de febrero de 1998, modificado por el Decreto Ley 2 de 22 de febrero de 2008"[26], así como la Superintendencia de Valores mediante el Decreto Ley No.1 de 8 de julio de 1999[27], de igual forma la Superintendencia de Seguros y Reaseguros regulada hoy día mediante la Ley 59 de 29 de julio de 1996[28] y que derogó la Ley 55 de 20 de diciembre de 1984[29] que la creó, y ahora, siendo otra de esas experiencias, asumidas dentro de la transformación del Estado de Simple Regulador a Interventor en la Economía.

Constituyen ejemplos de Agencias Reguladoras que se innovan en la vía administrativa pero que en la praxis pudiesen, de no implementárseles esas instancias administrativas previas e independientes dentro de los mismos, tendrían que ser sometidas a nuevos tribunales administrativos que regulen la gestión pública, dentro de la propia esfera administrativa.

Así como también, la experiencia generada en el Ente Regulador de los Servicios Públicos creado mediante la Ley 26 de 29 de enero de 1996[30], y posteriormente transformado en la Autoridad de los Servicios Públicos mediante el Decreto Ley No.10 de 22 de febrero de 2006[31], todos como Agencias Reguladoras y actoras en los servicios públicos, Rectores que en gran medida intervienen en la administración pública, necesitan también implementarles la creación de Instancias Administrativas independientes de Revisión y Control interno de sus actos administrativos bajo el esquema de cuerpos colegiados con la finalidad de someterlos a una doble instancia, pero no con la finalidad de

[23] Véase Gaceta Oficial No. 25,709 de 12 de enero de 2007.
[24] Véase Gaceta Oficial No. 23,837 de 10 de julio de 1999.
[25] Véase Gaceta Oficial No. 16,640 de 6 de julio de 1970.
[26] Véase Gaceta Oficial No. 26,035 de 8 de mayo de 2008.
[27] Véase Gaceta Oficial No. 23,837 de 10 de julio de 1999.
[28] Véase Gaceta Oficial No. 23,092 de 1 de agosto de 1996.
[29] Véase Gaceta Oficial No. 20,211 de 26 de diciembre de 1984.
[30] Véase Gaceta Oficial No. 22,962 de 30 de enero de 1996.
[31] Véase Gaceta Oficial No. 25,493 de 24 de febrero de 2006.

coadministrarlos sino de efectivizar sus resultados en el control y que se garantice sobre todo, la no repercusión nefasta por mala praxis ante el Erario Público, y asemejarlos al carácter de un Tribunal Administrativo, que procure garantizar su auto control de las Entidades Públicas, mediante instituciones independientes y ajenas a la prestación del servicio público gubernativo; que tienen como norte el deber de buscar un equilibrio en la propia administración y transfigurar sus procedimientos comparativamente, como procedimientos administrativos en la vía administrativa, los cuales son revisados, escrutados y destilados cual producto frente a un procedimiento hoy ortodoxo, ordinario y muy riguroso, sobre todo metódico en la solemnidad de su interposición y ejercicio.

Es importante reflexionar y valorar la necesidad de que las concesiones administrativas también recaigan en el tamiz de un Tribunal Administrativo, ajeno a los propios Entes o Ministerios que garantizaran su formación contractual, tal es el caso por ejemplo de los Corredores Norte y Sur, por cuyas regulaciones en materia de los peajes, no tiene limitación y por lo tanto su afectación o negación puede tener ribetes que afectan en forma negativa ante el Estado, y el morbo social en el evento de no generarse correctamente sus regulaciones, ante las necesidades públicas.

De igual forma las concesiones marinas ante la propia Autoridad Marítima de Panamá (AMP) que vulnera el carácter de negociadores y parte dentro de una misma relación, que engendra conflictos de actuaciones que puede desvirtuar una actuación equilibrada, en cogestora.

No se puede ser promotor, gestor, controlador al mismo tiempo y pretender ser parte y garante del fiel cumplimiento de la relación contractual cuando el rol que resguarda su actuación en ese instante, se tiene que someter al escrutinio ante una relación que de no auto controlarse, puede recaer en resultados negativos luego de ser escrutada ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

Tal es el caso por ejemplo al analizar la figura del fiscalizador denominado Oficina de Inspección dentro de los modelos de Contratos Públicos de la antigua Autoridad de la Región Interoceánica (ARI) y que por ejemplo hoy día ésta regulación se encuentra superada al ejercerse por actores independientes, bajo los nuevos modelos que implementan los contratos del Ministerio de Obras Públicas (MOP) y el Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales (IDAAN).

Analizar el carácter de la Carrera Administrativa como una agencia reguladora de las relaciones laborales del Estado a través de sus colaboradores

o funcionarios públicos y que ejercita la necesidad de una verdadera autorregulación mediante las Juntas de Apelaciones y Conciliaciones de Carrera Administrativa, integrados como cuerpos colegiados organizados por provincias y a nivel nacional que sean independientes a la Administración del DIGECA, ya que sus efectos de ejecución, por el gobernante de turno, al motivar su decisión de concluir una relación laboral, puede generar consecuencias nefastas que vulneran el erario público, puesto que afectan con su resultado las finanzas públicas y a la larga se tendría que reinsertar nuevamente a dichos funcionarios, si no se ha generado una conclusión de la relación en forma legal, es decir previo mérito de un debido proceso y que a la postre en su ejercicio como final de la batalla tendrá la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, que atender la restauración del derecho vulnerado.

La propia creación de la Dirección General de Contrataciones Públicas, se convierte en una especie de Agencia Reguladora independiente; cual tiene la tarea de fungir como Fiscalizadora de las Contrataciones Públicas, ya que es el rector del Estado en sus contrataciones de bienes y servicios para garantizar la gobernabilidad en Democracia, cual necesita de un Ente independiente y autónomo que equilibre las pretensiones particulares y económicas comerciales, frente a las necesidades públicas de la propia administración.

Este es el rol indiscutible; efectivo y eficaz que desempeña la Dirección General de Contrataciones Públicas, cual nace como un embrión estacional de una dependencia del Ministerio de Economía y Finanzas, pero que emblemáticamente, como bajo un simbiosis adquiere esa independencia y transformación como entidad autónoma de las Contrataciones Públicas, e incluso con tareas muy indispensable como la de ser el administrador del portal electrónico www.panamacompra.gob.pa.

Por derecho dentro de su funcionalidad operativa, tiene también la de ser el asesor jurídico en la interpretación directamente de las controversias previas a al acto administrativo la adjudicación mediante la Acción de Reclamo, cuyo procedimiento administrativo sumamente simplista pero efectivo, se encuentra resguardado legalmente en el artículo 111 de la Ley 22 de 2006 y en los artículos 298 a 304, del Decreto Ejecutivo 366 de 28 de diciembre de 2006, que señalan de la siguiente:

> ...
> **Artículo 111. Acción de reclamo**. La acción de reclamo podrá interponerse contra todo acto u omisión ilegal o arbitrario ocurrido durante el proceso de selección de contratista antes de que se adjudique, mediante resolución, el acto público correspondiente.

> Los proponentes en un acto de selección de contratista podrán interponer reclamos, en única instancia, ante la Dirección General de Contrataciones Públicas.
>
> Cuando se trate de actos de selección de contratista que efectúe la Dirección General de Contrataciones Públicas, el reclamo será resuelto por esta entidad dentro del término señalado en esta Ley.
>
> La acción de reclamo deberá hacerse por escrito y contener los siguientes elementos:
>
> 1. Funcionario u organismo al que se dirige.
>
> 2. Nombre, generales y firma de la persona que presenta el reclamo, que deben incluir su residencia, oficina o local en que puede ser localizada y, de ser posible, el número de teléfono, el número de fax respectivo y el correo electrónico.
>
> 3. Lo que se solicita o se pretende.
>
> 4. Relación de los hechos fundamentales en que se basa la petición.
>
> 5. Fundamento de Derecho, de ser posible.
>
> 6. Pruebas que se acompañan...

De igual manera la Dirección General de Contrataciones Públicas (DGCP) es el Coordinador Técnico o enlace con todas las direcciones u oficinas de compras de todas las instituciones públicas.

Cuando se discutió la Ley de Contrataciones Públicas en sus diarios de debates ante la Asamblea Nacional se encontró en un momento dado la disyuntiva de atender al tratamiento jurídico el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas como un Tribunal administrativo o como una Agencia Reguladora independiente. Creo que el tiempo y la decisión legislada nos darán la razón.

Son modelos de gestión, que bajo la filosofía y el prisma del ensayo y error de inicios de la República, el Estado actual, bajo la gestión del actual gobierno del Presidente Martín Torrijos Espino, valientemente innovó, muta y trasciende con resultados positivos que desde luego requieren del análisis profundo de dichas figuras, pero que sobre todo demandan la necesidad de atenderlos con una verdadera voluntad política dentro de la Administración Pública, puesto que si no se preservan como modelos, sino que se pretenda improvisar con los mismos, puede dejarse de largo cuantioso esfuerzos en procura de atender una necesidad del interés público apremiante y dar al traste su valiosa contribución en la actualidad.

La necesidad de estudiar los fideicomisos como modelos de Gestión Pública, que si bien es cierto, ésta es una figura del Derecho Privado, no es menos cierto que se aplica para el ejercicio de actividades públicas como por ejemplo El Programa de Desarrollo Comunitario para Infraestructura Pública (PRODEC).

Las Fundaciones Privadas que Administran bienes o fondos públicos las Organizaciones No Gubernamentales (ONG), que administran bienes públicos o fondos públicos; su accionar también debe ser regulado por entidades que procuren una autorregulación, pero en forma independiente, tal es el caso mediante las agencias independientes o de Tribunales Administrativos que equilibren un resultado veraz, efectivo y eficaz.

Los originales patronatos, que fueron los primeros como modelos de gestión, pero que hoy día van innovando a nuevos patrones, son figuras que van gestándose en la administración pública que evoluciona del modelo tradicional de Administración del Estado y que demandan de la necesidad de una novedosa regulación, ya sea de auto control o mediante Entes Independientes como los Tribunales Administrativos que garanticen esta efectividad cual desarrollo en su ejecución tendrá que ser atendida por la propia Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia y que de no delegárseles atendiendo a las especialidades de sus causas, ira engrosando el ritmo de procesos que esperarán de su atención y que como indicáramos, siendo innovaciones que procuran una celeridad en el método de la Administración Pública, cual requerirá de una vigorosa legislación Contenciosa Administrativa ramificada a través de diversas instancias valorativas, sean éstas a través de Tribunales Superiores, Jueces Circuitales y que mientras se atiende su transformación, demandaran la necesidad de atención a través de la propia vía administrativa previa, por organismos colegiados Tribunales Administrativos o institutos especializados, que reciban diversas denominaciones.

El efecto del accionar público mediante cualquier de estas modalidades de gestión a la larga tendrá que ser resuelto por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, puesto que en el ensayo de instaurar como mecanismo de solución del conflicto en la esfera de la jurisdicción arbitral, ésta en aquellos casos cuando se ha constituido, en su gran mayoría ha resultado en mayores costos al Erario Público y no con resultados halagadores para la Administración Pública, ya que desnaturaliza la vigorosidad de sus facultades exorbitantes de la cual goza y a la preservación del Interés Público.

Al hacer un análisis comparativo en cuanto a un procedimiento administrativo ordinario dentro de la vía administrativa, debe reflejar resultados más expeditos pero efectivos, que el proceso del Contencioso Administrativo ante

la Sala; el cual debe ser así por la magnitud de la Responsabilidad Jurídica que implica la Administración de la Justicia Jurisdiccional y sobre toda la Contenciosa.

Hoy día la Sala Tercera de la Honorable Corte Suprema de Justicia, cual luego de generarse una mayor apertura de los mercados en una era de Globalización, juega un nuevo rol muy dinámico, ya que no se trata ahora, cual antaño en décadas de un sistema económico cerrado, debe ante todo ser garantista en favor de los actores particulares que contribuyen al ejercicio de sus derechos y deberes en un entorno de apertura económica y en donde el Estado Democrático, ya no es solo un regulador de la economía, sino que en ocasiones se transforma en Actor y requiere de un tratamiento diversificado que pueden ser objeto del mismo escrutinio ante la Justicia Contenciosa Administrativa, en similar oportunidad que los que interviene en la economía, de allí la necesidad de ampliar y modernizar la Legislación Contenciosa Administrativa, pero también diversificarla o ramificarla para distribuir su ejercicio en una forma que le permita mayor dinamismo en sus resultados y concentrando cual proceso de destilación, el néctar más sensitivo en los procesos que procuren su análisis por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia. En similar comparación al pasaje bíblico del Éxodo y el Patriarca Moisés, cuando delegó en los jueces, el juzgar todas las causas más comunes en manos de éstos y reservándose la atención de aquellos asuntos más complejos para su personal análisis[32] y valoración.

Hacer un análisis retrospectivo de las actuaciones de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en la época de la Economía Cerrada versus hoy en un sistema globalizado, es un paso obligante para mesurar la necesidad de la modificación de su legislación y de la nueva organización estructural del Contencioso.

O procuramos mecanismo efectivos de regulación pública y consolidamos el ejercicio de una Jurisdicción Contenciosa Administrativa vigorosa y de avanzada o nos someteremos a los modelos tradicionales de la Administración Pública de antaño.

VI. Reflexión

Aún cuando el presente ensayo no pretende constituirse en un tema de Contrataciones Públicas, solo hemos querido evidenciar en su lector nuestra vivencia y experiencia nacional generada en torno a un nuevo esquema de procedimientos y procesos administrativos, que inspirado en los más nobles

[32] Véase el Libro del Éxodo. Capitulo 18, versículo 13 al 27.

principios procesales, entre otros, el debido proceso, economía procesal, eficiencia y efectividad jurídica; han sido la pieza clave para garantizar la celeridad procesal, dentro de un nuevo esquema que rompe paradigmas dentro de la propia administración pública la que podrá ser escrutada frente a la necesidad creciente y apremiante de una nueva Jurisdicción Contenciosa Administrativa en nuestro medio jurídico.

Enfrentar a la rígida estructura constitucional que hoy mantiene atada a la Jurisdicción Contencioso Administrativa su rol ortodoxo y sacrosanto de fiel de la balanza, necesita imperantemente ensayar nuevas fórmulas como las prenombradas dentro del presente estudio y que han sido cruciales desde su implementación de inicios del siglo XX, como gestoras del natalicio de nuestra era Republicana.

El ensayo histórico ejercido en estas incipientes instituciones jurídicas, fueron gestadas sobre el néctar del despertar de una sociedad evolutiva y de nuestra naciente república dinámica, que hoy en día no puede esperar respuestas pasivas a sus necesidades básicas, y sobre todo el de una justicia administrativa.

La valentía de impulsarlas a través de los Tribunales Administrativos o cuerpos colegiados independientes, dentro de las Agencias Reguladoras del Servicio Público, con aciertos o errores, virtudes o desméritos, nos obliga a actuar y mientras doblegamos el molde del boque de la constitucionalidad, sólo nos queda incursionarlas y esperar sus resultados; si los mismos superan las expectativas sociales y cubren nuestras necesidades jurídicas, bienvenidas sean, si no ha de ser así, siempre como en una constante histórica, sus transformaciones y mutaciones, serán la masa envolvente que la sociedad democráticamente ajustará en su correcta dimensión, que ésta nos juzgue y regule.

LA AMPLIACIÓN DE LA TUTELA CAUTELAR EN LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA PANAMEÑA

Abilio Batista Domínguez

I. Generalidades

Han pasado trece años desde que laborábamos en la Procuraduría de la Administración y nueve cuando en las Universidades de Salamanca y Castilla la Mancha, España, tratábamos de asimilar el equilibrio que debe existir entre una de las prerrogativas del acto administrativo como lo es la ejecutividad y la posibilidad que tiene el administrado de pedir protección contra el cumplimiento obligatorio del mismo, cuando considera que éste es ilegal y le produce una lesión a sus derechos.

Esta inquietud se acrecentó al tener el privilegio de recibir clases y estudiar las clásicas obras de los insignes tratadistas FERNANDO GARRIDO FALLA, JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ y EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, siendo la obra de este último: La Batalla por las Medidas Cautelares, una de las más inspiradoras para el desarrollo de este artículo, dado que las medidas cautelares en los procesos contenciosos administrativos se constituyen en una exigencia indeclinable de una tutela judicial efectiva.

Lo anterior nos incentivó a llevar cabo estudios de la jurisprudencia contencioso administrativa de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia[1], y a concluir que realmente la clásica medida cautelar reconocida en la jurisdicción contenciosa administrativa panameña, como lo es la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo, no logra proteger los derechos e intereses legítimos que puede reclamar un ciudadano en el desarrollo de un proceso en el que la Administración siempre se encontrará en una posición de ventaja.

Nos sentimos complacidos cuando en el año 2000, la Corte Suprema de Justicia de Panamá, publicó la obra "Estudios de Derecho Judicial, Claves para la Reforma de la Jurisdicción Contencioso Administrativa" con artículos de

[1] Publicaciones BATISTA DOMÍNGUEZ, A.: *Jurisprudencia Selectiva Contencioso Administrativa 2000, Recursos Contencioso Administrativos de Nulidad y Plena Jurisdicción en Acciones y Recursos Extraordinarios* 1999, *El Contencioso Administrativo de Interpretación Prejudicial en Recursos Extraordinarios y Acciones Judiciales* 2001, "El Contencioso de Interpretación Prejudicial como Mecanismo de Control de la Administración Pública Panameña", en *Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*, Monterrey, México, 2005, "La Tutela Jurisdiccional del Medio Ambiente" en Panamá y Revista de Jurisprudencia *Veteres* 2002.

connotados juristas panameños en los que se coincidía que la tutela cautelar en la jurisdicción contencioso administrativa debía ampliarse para que la misma no solo fuese objeto de aplicación en lo que se refiere a los actos objetos de suspensión provisional, sino que debería tomarse en cuenta la evolución que esta materia había tenido en el derecho comparado, sobre todo lo referente a la aplicación de medidas cautelares atípicas o innominadas.

Siguiendo ese norte, en el año 2007 tuvimos el privilegio de colaborar en una obra de Derecho Administrativo Iberoamericano[2] en el que desarrollamos el tema sobre las Perspectivas de la Jurisdicción Contencioso Administrativa Panameña, precisando siete temas en los que considerábamos debía centrarse la reforma a dicha jurisdicción[3], entre los cuales se encontraba la ampliación de las medidas cautelares, sin embargo, la anhelada reforma no se ha producido, pero sin desfallecer, y ante esta invaluable oportunidad, volvemos de manera particular, a referirnos a la necesidad de ampliar el campo cautelar en la jurisdicción contencioso administrativa con el objeto que no pierda vigencia cuando en un futuro no lejano pueda llevarse a cabo una reforma en este sentido.

Luego del desarrollo de estos antecedentes, nos abocamos al tema en estudio puntualizando que la reforma del Estado es un proceso histórico. Ello involucra cambios políticos, económicos, jurídicos, administrativos y territoriales. Durante los últimos sesenta años la Administración Pública panameña ha experimentado considerables transformaciones. De una Administración reducida se ha convertido en una organización extensa y compleja, dotada de funciones múltiples. Estas transformaciones han variado en buena medida y ha diversificado las formas jurídicas de la organización administrativa de su contenido y actividad, los fines, los derechos que las personas y los grupos sociales ostentan frente a ella y, en definitiva, el sistema de relaciones regido por el Derecho Administrativo[4].

Estas transformaciones trascienden a la jurisdicción contencioso-administrativa panameña creada en 1943, la cual se ha quedado relegada ante los cambios vertiginosos en la doctrina y el derecho comparado, lo cual sólo ha sido posible solventar en base a la jurisprudencia del tribunal que

[2] *Derecho Administrativo Iberoamericano, 100 Autores en Homenaje al Post Grado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andres Bello*, Coordinación V. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Ediciones Paredes, Tomo II, Venezuela, 2007.

[3] Nombramiento de Magistrados especialistas en Derecho Administrativo; Ampliación de las Medidas Cautelares; Legitimación; Precisión en cuanto a la jurisdicción para reclamar contra el Estado; Desconcentración de la jurisdicción contencioso administrativa; Creación de nuevas acciones y Elaboración de Normas de gestión y agilización del proceso.

[4] Exposición de Motivos de la Ley 29/1998, de 13 de julio, que regula la Jurisdicción Contencioso-Administrativa Española.

tiene adscrita dicha competencia, limitando en gran medida la tutela judicial efectiva de los administrados.

Los episodios de presunta corrupción suscitados en la Administración Pública a finales del año 2003 con su punto culminante en el 2005, cuando se produjeron acusaciones de corrupción que estremecieron al máximo órgano de justicia, llevaron al Presidente de la República a convocar a un Pacto de Estado por la Justicia, para permitir el fortalecimiento del Órgano Judicial en aras de devolver al pueblo la esperanza de una administración de justicia imparcial, honesta, pronta y gratuita.

Este compromiso fue suscrito en marzo de 2005 por el Presidente de la República, el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, de la Asamblea Nacional, los Procuradores de la Nación y de la Administración, el Defensor del Pueblo, el Presidente del Colegio Nacional de Abogados, entre cuyos objetivos principales se incluían cambios en la estructura de organización en los procedimientos y en la normativa del sistema de justicia, para lograr un Órgano Judicial transparente, imparcial, independiente, eficiente, eficaz y competente, con el establecimiento de una forma transparente de escoger a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

Una vez instalada la Comisión de Estado por la Justicia se consideró oportuno designar subcomisiones de trabajo para abordar y estudiar las dificultades y las problemáticas que presentan la diversidad de jurisdicciones y que a partir de diagnósticos, informes y propuestas ya elaboradas, presentaran las soluciones respectivas, con las modificaciones legales que requiriesen para modernizar el sistema.

Entre las subcomisiones designadas se encontraba la de Justicia Administrativa cuyo análisis y propuestas de reformas se traducen en una nueva perspectiva para la jurisdicción contencioso administrativa de nuestro país, resaltando como una de los temas primordiales la tutela cautelar el cual abordaremos en los siguientes apartados.

II. Antecedentes de la jurisdicción contencioso administrativa en Panamá

Como punto de partida para desarrollar nuestro tema principal, es necesario referirnos a la evolución de la jurisdicción contenciosa administrativa en nuestro país, tomando en cuenta las principales normas jurídicas que han regulado dicha jurisdicción.

El génesis de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa lo encontramos en el Consejo de Estado francés y la Ley que crea dicha jurisdicción el 24 de mayo de 1872, que atribuyó al Consejo de Estado la competencia de administrar justicia en nombre del pueblo francés y en forma independiente, a la cual hacen referencia los célebres fallos Blanco de 1873, donde se deducen los principios de autonomía de la jurisdicción administrativa y la independencia del derecho público, y la sentencia Cadot de 1889, que da origen a la total autonomía de esta jurisdicción que se erigió como el fundamento de la independencia del Juez Administrativo, como jurisdicción delegada del gobierno francés[5].

En América, y en especial en Panamá, la jurisdicción contencioso-administrativa, tiene sus orígenes en el Consejo de Estado Colombiano, originario del Consejo de Estado Napoleónico y Francés. Mediante Decreto del 30 de octubre de 1817, Simón Bolívar instituyó dicha Institución en Colombia, conocida con el nombre de "Consejo de Estado Provincial", constituyéndose en un ente asesor del Gobierno pero con una exigua existencia.

Esta institución se mantiene de manera sumisa en las Constituciones colombianas de 1830, 1832 y 1843, desapareciendo en las Cartas Supremas subsiguientes, es decir, en las de 1853 y 1863, para reaparecer en la Constitución de 1886, la cual se encontraba vigente al momento de nuestra separación de Colombia.

Dada la debilidad de la institución, la Constitución Política panameña de 1904 no la consagró, sin embargo, los constituyentes sentaron las bases para el desarrollo de la misma en nuestro país, ya que el artículo 35 de la Ley Fundamental estableció el principio de responsabilidad del Estado, al disponer que los particulares sólo eran responsables ante las autoridades por la infracción de la Constitución o de las leyes, mientras que los funcionarios públicos lo son por las mismas causas, por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de éstas.

Se presenta entonces el gran inconveniente que no se creó un instrumento legal para garantizar la eficacia de este principio, por lo que el Doctor JOSÉ DOLORES MOSCOTE, consciente de la importancia de un Estado de Derecho en el cual se debían proteger los intereses y derechos de los ciudadanos contra los abusos y errores cometidos por los funcionarios y entidades públicas en el ejercicio de sus funciones, erigió los fundamentos de dicha institución, específicamente en los artículos 190, 191 y 192 de la Constitución Política de 1941.

[5] PENAGOS, G.: *Derecho Administrativo, Parte General,* Ediciones Librería del Profesional, Santa Fé de Bogotá, 1994, págs. 95-105.

Para desarrollar estos principios constitucionales, se aprobó la Ley 135 de 30 de abril de 1943, Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, la cual se inspiró en el Código Contencioso Administrativo colombiano. Seguidamente esta Ley Orgánica sufrió reformas mediante la Ley 33 de 11 de septiembre de 1946, que modificó en gran parte el articulado de la Ley 135 y que desarrollaremos posteriormente según las reformas implementadas.

Con la reforma de la Constitución Política de 1946, mediante el Acto Legislativo N°2 de 24 de octubre de 1956[6], se eliminó el Tribunal Contencioso-Administrativo, instituido por la Constitución Política de 1941 y desarrollado por la Ley 135 de 1943, dándole paso a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia a quien se le asignó esta jurisdicción especial.

En ese mismo año, 1956, se dicta la Ley 47 que reforma el Título IV de la Ley 61 de 30 de septiembre de 1946, "Por la cual se aprueba el Libro Primero del Código Judicial", estableciendo las atribuciones asignadas específicamente a la Sala Tercera de lo Contencioso-administrativo, en el Parágrafo 4to., artículos 27, 28 y 29.

De igual forma, el Acto Legislativo N°2 de 1956 reformatorio de la Constitución Política de 1946, hicieron desaparecer las disposiciones del Capítulo I, Título III de la Ley 135 de 1943 reformada, que se referían a la representación del Ministerio Público por un Fiscal del Tribunal Contencioso-Administrativo que debía intervenir en todas las actuaciones contenciosas que se ventilaban en dicho Tribunal por el Procurador Auxiliar, tal y como lo estableció el artículo 15 del mencionado acto reformatorio.

Asimismo, tenemos que el artículo 5° de la Ley 59 de 30 de noviembre de 1959, autorizó al Procurador Auxiliar para intervenir en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Posteriormente, y mediante Sentencia 10 de diciembre de 1974, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucional el Capítulo I del Título IV de la Ley 33 de 1946 que regulaba el recurso de revisión, sosteniendo que el mismo como figura jurídica desempeñaba una función contralora sobre la actividad judicial, cumplida en un proceso, que se reserva en nuestro derecho a la Corte Suprema de Justicia para su conocimiento y decisión, dado su carácter especial y extraordinario. En el referido pronunciamiento, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia sostuvo que el recurso de revisión socavaba el principio de cosa juzgada respecto de sentencias que han quedado ejecutoriadas, es decir, cuando ya no son susceptibles de recurso ordinario, y en los casos que la Ley expresamente señala.

[6] Gaceta Oficial No.13,091 de 30 de octubre de 1956.

La regulación de las medidas cautelares en estos ordenamientos jurídicos lo encontramos antes de la creación del Tribunal Contencioso Administrativo en los artículos 705 y 706 del Código Administrativo, que disponían que el jefe del ejecutivo podía suspender en el ámbito municipal la ejecución de Acuerdos Municipales violatorios de la Constitución o la Ley con la condición de poner en conocimiento al Juez de Circuito respectivo para que el mismo resolviera si eran válidos o nulos.

III. Normativa vigente de la jurisdicción contencioso administrativa panameña

El artículo 206, numeral 2 de la Constitución Política vigente le atribuye el ejercicio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa a la Corte Suprema de Justicia, quien a tal fin y con la audiencia del Procurador de la Administración, podrá anular los actos acusados de ilegalidad; restablecer el derecho particular violado; estatuir nuevas disposiciones de reemplazo de las impugnadas y pronunciarse prejudicialmente acerca del sentido y alcance de un acto administrativo o de su valor legal.

En Panamá, la Corte Suprema de Justicia está compuesta por nueve (9) Magistrados que conforman el Pleno, a su vez, existen cuatro (4) Salas divididas así: Sala Primera (Civil), Sala Segunda (Penal), Sala Tercera (De lo Contencioso Administrativo y Casación Laboral) y Sala Cuarta (De Negocios Generales).

En cuanto al control constitucional, nuestro país sigue un control concentrado al atribuir al Pleno de la Corte Suprema de Justicia, de manera privativa, la competencia para conocer sobre la inconstitucionalidad de la leyes, decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos, convirtiéndose así en uno de los sistemas más concentrados, excluyentes y amplios del control de la constitucionalidad que existen en el derecho comparado[7].

Sobre la jurisdicción contencioso administrativa el artículo 97 del Código Judicial dispone que a la Sala Tercera le están atribuidos los procesos que se originen por actos, omisiones, prestaciones defectuosas o deficientes de los servidores públicos, resoluciones, órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten, expidan o en que incurran en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, los funcionarios públicos o autoridades nacionales, provinciales, municipales y de las entidades públicas autónomas o semiautónomas. Los pronunciamientos de la Sala Tercera son de única instancia, por lo que según

[7] BREWER-CARIAS, A.: "El Sistema Panameño de Control Concentrado de la Constitucionalidad, en el Derecho Comparado", *Segunda Jornada de Derecho Procesal*, Panamá, enero-febrero, 1995, pág. 2.

el artículo 207 de la Constitución Política, no son objeto de acciones de inconstitucionalidad ni de amparo de garantías constitucionales.

IV. Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso administrativa panameña

Ante una ley orgánica que data de más de sesenta años, sumado a la derogación, reforma, declaratoria de inconstitucionalidad e insubsistencia de una considerable cantidad de artículos de este cuerpo legal (aproximadamente 70 artículos vigentes de los 118 originales), la confusión que se genera entre las Leyes No. 135 de 1943 y No. 33 de 1946, al no existir un texto único, y lo desfasado de su contenido en torno a las nuevas realidades de la sociedad y administración pública, exigen una actualización que incluya una ampliación de la tutela cautelar[8].

A. Concepto

Como lo sustentara el insigne tratadista uruguayo EDUARDO COUTURE: *"en el proceso el tiempo no es oro, sino justicia";* la lentitud del proceso es uno de los vicios de la Justicia. Por más que se establezca el respeto a los derechos humanos, el reconocimiento al debido proceso y la decisión de la causa en un plazo razonable, la situación no puede ser más desalentadora, sobre todo en la jurisdicción administrativa.

Las medidas cautelares, precautorias, pretensiones cautelares, medidas provisionales o medidas asegurativas, como también se les denomina, surgen como aquellas garantías que tienen los particulares o ciudadanos para que los efectos de la sentencia se cumpla o se hagan efectivas; por ello el particular, para que no se vea burlado después de un proceso largo y difícil, en el que finalmente le son estimadas y apreciadas positivamente sus pretensiones, la ley le facilita unas medidas que debe poner en marcha a fin de asegurar los efectos de la sentencia[9].

[8] En ese sentido debe destacarse que entre los instrumentos de trabajo con los cuales contó la Subcomisión de Justicia Administrativa y que se utilizaron como insumos para la elaboración de la propuesta presentada se encuentran: el Informe de la Comisión para el análisis y elaboración de propuesta para mejorar el sistema judicial y en particular la Administración de Justicia (1999); Claves para la Reforma de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (2000), compendio de estudios de autores nacionales y extranjeros sobre el tema; el Informe del Consejo Judicial, Plan de Acción para la Agilización de la Justicia (2002). En el derecho comparado se estudiaron las leyes de la jurisdicción contencioso administrativa de España, Colombia y Costa Rica. Así mismo, se tuvo acceso al Código Procesal Administrativo Modelo para Iberoamérica elaborado por el connotado tratadista español J. GONZÁLEZ PÉREZ.

[9] CAMPO CABAL, J. M.: *Medidas Cautelares en el Contencioso Administrativo,* Editorial Temis, Colombia, 1989, pág. 5.

Por ello, las medidas cautelares son aquellas resoluciones sumarias cuya función consiste en garantizar la eficacia o efectividad práctica de la sentencia de mérito, caracterizadas por su instrumentalidad en relación con el proceso principal y efectos provisionales, adoptadas en virtud de una cognición sumaria urgente, los presupuestos de su concesión son: el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*[10].

Como fundamento en la doctrina más autorizada, podemos señalar que las medidas cautelares surgen en el proceso contencioso administrativo como un elemento esencial que permite garantizar la tutela jurisdiccional efectiva constituyéndose en una potestad –en Panamá– que tiene la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia para cautelar antes de la decisión o sentencia de fondo, con el objeto de conservar las condiciones reales necesarias para la emisión y ejecución de la resolución final.

B. Fundamento constitucional de las medidas cautelares

El derecho a la tutela judicial efectiva es definido por el profesor JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ como el derecho de toda persona a que se le haga justicia; a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con unas garantías mínimas[11].

El fundamento constitucional de las medidas cautelares en la legislación extranjera se ubica en la tutela judicial, lo que viene a significar, que la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso, pues es ésta la razón de ser de la institución cautelar: evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede desprovisto de eficacia por la conservación o consolidación irreversible de situaciones contrarias al derecho o interés reconocido por el órgano jurisdiccional en su momento[12].

La razón de ser de la justicia cautelar se halla, en el proceso en general, en la necesidad de equilibrar el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial con la necesidad, inherente a la finalidad del proceso como institución, de asegurar desde el primer momento el resultado final del proceso, es decir, la posibilidad de la resolución definitiva que le ponga fin[13].

[10] JINESTA LOBO, E.: *La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso administrativo*, Ediciones Colegio de Abogados de Costa Rica, San José, 1996, pág.156.
[11] GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *El derecho a la tutela jurisdiccional,* Madrid, Editorial Civitas, 2001, pág. 33.
[12] DEL GUAYO, I.: *Las medidas cautelares en la vía contencioso administrativa,* Ponencia dictada en la República de Panamá, 2001.
[13] RUIZ PIÑEIRO, F. L.: *Las medidas cautelares en la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la jurisdicción contencioso-Administrativa, análisis doctrinal y jurisprudencial,* Editorial Arazandi, Navarra. 2001, pág.22.

Sobre la base de lo anterior es que se sostiene que las medidas cautelares constituyen una garantía para los administrados cuya finalidad es la de asegurar los efectos de la sentencia al momento que la misma se emita, en vista del lapso de tiempo que dura el proceso en la jurisdicción contencioso administrativa y la prerrogativa de que gozan los actos administrativos, es decir la ejecutoriedad. Por lo tanto, el fundamento de las medidas cautelares en general es la garantía de la efectividad de la sentencia, por lo que la tutela jurisdiccional no será efectiva si, al pronunciarse la sentencia, resulta difícil o prácticamente imposible la satisfacción de la pretensión[14].

En nuestra Constitución Política no existe una norma que de manera explícita se refiera al derecho de los administrados para la adopción de medidas cautelares, sin embargo, ello no ha sido óbice para que la Corte Suprema de Justicia la haya reconocido en el contenido de la garantía del debido proceso, específicamente en lo que a la tutela judicial efectiva respecta.

En nuestra opinión el fundamento de la tutela judicial efectiva en materia cautelar lo encontramos en los artículos 17 y 32 de la Constitución política. Así, respecto a la primera norma, antes de la reforma de 2004, la jurisprudencia nacional en materia de constitucionalidad sostuvo el criterio de que se trata de una norma de carácter programática, sin embargo, también apuntó que la misma se encarga de establecer en términos muy generales, la función de las autoridades públicas, como una forma de declarar constitucionalmente el principio de limitación jurídica de la voluntad del Estado, expresada a través del ejercicio del poder público, frente al conjunto de derechos y deberes de los particulares, creado un equilibrio entre gobernante y gobernados. Esas limitaciones que se constituyen en verdaderos derechos subjetivos consagrados en los artículos subsiguientes que deben reconocerse y hacerse efectivos en la práctica, se logran a través del control jurisdiccional de los mismos mediante los mecanismos de control creados para tal fin.

Por lo tanto, podemos señalar que el artículo 17 de la Constitución ha sido instituido precisamente, para asegurar la efectividad de los derechos y garantías individuales, imponiéndoles a las autoridades públicas el deber de hacerlas efectivas en la práctica.

En tanto que el artículo 32 de nuestra Constitución Política consagra la garantía del debido proceso que se erige como la institución garantizadora de los derechos fundamentales, la cual se ha mantenido de manera incólume en las Constituciones que han regido en nuestro país y la misma se define como “una institución instrumental en virtud de la cual debe asegurarse a las partes en todo proceso –legalmente establecido y que se desarrolle

[14] J. GONZÁLEZ PÉREZ. Op. Cit., pág. 369.

sin dilaciones injustificadas– oportunidad razonable de ser oídas por un tribunal competente, predeterminado por la ley, independiente e imparcial, de pronunciarse respecto de las pretensiones y manifestaciones de la parte contraria, de aportar pruebas lícitas relacionadas con el objeto del proceso y de contradecir las aportadas por el contraparte, de hacer uso de los medios de impugnación consagrados por ley contra resoluciones judiciales motivadas y conformes a derecho, de tal manera que las personas puedan defender efectivamente sus derechos[15]".

La jurisprudencia reiterada del Pleno de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que nuestra Constitución no consagra de manera expresa la tutela judicial pero que dentro de la garantía constitucional del debido proceso se incluye el derecho de las personas para acudir a los tribunales de justicia, a fin de lograr la tutela de sus derechos, para lo cual se ha asistido de la doctrina y jurisprudencia de autores y tribunales de justicia españoles[16].

La palabra tutela, del latín ídem, nos da la idea de cuidado, protección, amparo, y ella en su concreción importa una proyección en tal dirección[17]. De manera más precisa y referido al tema desarrollado, podemos señalar que tutela es la finalidad u objetivo que persigue el particular mediante el ejercicio de su acción procesal, y cuando dicha tutela es judicial quiere significar que es otorgada por el órgano jurisdiccional. Por lo tanto, la tutela judicial requiere siempre el previo ejercicio de la acción procesal, como requerimiento de tutela que hace posible el inicio y prosecución de un proceso que declare el derecho de las partes en el caso concreto. Esta acción procesal le debe ser garantizada al ciudadano por la organización estatal, desde el mismo instante en que se ha producido la autotutela mediante su acción directa[18].

En este sentido, nuestro máximo tribunal ha puntualizado que el contenido esencial del debido proceso se integra con los derechos a obtener la tutela jurisdiccional, de ser juzgado por tribunal competente independiente e imparcial preestablecido en la ley, permitir la bilateralidad y contradicción, aportar pruebas en su descargo, obtener una sentencia de fondo que satisfaga las pretensiones u oposiciones, utilizar los medios de impugnación legalmente establecidos, y que se ejecute la decisión jurisdiccional proferida cuando ésta se encuentre ejecutoriada, y también que los derechos reclamados puedan, en el momento de dictarse la sentencia, ser efectivos.

[15] HOYOS, A.: *El debido proceso,* Editorial Temis, S. A.. Santa Fé de Bogotá-Colombia, 1996, pág. 54.

[16] Sentencias del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 29 de octubre de 1992, 13 de septiembre de 1996,18 de junio de 1999, 13 de septiembre de 2001, y 13 de diciembre de 2001.

[17] *Enciclopedia jurídica Omeba,* Tomo XXVI, Editorial Driskill S.A. Argentina, 1986, pág. 476.

[18] CAROCCA PÉREZ, A.: *Garantía constitucional de la defensa procesal*, Editorial Bosch, Barcelona, 1998, pág. 110.

Para fundamentar estos planteamientos se ha utilizado la doctrina y jurisprudencia constitucional española, la cual se manera detallada se ha referido a la tutela judicial efectiva y específicamente en la que se refiere a la tutela cautelar de la manera siguiente:

> ...la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la futura resolución definitiva que recaiga en el proceso, sin que ni la autoridad jurisdiccional o el legislador puedan eliminar dicha tutela cautelar, que, con respecto al sujeto pasivo de la misma, bien puede ser decretada inoída parte, siempre que el ordenamiento jurídico tenga prevista la impugnación del afectado por la medida cautelar de que se trate, que, no obstante, en su dictación ha de respetar el principio de proporcionalidad y razonabilidad para la consecución de la finalidad propuesta. Como ha dicho en Tribunal Constitucional español (sentencia 218 de 1994) "la finalidad constitucionalmente protegida de las medidas cautelares no es otra, como ya se ha dicho, que la de asegurar la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial relativo precisamente a los derechos e intereses legítimos llevados ante jueces y tribunales en el proceso principal en el que se resuelve la cuestión de fondo. El artículo 24.1 CE exige que la tutela judicial sea efectiva y para ello debe evitarse que "un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede (contra lo dispuesto en el artículo 24.1 CE) desprovisto de eficacia por la conservación o consolidación irreversible de situaciones contrarias al derecho o interés reconocido por el órgano judicial en su momento (STC 238/1992) (véase RUBIO LLORENTE, F.: *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales*, Editorial Ariel, 1995, pág. 270)[19].

La potestad de los titulares del poder jurisdiccional de adoptar medidas cautelares responde a la necesidad de asegurar la efectividad de la futura sentencia evitando de esta manera que un pronunciamiento a favor del pretensor a fin de que al concluir el proceso la misma no quede desprovista de eficacia.

Se comprende fácilmente que el único instrumento hábil para hacer "efectiva" la justicia en una situación de este carácter –larguísimos plazos temporales para la justicia definitiva–, que puede proyectar hacia un futuro virtualmente ilimitado la solución definitiva de los procesos, el único instrumento hábil es este de la justicia provisional que las medidas cautelares hacen posible[20].

Por lo tanto se requiere la medida cautelar para evitar la frustración practica del proceso, amenazado con larguísimos términos en su resolución.

[19] Pleno de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 20 de enero de 1999.
[20] GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La batalla por las medidas cautelares***,** Monografías Civitas, Segunda Edición Ampliada, España, 1995, pág. 213.

V. La clásica suspensión provisional de los efectos del acto administrativo

Desde sus orígenes, la jurisdicción contencioso-administrativa panameña solo ha admitido una medida cautelar: la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo en relación al cual se incoa el proceso, cuyos requisitos de viabilidad son disímiles en la jurisprudencia nacional.

La potestad jurisdiccional de suspensión, como todas las medidas cautelares, responde así a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano jurisdiccional; esto es, de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede desprovisto de eficacia por la conservación o consolidación irreversible de situaciones contrarias al derecho o interés reconocido por el órgano jurisdiccional en su momento[21].

Tenemos entonces que la suspensión provisional en nuestro país, es aquella medida cautelar por medio de la cual la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, a petición de parte interesada, luego de un análisis que no conlleva en prejuzgamiento de la cuestión de fondo, de la prueba preconstituída, frente a la violación manifiesta u ostensible de las disposiciones que se dicen infringidas y ante un evidente perjuicio de difícil o imposible reparación que el mismo acarrea, suspende los efectos que genera un acto administrativo hasta que se decida el proceso en el fondo y se dicte la resolución respectiva.

A. Características de la suspensión provisional del acto administrativo

Las principales características de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo en la jurisdicción contencioso administrativa panameña son las siguientes:

1. Discrecionalidad

La concepción de la suspensión como acto discrecional implica, por lo demás, la idea de excepcionalidad en su otorgamiento y, por tanto, en la apreciación de los supuestos de daños irreparables, de modo que, por esta vía, la suspensión casi se convirtió en una institución irreal, olvidada en la práctica, o solicitada sin convicción ni esperanza[22].

[21] RUIZ PIÑEIRO, pág. 28.
[22] GARRIDO FALLA, F. y FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M.: *Régimen jurídico y procedimiento de las administraciones públicas, Un estudio de las Leyes 30/1992 y 4/1999,* Editorial Civitas, España, 2000, pág. 167.

El artículo 73 de la ley 135 de 1943, dispone que la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia *podrá* suspender los efectos de un acto, resolución o disposición, *si a su juicio*, ello es necesario para evitar un perjuicio notoriamente grave.

Esta es una característica propia de la medida cautelar reconocida en la normativa contenciosa administrativa panameña, y que es utilizada comúnmente por la Sala Tercera al momento de rechazar la medida cautelar de suspensión provisional, estableciendo que la misma es una potestad discrecional conferida a ese tribunal siempre y cuando el acto acusado no se encuentre recogido en alguno de los supuestos previstos en el artículo 74 de la Ley 135 de 1943, ha sido criticado por nuestro profesor EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, quien señala que en la práctica casi general de las Salas de lo Contencioso –España– al resolver los incidentes de suspensión ha venido siendo, si no ya la de utilizar impresos, sí la de no pasar de las fórmulas generales inespecíficas. Priva en nuestra práctica judicial considerar el otorgamiento de una medida cautelar como una *facultad enteramente discrecional del juez*, a resolver según una cierta intuición inobjetable más que conforme a reglas jurídicas objetivas. La motivación de otorgamiento o de denegación (éstas mucho más frecuentes, según es manifiesto) carece ordinariamente del menor desarrollo, incluso de cualquier consistencia[23].

En base a este razonamiento y del análisis que hemos realizado a la jurisprudencia en materia cautelar, consideramos que la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia no debe limitarse al momento de negar la solicitud de suspensión, sustentarse en la teoría general sobre la eficacia de los actos administrativos, es preciso motivar de manera clara por qué la solicitud cautelar planteada no puede ser reconocida, a fin que el afectado con un acto que se encuentra surtiendo efectos se le brinde una justificación racional del porqué no puede ser suspendido.

Otro aspecto relacionado con esta característica es aquella referida a la práctica de la Sala Tercera en el sentido de señalar que, ante la solicitud de concesión o levantamiento de una medida cautelar en casos complejos, en base a consideraciones de prudencia, se abstenga de pronunciarse sobre tal medida, ya que si uno de los requisitos para la emisión de una medida cautelar es la de aportar las pruebas que apoyen la pretensión cautelar y que la misma no puede considerarse como un pronunciamiento anticipado del fondo de la controversia, no vemos por qué el tribunal no puede llevar a cabo un análisis sobre la procedencia o no de la medida cautelar o de su levantamiento, pues la causación de un perjuicio a los intereses de la administración pública o de un tercero, únicamente puede enervarle al administrado, la posibilidad de obtener

[23] GARCÍA DE ENTERRÍA, pág. 172

una medida cautelar cuando sea cuantitativa y cualitativamente mayor al daño que puede sufrir el último como consecuencia de su no adopción[24].

A juicio de nuestro recordado profesor JULIO RODOLFO COMADIRA, la procedencia de una medida cautelar contra la Administración Pública debería, en general, hacer mérito de los siguientes elementos: la índole del interés público comprometido en la actuación administrativa y la gravedad de su afectación; la verosimilitud del derecho invocado y su incidencia en la presunción de legitimidad del accionar administrativo y la gravedad del perjuicio implicado en la demora[25].

2. Urgencia

La urgencia es un concepto que presupone dos exigencias fundamentales: evitar la causación de un daño o perjuicio, y para lograr tal objetivo se derogan una serie de reglas generales.

En virtud de las exigencias de la sociedad contemporánea, la tutela judicial deberá ser rápida para que sea efectiva, esto es el factor de tiempo es un elemento determinante para garantizar y realizar el acceso a la justicia[26], lo que se ve caracterizado por que las medidas cautelares –suspensión provisional– sean dictadas inaudita alterna parte, cuando esta exista en el proceso contencioso administrativo.

Sobre esta característica, el Tribunal Contencioso Administrativo ha sostenido que según el artículo 73 de la Ley 135 de 1943 debe probarse la necesidad urgente de acceder a la suspensión provisional que se solicita, siendo que esta medida está condicionada a que la parte demandante acredite sumariamente perjuicios graves a su patrimonio, o para evitar una flagrante violación al orden legal[27].

Esta característica está íntimamente ligada con uno de los presupuestos esenciales de las medidas cautelares como lo es el *periculum in mora* dada la urgencia de evitar perjuicios graves, sin embargo al momento decretar una medida de esta naturaleza se deben ponderar también los intereses de la Administración Pública y de los terceros .

[24] PROTO PISAN, V.: *I provvedimenti e i procedimenti cautelarn in generale,* pág. 322. Citado por JINESTA LOBO, E.: *La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso administrativo,* Colegio de Abogados de Costa Rica, 1996, pág. 138.
[25] COMADIRA, J. R.: *Procedimientos administrativos, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos; anotada y comentada***,** Tomo I, Editorial la ley, Buenos Aires, 2003, pág. 246.
[26] JINESTA LOBO, pág. 118.
[27] Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, resolución de 14 de octubre de 1999, R.J. Octubre 1999, pág. 222.

3. Provisionalidad

Quiere decir que no son indefinidas en el tiempo, sino hasta que se cumpla la función de aseguramiento. La íntima relación que guarda la provisionalidad e instrumentalidad, hace que muchos autores opten por analizarlas en su conjunto. Así nuestro maestro y excompañero de labores, Doctor Jorge Isaac Iglesias, (Q.e.p.d.) nos enseñaba que la doctrina generalizada coincidía en que dos características genéricas surgen del concepto como del objeto de la materia cautelar. En primer lugar la instrumentalidad o accesoriedad, en razón de que la tutela que auspicia la materia cautelar no necesariamente aspira a transformarse en definitiva, sino que se halla vinculada a un proceso en el cual la dictación de la de la decisión de mérito está diferida, y en virtud de su retardo puede eventualmente ocasionarse perjuicio. En segundo lugar la provisionalidad, en función de que la tutela cautelar intenta evitar perjuicios derivados del proceso, lo que hace que ella exista mientras persistan las condiciones que la provocaron[28].

Tenemos entonces que la medida cautelar es provisional ya que se agota en el momento de dictarse la sentencia de fondo. Por lo tanto, una vez que la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia dicta la sentencia en la que se resuelve una pretensión contencioso administrativa, en la que previamente se ha dictado la suspensión provisional del acto, la misma desaparece, pero si en la decisión de fondo se declara el derecho demandado, la medida cautelar debe ceder a los efectos definitivos.

Estas son las principales características que posee la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto administrativo en Panamá, pero no son las únicas, ya que se podría agregar que la misma se dicta inoída parte, que es una cuestión de previo y especial pronunciamiento, que se establece a instancia de parte, que no requiere caución y que el Auto que resuelve la petición de suspensión provisional es irrecurrible y que sólo podría ser modificada por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en la medida que se modifiquen significativamente las circunstancias que la hicieran o no viable.

B. Presupuestos procesales de la suspensión

La emisión de una medida cautelar debe ir presidida de los presupuestos cuya verificación debe realizar el Tribunal, es decir la probable existencia del derecho y la existencia de un peligro para la satisfacción, presupuestos que deben concurrir de manera armónica.

[28] IGLESIAS, J. I.: *Las medidas cautelares: la llamada prohibición de innovar*, Registro Judicial, Octubre de 1990, pág. 1.

Los presupuestos o condiciones para conceder la medida cautelar de suspensión del acto administrativo según la Ley 135 de 1943 y la interpretación de la Sala Tercera, son la demostración de un grado más o menos variable de verosimilitud del derecho invocado, o el humo del buen derecho" del derecho Romano *(fumus boni iuris*), y del peligro en la demora (*periculum in mora*) que puede aparejar el lento tránsito de la causa hacia la sentencia definitiva, pues mientras se produce la prueba terminante de aquél podrían desaparecer las cosas que interesan a la litis[29].

1. Fumus boni iuris (Apariencia de buen Derecho)

La Sala Tercera, con la finalidad de evitar la ilusoriedad del proceso y de brindar una solución no sólo eficaz sino lo más ajustada a derecho, debe examinar si al demandante le asiste una figura conocida doctrinalmente como el "*fumus boni iuris*", es decir, la existencia probable del derecho reclamado o la apariencia del buen derecho. Con ello se pretende determinar si de un examen preliminar del acto controvertido se advierte de manera ostensible su ilegalidad, o al menos una apariencia de ilegalidad que amerite la adopción de la medida cautelar de suspensión, puesto que los actos administrativos individuales una vez queden en firme en la vía gubernativa, adquieren la presunción de validez, son obligatorios y deben ser puestos en ejecución de inmediato.

En base a lo anterior, esa corporación de justicia ha manifestado que para que proceda la solicitud de una medida cautelar es necesario que exista una violación ostensible o manifiesta del ordenamiento jurídico, concretamente, de los preceptos que se citan como violados[30].

La doctrina sostiene que las medidas cautelares no exigen un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido sino sólo en grado de una aceptable verosimilitud, como la probabilidad de que éste exista y no como una incuestionable realidad que sólo logrará al agotarse el trámite, si bien aquella debe resultar de los elementos incorporados al proceso que objetivamente y, prima facie, lo demuestran[31].

Por lo tanto, el fumus boni iuris exige la presunción grave del derecho que se reclama por la parte que tiene la razón.

En este sentido, tenemos que la indagación del fumus boni iuris se reduce a un juicio o calculo de probabilidad y verosimilitud sobre la existencia de la

[29] KIELMANOVICH, J. L.: *Medidas cautelares,* Editores Rubianzal-Culzoni, Argentina, 2000, pág. 415.
[30] Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Autos de 24 y 25 de mayo de 2000.
[31] KIELMANOVICH, pág. 416.

situación jurídica tutelada, razón por la que no prejuzga el merito del asunto, y se afirma esto último porque bien puede suceder que el estudio de fondo destruya la apariencia, en cuyo caso la sentencia final deberá desestimar las pretensiones aducidas[32].

Por lo tanto, podemos decir que existe consenso generalizado en torno a que la apariencia de buen derecho o verosimilitud del mismo, han de ser justificadas ante el juez, de modo sumario –y no pleno–[33]. El *fumus boni iuris* puede inferirse del fundamento y seriedad de los cargos planteados por el solicitante de los cuales se observe sin mayor análisis la ilegalidad del mismo, pues de lo contrario podría incurrirse en yerros analizando el fondo del asunto.

El profesor Eduardo García de Enterría advierte que debe dejarse claro que pese a que haya una apariencia de buen derecho no supone prejuzgar el fondo, porque puede ocurrir que el estudio de fondo destruya esa apariencia, en cuyo caso la sentencia que se dicte deberá desestimar las pretensiones de los que aquí aparecen como apelantes[34].

En conclusión, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia debe establecer la suspensión provisional de los efectos del acto, sin prejuzgar lo que resulte del proceso principal, lo cual permite aliviar la posición del administrado mientras se tramita el proceso, repartiendo así equitativamente entre la Administración y el Administrado la carga de la lentitud de la justicia.

2. Periculum in mora

Es presupuesto de toda medida cautelar el *periculum in mora*, que consiste en el temor fundado que la situación jurídica subjetiva resulte dañada o perjudicada grave o irreparablemente durante el transcurso del tiempo necesario para emitirse la sentencia.

El perjuicio grave e inminente exige que el solicitante acredite el *periculum in mora* hasta lograr un grado de certeza razonable acerca de la amenaza inminente de un daño a la situación jurídica sustancial de la que probablemente es titular.

En el periculum no deja de existir una labor subjetiva del juez al apreciar prudencialmente el grado de temor, pero debe tratarse de un juicio objetivo y razonable. La doctrina identifica dos tipos de *periculum in mora:*

[32] JINESTA LOBO**,** pág. 140.
[33] GREIF, J.: *Las medidas cautelares en América*, Col. Autores, Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina, 2002, pág. 60.
[34] GARCÍA DE ENTERRÍA, pág.187

Peligro por la infructuosidad o inutilidad de la sentencia de cognición plena: se produce cuando durante el desarrollo del proceso, se pueden verificar hechos que hacen imposible, o de cualquier modo, extremadamente difícil la efectividad concreta de la futura sentencia principal. En este supuesto lo urgente es asegurar preventivamente los medios idóneos para hacer que la sentencia, cuando sea dictada, sea en la praxis útil y eficaz, esto es, fructífera.

En este caso el *periculum in mora* se combate mediante la congelación o cristalización de la situación de hecho o de derecho, durante el tiempo necesario que se dicte la sentencia.

Peligro de la tardanza o retardo de la sentencia de mérito: se verifica cuando la mera duración del proceso, con la prolongación del estado de insatisfacción del derecho del actor, puede perjudicado; es decir el peligro reside en la satisfacción tardía de la situación jurídica sustancial.

La diferencia entre estos dos tipos de *periculum in mora*, radica en la siguiente: la mora del proceso puede constituir, en el peligro de infructuosidad, causa mediata o indirecta del daño, en tanto que en el peligro por la tardanza, la mora puede ser la causa directa e inmediata del perjuicio[35].

El Tribunal Contencioso Administrativo ha sostenido que cuando se solicita la suspensión provisional de un acto administrativo no basta con enunciar que se puede sufrir un perjuicio notoriamente grave. Es imprescindible que el petente detalle en forma sistemática y específica en qué consisten o pueden consistir los perjuicios, acompañando incluso pruebas fehacientes que demuestren la gravedad del daño alegado[36].

Al daño que puede ocasionar para el demandante por la duración del proceso se contrapone el perjuicio que se puede ocasionar a la administración como a los terceros, por lo tanto al momento de adoptar una medida cautelar deben ponderarse los intereses del recurrente con los intereses público y de terceros, denominado por la doctrina como el "perjuicio bilateral alternativo[37]. Si, por no adoptarse una medida cautelar, al llegar la sentencia la situación contraria el ordenamiento jurídico que se pretendía remediar en el proceso es irreversible, se habrá lesionado el derecho a la tutela judicial[38].

[35] JINESTA LOBO**,** pág. 134
[36] Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Autos de 13 de julio de 2001 y 24 de noviembre de 2000.
[37] JINESTA LOBO**,** pág. 134.
[38] GONZÁLEZ PÉREZ, pág. 369.

3. Prueba preconstituida

Quien solicita la medida cautelar de suspensión provisional debe explicar en qué consiste el daño que puede causar el acto impugnado, exponiendo de manera detallada porque dicho perjuicio es de difícil o imposible reparación, aportando además pruebas que demuestren el referido daño. Por lo tanto, no basta con señalar en qué consiste el daño que le puede causar el acto impugnado, si no constan en el expediente pruebas que demuestren el perjuicio notoriamente grave, y de difícil e imposible reparación que conlleva la ejecución del acto acusado, siendo entonces necesario, que el peticionario de la cautela aporte las pruebas que a primera vista o prima facie lleven al juez al convencimiento de que, de no discutirse esa apariencia inicial, el demandante tiene toda la razón[39].

Por prueba preconstituida se entiende como aquella que una persona se ha suministrado, con su derecho, antes del nacimiento de todo litigio[40], y se denomina preconstituida por constituirse o crearse antes del conflicto jurisdiccional, como probanza preparatoria de los hechos o derechos[41]. Por lo anterior, resulta de importancia capital aportar la prueba preconstituida del daño que se sostiene se sufrirá si se ejecuta el acto impugnado.

Tenemos entonces que el Tribunal Colegiado en jurisprudencia constante ha sostenido que es imprescindible que el perjuicio alegado, que según se causa con la ejecución del acto acusado de ilegal, debe ser notoriamente grave y de imposible reparación y además debe ser probado por el recurrente. Lo anterior se traduce en que los hechos alegados como motivo de la solicitud de suspensión provisional deben estar acompañados de prueba indiciaria que ilustren a la Sala Tercera para que acceda a la medida cautelar solicitada.

C. Procesos contencioso-administrativos en los que es viable la suspensión provisional

Según el artículo 203 numeral 2 de la Constitución Política, la Corte Suprema de Justicia, Sala Tercera, tiene entre sus atribuciones constitucionales y legales, la jurisdicción contencioso administrativa respecto de los actos, omisiones, prestación defectuosa o deficiente de los servicios públicos, resoluciones, ordenes o disposiciones que ejecuten, adopten, expidan o en que incurran en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas los funcionarios públicos y autoridades nacionales, provinciales, municipales y de las entidades

[39] CAMPO CABAL, pág. 16.
[40] CAPITANT, H.: *Vocabulario Jurídico*, Editorial Temis, Colombia, 1995, pág. 707.
[41] CABANELLAS, G.: *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Editorial Heliasta, Argentina, T. VI, 23 Edición, Argentina, pág. 503.

públicas autónomas o semiautónomas. A tal fin, la Corte Suprema de Justicia con audiencia del Procurador de la Administración, *podrá anular los actos acusados de ilegalidad; restablecer el derecho particular violado, estatuir nuevas disposiciones en reemplazo de las impugnadas y pronunciarse perjudicialmente acerca del sentido y alcance de un acto administrativo o de su valor legal.*

En desarrollo de este precepto constitucional se tiene que el artículo 97 del Código Judicial reconoce a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en sus distintos numerales, la competencia para conocer de las acciones de plena jurisdicción, nulidad, interpretación prejudicial, apreciación de validez y contencioso de protección de derechos humanos.

1. Acción de Plena Jurisdicción

El profesor JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ, sostiene que el recurso Contencioso Administrativo de Plena Jurisdicción es aquel en el que se solicita del órgano jurisdiccional no solo la anulación del acto, sino el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma[42].

Básicamente la acción contencioso administrativa de plena jurisdicción es la que puede ejercerse cuando se estiman violados derechos subjetivos o particulares y, por tanto, se solicita al tribunal competente la declaratoria de nulidad del acto administrativo por ilegal; además de la reparación del respectivo derecho particular lesionado.

No obstante, la doctrina moderna al igual que la jurisprudencia han reconocido que los derechos difusos pueden ser reclamados por medio de una demanda contencioso-administrativa de plena jurisdicción, definiéndolos la Sala Tercera como aquellos en los cuales existe una indeterminación en sus titulares, dado su carácter supra-individual, una indivisibilidad del bien jurídico sobre el cual recaen y una ausencia de relación jurídica entre sus titulares[43].

En conclusión, la acción de plena jurisdicción se basa en el quebrantamiento de una norma, la cual ampara una situación jurídica subjetiva y su finalidad es el restablecimiento del derecho violado, reparando el daño ya causado o precaviendo un principio eventual[44].

[42] González Pérez, J.: *Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano*, Colombia, Editorial Temis, 1985, pág. 159.
[43] Corte Suprema de Justicia, Sala Tercera. Auto del 12 de marzo de 1993.
[44] Corte Suprema de Justicia, Sala Tercera. Resolución de 22 de febrero de 1973, R.J., febrero 1973, pág. 278.

Es en la presentación de acciones de plena jurisdicción en donde con mayor frecuencia se presenta la solicitud del reconocimiento de la medida cautelar de suspensión provisional dado que con esta acción se pretende el restablecimiento de un derecho subjetivo.

2. Acción de nulidad

La acción de nulidad, contencioso de nulidad, contencioso objetivo, contencioso popular de anulación o recurso de poder como lo define la doctrina es simplemente aquella donde se solicita del órgano jurisdiccional la anulación del acto administrativo. Tal como lo destaca el profesor GONZÁLEZ PÉREZ, por medio de este recurso no se pide el reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas, sino únicamente la anulación –no la reforma– del acto que se impugna[45].

Es importante tener presente que, a través de la acción contencioso administrativa de nulidad, se demandan los actos que crean situaciones generales e impersonales y objetivas, es decir, actos administrativos que afectan a la colectividad.

Desde 1965 la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia había sostenido que la cesación temporal de los efectos del acto administrativo sólo procedía en las acciones de plena jurisdicción; no obstante, dicho tribunal varió dicha postura mediante autos de 2 de enero de 1991 y de 15 de enero de 1992, en la que suspendió actos administrativos de contenido general demandados a través de acciones de nulidad.

Sumado a lo anterior, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, dando mayor amplitud a la suspensión de actos administrativos demandados a través de la acción de nulidad, ha sostenido que el artículo 73 de la Ley 135 de administrativo 1943 que reconoce dicha medida cautelar en los procesos contencioso administrativos debe interpretarse en armonía con la Constitución en seguimiento del principio de que todo el ordenamiento jurídico debe interpretarse de conformidad con aquella y particularmente con el artículo 2 constitucional, prevé el principio de separación de poderes[46].

En conclusión, la suspensión en estos procesos de nulidad procede si el peticionario prueba a la Sala Tercera que con el acto administrativo se pueden producir perjuicios notoriamente graves y de difícil o imposible reparación, si el acto administrativo infringe palmariamente el principio de separación

[45] Ibídem. GONZÁLEZ PÉREZ, pág. 157.

[46] Hoyos, A.: *Justicia, Democracia y Estado de Derecho*. Serie, Ensayo y Monografías Judicial, Panamá, 1996, pag. 44.

de poderes o si puede implicar un perjuicio a la integridad del ordenamiento jurídico por violarse en forma ostensible una norma jurídica de rango superior.

3. El Contencioso de protección de los Derechos Humanos

La Ley 19 de 9 de julio de 1991 (actual numeral 15 del artículo 97 del Código Judicial) fijó como atribución de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, el conocimiento del proceso de protección de los derechos humanos mediante el cual ésta podrá anular actos administrativos expedidos por autoridades nacionales y restablecer o reparar el derecho violado cuando mediante dichos actos administrativos se violen derechos humanos justiciables previstos en las leyes de la República, incluso aquellas que aprueban convenios internacionales sobre derechos humanos para lo cual no se requiere que el agraviado agote previamente la vía gubernativa.

Lamentablemente el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa a través de esta acción y por lo tanto, la aplicación de medidas cautelares, ha sido muy limitada, pues se ha sostenido que la misma solo protege derechos humanos justiciables, es decir, aquellos de carácter civil y político (las libertades de asociación, expresión y reunión, la libertad y secreto de la correspondencia, el derecho a la intimidad, la libertad religiosa y la de residencia, el derecho de propiedad) ya que como regla general los derechos económicos, sociales y culturales son derechos-programa que sólo obligan a los gobiernos a crear condiciones sociales y económicas favorables para el progreso de aquellos[47].

Tenemos entonces que son estas tres acciones contenciosas administrativas en las que según nuestra opinión cabe en la actualidad la aplicación de la medida cautelar de la medida cautelar de suspensión provisional.

D. Proceso contencioso-administrativo en el que no es viable la suspensión provisional

A continuación nos referimos al proceso contencioso administrativo en el que no es viable la cesación provisional de los efectos del acto administrativo, siendo este, el Contencioso de Interpretación Prejudicial.

1. Contencioso de interpretación prejudicial

El profesor OLMEDO SANJUR puntualiza que el contencioso de interpretación es una vía jurídica a través de la cual una autoridad encargada de aplicar un

[47] HOYOS, A.: *Justicia contencioso-administrativa y Derechos Humanos*, Instituto Panameño de Derecho Procesal, Litho Impresora Panamá, Panamá 1991, Pág.31.

acto administrativo de sentido oscuro o ambiguo, solicita a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia que fije la recta de interpretación del acto, explicando a la Sala las dificultades de interpretación que el acto plantea[48].

Por su parte, RAFAEL ENTRENA CUESTA, define el contencioso administrativo de interpretación como la vía jurídica que permite obtener de un tribunal competente para ejercer la jurisdicción contencioso-administrativa, la recta interpretación de un acto administrativo, que constituye parte importante o central para decidir un negocio jurídico que se ventila ante un tribunal judicial.[49]

En este mismo sentido, RAFAEL BIELSA, en su Tratado de Derecho Administrativo considera que el contencioso de interpretación lo constituye el conjunto de reglas mediante las cuales se puede solicitar y obtener de la autoridad competente, la interpretación de actos administrativos.[50]

En tanto, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en resolución de 3 de agosto de 1993, sostuvo que el proceso contencioso de interpretación, es la vía jurídica incoada para que la Sala Tercera se pronuncie en cuanto a la recta interpretación de un acto administrativo, que constituye la base para decidir un negocio jurídico que se ventila. La interpretación implica, por tanto, un asunto prejudicial, en el cual se pretende deslindar el sentido, el verdadero significado y alcance de ese acto administrativo[51].

De los conceptos que nos brindan los citados autores y la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, podemos definir el contencioso de interpretación, como una vía o mecanismo jurídico por medio del cual la autoridad que administra justicia o la autoridad administrativa encargada de la ejecución o aplicación de un acto administrativo, solicitan a la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, se pronuncie sobre el recto sentido y alcance de un acto administrativo de sentido oscuro, ambiguo o confuso.

[48] OLMEDO SANJUR: "Los contenciosos de interpretación y apreciación de validez y su relación con el Proceso Civil", en *Estudios Procesales*, Tomo III, Comp. J. FÁBREGA, 1990, pág. 321.
[49] Citado por OLMEDO SANJUR: "Algunos Comentarios sobre el Contencioso de Interpretación en Panamá", en revista *Lex* No.2. Colegio Nacional de Abogados, 1973, pág. 66.
[50] BIELSA, R.: *Derecho Administrativo*, Editores La Ley, Buenos Aires, Sexta Edición, Tomo V, pág. 136.
[51] Resolución de 3 de agosto de 1993. Sala Tercera de La Corte Suprema de Justicia, Registro Judicial de agosto de 1993, p. 164.

Dado el hecho que el acto que se solicita interpretar no debe haber surtido sus efectos jurídicos, no es viable solicitar la suspensión provisional de sus efectos.

E. Actos administrativos susceptibles de ser suspendidos

A continuación enlistaremos los actos administrativos que son susceptibles de ser suspendidos provisionalmente según lo establecido en el artículo 73 de la Ley 135 de 1943, señalando la Sala Tercera que, cuando dicho precepto se refiere a un acto, incluye a todos aquellos actos de la administración sobre cuya legalidad puede ejercer el control la jurisdicción contencioso administrativa.

1. Actos administrativos particulares o subjetivos

Según la clasificación material del acto administrativo que se basa en el contenido del acto, pero atendiendo el alcance personal de la situación jurídica que crea o afecta el acto administrativo o el alcance de los efectos jurídicos que produce, tenemos que los actos administrativos particulares son aquellos que tienen como destinatarios personas o cosas individualmente identificadas, por ello sólo los que crean, modifican, extinguen o afectan situaciones jurídicas personales, individuales o concretas[52], siendo este tipo de acto el que con mayor frecuencia se concede la medida cautelar de suspensión provisional de sus efectos.

2. Actos administrativos generales

Los actos administrativos generales conocidos también como actos reglas, reglamentos o actos reglamentarios, son aquellos que crean, modifican o extinguen una situación jurídica general no relacionada directamente con alguna persona o cosa determinada, siendo sus efectos jurídicos abstractos, dado que sus consecuencias o previsiones normativas no están referidas a nadie individualmente identificado, sino que les son aplicables indistintamente a cualquier persona que llegare a encontrarse dentro de los supuestos descritos en el mismo. Este tipo de acto es objeto de suspensión cuando el mismo resulte incompatible con normas de superior jerarquía y la violación al ordenamiento jurídico sea ostensible.

3. Contratos Administrativos

Tal como lo ha reconocido la Sala Tercera, la misma tiene la potestad de suspender provisionalmente los efectos de todos los actos de la administración

[52] BERROCAL GUERRERO**,** L. E.: *Manual del acto administrativo,* Ediciones Librería del Profesional, Colombia, 2001, pág. 86.

pública sujetos al Derecho Administrativo sobre cuya legalidad ejerza el control y entre estos actos se encuentran tanto los actos administrativos de carácter unilateral como los contratos administrativos.

Por contrato público entendemos el acuerdo de voluntades celebrado conforme a derecho entre un ente estatal en ejercicio de la función administrativa y un particular, sea persona natural o jurídica, nacional extranjera, del cual surgen derechos y obligaciones y cuya finalidad es de carácter público.

Por lo tanto, tenemos que puede dictarse la medida cautelar de suspensión provisional de un contrato administrativo cuando el mismo infrinja de manera ostensible el ordenamiento jurídico, y se pueda probar los graves perjuicios que se ocasionaría si se continúa ejecutando el contrato administrativo impugnado.

4. Actos que crean Impuestos Municipales

La Sala Tercera ha manifestado que la potestad tributaria de la Nación es originaria, y es ilimitada en cuanto al número y clase de tributos que puede crear. En cambio, la potestad tributaria de los municipios es derivada, ya que como lo autorizada por la Constitución y los Municipios no pueden inventar tributos no autorizados a los previstos en ésta[53].

Se observa de lo anterior que la prohibición de suspensión provisional de actos administrativos en materia tributaria contenida en el artículo 74 de la Ley 135 de 1943, sólo es aplicable a los tributos nacionales, no así a los municipales.

Es importante destacar que de conformidad con el artículo 11 de la Ley 41 de 1 de julio de 1996, que reformó el artículo 49 de la Ley 135 de 1943, se elimino la exigencia del *solvet et repet* que obligaba al administrado a acompañar la demanda con el respectivo comprobante de haberse consignado la suma correspondiente en calidad del depósito.

Por lo tanto, en vía jurisprudencial se ha señalado la viabilidad de suspender los Acuerdos Municipales que traten del pago de impuestos, contribuciones o tasas

F. Actos administrativos no susceptibles de ser suspendidos

El artículo 74 de la Ley 135 de 1943 establece cuatro supuestos en los cuales procede la medida cautelar de suspensión provisional. Veamos:

[53] Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 16 de agosto de 1995.

1. En las acciones referentes a cambios, remociones, suspensión o retiro en el personal administrativo, salvo los casos de empleados nombrados por períodos fijos

Dado que este numeral se refiere de manera general a materia disciplinaria administrativa, se prevé que los actos administrativos gocen de ejecutoriedad inmediata y que no se suspendan los efectos del mismo porque ello es contrario a la naturaleza del derecho disciplinario, el cual rige por los principios de inmediatez, concomitancia, ejemplaridad de la sanción y autoridad administrativa. Solo se ha planteado como excepción aquellos casos en que se han dictado actos administrativos contra funcionarios nombrados por períodos fijos, en los cuales ha accedido a la suspensión.

2. Acciones sobre monto, atribución o pago de impuestos contribuciones o tasas

Tal como lo ha interpretado la Sala Tercera, este numeral debe ser interpretado de manera restrictiva en cuanto a los tributos nacionales establecidos a través de leyes y no a los municipales, pues los primeros se originan de la potestad tributaria originaria, la cual es ilimitada, ya que emanan de la soberanía del Estado.

3. Cuando la acción principal esté prescrita

Este supuesto se refiere a aquellos actos administrativos individuales que deben ser adecuados en la jurisdicción contencioso administrativa en el término de dos meses dado que los actos de contenido general pueden ser atacados en cualquier momento, por lo que la solicitud de cesación de sus efectos provisionales puede ser ensayada al momento de la presentación de la demanda contencioso administrativa de nulidad.

4. Actos no susceptible de ser impugnados en la jurisdicción contencioso administrativa

Tampoco procede la medida cautelar de suspensión provisional de aquellos en los supuestos contenidos en el artículo 28 de la Ley 135 de 1943, es decir:

– Las resoluciones de los funcionarios o autoridades del orden administrativo que tengan origen en un contrato civil celebrado por la Nación o el Municipio.

– Las resoluciones que se dicten en los juicios de Policía de naturaleza penal o civil.

– Las correcciones disciplinarias impuestas al personal de la fuerza pública y del cuerpo de policía a ella asimilado, excepto cuando impliquen suspensión, postergación para el ascenso o separación del cargo de empleados que sea inamovibles.

5. Actos emitidos por la Autoridad del Canal de Panamá

Según el artículo 126 de la Ley 19 de 1997, no procede la suspensión provisional de los actos administrativos emitidos por la Autoridad del Canal de Panamá que sean demandados ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

6. Actos emitidos por la Superintendencia de Bancos que ordena el control Administrativo y Operativo de un Banco

El artículo 135 del Decreto Ley 2 de 22 de febrero de 2008, del Régimen Bancario panameño indica que la resolución emitida por el Superintendente de Bancos que decreta la toma de control administrativo y operativo podrá ser impugnada mediante recurso contencioso-administrativo de plena jurisdicción ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, de conformidad con la ley, pero contra la misma *no cabrá la suspensión del acto administrativo en virtud de que protege un interés social.* En sentido similar se refieren las legislaciones relativas a las Aseguradoras, Reaseguradoras y Comisión Nacional de Valores.

7. Inscripciones de Bienes Inmuebles en el Registro Público

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que no es viable la suspensión provisional de actos administrativos que guarden relación con la venta, adjudicación o traspaso de bienes inmuebles una vez son inscritos en el Registro Público, ya que debe tomarse en cuenta que el acto que se solicita cautelar ya surtió efectos al inscribirse.

8. Reproducción de actos administrativos suspendidos

Según el artículo 75 de la Ley 135 de 1943 dispone que cuando se estuviere pendiente de un juicio y se hubiera ordenado suspender provisionalmente un acto administrativo y la misma institución lo reprodujere, bastará solicitar la suspensión acompañando copia del nuevo acto.

VI. La ampliación de la tutela cautelar en la jurisdicción contencioso administrativa panameña

A pesar de los supuestos establecidos en la Ley Contencioso Administrativa panameña en los que se permite aplicar la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo y la reconocida amplitud que la Sala Tercera le ha dispensado a esta normativa con el objeto de reconocer la tutela cautelar, es concluyente que la suspensión provisional resulta insuficiente para proteger los derechos de los administrados.

A manera de ejemplo tenemos que en nuestro sistema cautelar no es viable la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos cuando se trata de actos que niegan o prohíben el ejercicio de una actividad, es decir, cuando se trata de actos administrativos negativos, pues la misma tiene como finalidad mantener el *status quo* existente antes de emitir el acto, porque de ser admitida la suspensión supondría convertir en positivo el acto denegatorio a través de la medida suspensiva, concediéndose por esta vía lo denegado por la administración.

Esta realidad ha traído como consecuencia que en otras latitudes se fueran admitiendo otras clases de medidas cautelares. España es un ejemplo de ello, en la que, en primera instancia, la jurisprudencia sostuvo que no existía diferencia entre las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso administrativa y la civil, llegándola a aplicar de manera supletoria, hasta llegar a una reforma legislativa en la que se ha consagrado que el juez podrá adoptar cuantas medidas fuesen necesarias para garantizar el fallo.

A pesar del gran avance en materia cautelar en España[54] el maestro GONZÁLEZ PÉREZ advierte que cuando nos acercamos a las medidas cautelares a fin de perfeccionar su régimen para que cumplan la finalidad para la que están instauradas, estamos pensando por lo general en el demandante, en el perjuicio que para el que pide justicia supone la demora en la decisión. Pero en un proceso existen dos partes, demandante y demandado. Si a aquél puede perjudicarle una decisión tardía, a éste puede ocasionarle un perjuicio no menos grave una medida cautelar adoptada cuando el demandante no tiene razón. De aquí que para que el juez adopte una medida cautelar, no solo se exige *periculum in mora*, sino también *fumus boni iuri*. Peligro de la mora y apariencia de buen Derecho.

Pues bien, podemos afirmar que no hemos llegado a encontrar el justo equilibrio. En efecto:

[54] *Ley 29/1998, de 13 de julio de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Título VI, CAPÍTULO II, artículos 129 a 136.

a) No debe adoptarse ninguna medida cautelar si el demandante no demuestra la seriedad de su pretensión, si no se acredita que aparentemente está fundada. Si el juez hace un estudio a fondo de la pretensión y llega a la convicción de que está bien fundada, resultará difícil después, al dictar resolución definitiva, cambiar de criterio, por lo que habrá prejuzgado el asunto en un incidente.

Si obra con más ligereza, o el incidente no sirve para nada, si opta por la denegación de la medida; si accede a ella, ello redundará en perjuicio del demandado, por el peligro de que se consume una situación irreversible si la sentencia es desestimatoria.

b) Otra medida consiste en que el demandante garantice los perjuicios que pueden ocasionar al demandado la adopción de la medida si después se desestima la pretensión. Pero también desde esta perspectiva no ha llegado a encontrarse el equilibrio entre los intereses contrapuestos[55].

Por ello es que se propone la ampliación de las medidas cautelares mediante la introducción de las medidas innominadas o atípicas, que incluyen la ejecución provisional y la posibilidad de inscripciones y marginales en el Registro Público. Este tipo de medidas permite la aplicación de medidas no tipificadas en el ordenamiento legal, sino medidas indeterminadas o de clausula abierta, a través de las cuales el juzgador a solicitud del demandante puede adoptar la medida que considere más idónea a la situación jurídica concreta que es objeto de protección, lo que se traduciría en que la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia pueda ejercer un poder de cautela flexible y expedito tomando las medidas que más se adecuen a cautelar el interés del administrado.

Resulta claro que al ampliarse las medidas cautelares es necesario que se de una audiencia previa a la medida cautelar para escuchar a los terceros que pudieran ser afectados por la medida. Asimismo, debe exigirse caución para evitar perjuicios a la Administración o a terceros sobre todo en controversias contractuales y de desarrollo urbano.

VII. Disposiciones referentes a las medidas cautelares en el borrador de ley por medio de la cual se regula la jurisdicción contencioso administrativa

Por último, reproducimos las normas referentes a las medidas cautelares contenidas en el borrador de ley que fue discutido en la Subcomisión de Justicia Administrativa del Pacto de Estado por la Justicia, referente a la jurisdicción contencioso administrativa.

[55] GONZÁLEZ PÉREZ, J.: "La justicia administrativa", *Ponencia en el II Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*, Monterrey, Abril 2005, pág. 19.

Título Sexto

Medidas cautelares

Artículo 46. Requisitos.

El demandante podrá solicitar la adopción de cuantas medidas cautelares sean necesarias para asegurar la efectividad de una eventual sentencia estimatoria.

El Tribunal adoptará la medida cautelar en cada caso idónea siempre que:

1. De las alegaciones y documentos aportados por el solicitante, sin prejuzgar el fondo del asunto, parezca fundada la pretensión.

2. Pudieran producirse situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en la sentencia.

3. No perturbare gravemente el interés público.

Podrá adoptarse cualquier clase de medida cautelar que resulte idónea para asegurar la eficacia de la sentencia y no sea susceptible de sustitución por otra igualmente eficaz, pero menos gravosa o perjudicial para la entidad demandada.

Podrán adoptarse medidas de carácter positivo, que impongan una conducta a la parte demandada, haciendo efectivo el derecho que sirva de fundamento a la pretensión o realizando la obligación incumplida.

Artículo 47. Contracautela.

Si de la medida cautelar pudieran derivarse perjuicios no podrán hacerse efectiva sin que el demandante preste caución suficiente para responder de ellos.

Artículo 48. Procedimiento

La adopción de las medidas cautelares se regirá por las siguientes reglas:

Las medidas pueden solicitarse en cualquier momento del proceso.

1. Se dará traslado a las partes del proceso por plazo de diez días, a fin de que aleguen lo que estimen conveniente sobre la procedencia de la medida y, en su caso, sobre la contracautela y su cuantía.

2. Si la medida cautelar se hubiese adoptado sin audiencia de alguna de las partes, los que no hubiesen sido oídos podrán formular oposición en el plazo de veinte días contados desde su presentación en el proceso principal, por escrito del que se dará traslado al demandante.

> 3. La prestación de la caución fijada en el auto acordando la medida cautelar será previa a su cumplimiento y podrá constituirse en cualquiera de las formas admitidas en Derecho.
>
> 4. Acordada la medida y, en su caso, prestada la caución, se procederá, de oficio, a su inmediato cumplimiento, empleando los medios que fuesen necesarios, incluso los previstos para la ejecución forzosa.
>
> Artículo 49. Sustitución de la medida cautelar.
>
> El obligado por la medida cautelar podrá pedir del Tribunal que acepte, en sustitución de la medida, la prestación por su parte de caución suficiente para asegurar el efectivo cumplimiento de la sentencia estimatoria que se dicte.
>
> Si se hubiese solicitado antes de decidirse la adopción de la medida cautelar, el Tribunal se pronunciará en el auto acordando ésta; así se solicitase con posterioridad, se dará traslado del escrito al solicitante de la medida por cinco días y se convocará a las partes a una audiencia sobre la solicitud.

Es innegable la necesidad que se tiene de ampliar la tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo panameño, ya que no puede tenerse justicia administrativa eficaz si no se concede una protección anticipada y plena a quien concurre al órgano jurisdiccional solicitando protección o amparo cautelar adecuado frente a las conocidas prerrogativas de la administración, evitando de esta forma perjuicios de difícil o imposible reparación.

Creemos que esta propuesta, orientada en el derecho comparado, sobre todo en las medidas cautelares positivas desarrolladas a través del *référé–provisión* que fundamentan las pretensiones de responsabilidad administrativa francesa y que han influido en Italia y España, otorgando amplios poderes cautelares a los jueces para la efectiva protección en defensa y tutela de los derechos fundamentales del administrado, deben servir de punto de partida para la discusión sobre esta necesidad impostergable, todo ello, teniendo en cuenta que el afán innovador no debe privar a toda reforma de una serena y prudente reflexión sobre las consecuencias prácticas de los cambios, además de su fundamentación en la racionalidad jurídica[56].

[56] RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.: "Las medidas cautelares en el Proyecto de Ley de la jurisdicción contencioso administrativa, especial referencia a la suspensión del acto", en *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, Año 3, 2003, pág. 63.

ALGUNOS PARÁMETROS PARA LA INCORPORACIÓN DE LOS ESTÁNDARES DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA TUTELA CONSTITUCIONAL, LEGAL Y JUDICIAL DEL DERECHO A UN AMBIENTE SANO EN PANAMÁ

Félix Wing Solís

I. Introducción

Durante décadas, los estándares internacionales de Derecho Ambiental y de Derechos Humanos (DDHH) han evolucionado en forma paralela[1]. No obstante, la cada vez más evidente incidencia del daño ambiental sobre la dignidad de las personas ha hecho imperativa una mayor interacción entre ambas ramas del Derecho[2].

Este trabajo pretende ser una propuesta para viabilizar esta interacción en el contexto panameño. Examinando la evolución de ambos regímenes de protección en Panamá, intentaremos ofrecer algunos parámetros doctrinales, normativos y jurisprudenciales que puedan servir a los operadores de los tres órganos del Estado para incorporar adecuadamente, en sus actuaciones y decisiones, los estándares interamericanos de DDHH en la tutela del derecho a un ambiente sano.

II. Los derechos o intereses difusos desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DDHH)

A. Naturaleza jurídica de los derechos o intereses difusos

Para llevar a cabo un análisis integral de cualquier régimen de protección de los derechos o intereses difusos, como lo es el Derecho Ambiental panameño,

[1] Cfr. ORELLANA, M. A. "Derechos humanos y ambiente: desafíos para el sistema interaméricano de derechos humanos", en *Ozono Mío. Revista de Derecho Ambiental*, Año 1, No. 6, Carbonell O'Brien Abogados, Lima, jun. 2008, pág. 291.

[2] Vid. CENTRO DE DERECHOS HUMANOS Y MEDIO AMBIENTE (CEDHA): *Informe sobre Derechos Humanos y Medio Ambiente en América*, elaborado por S. BORDENAVE con la colaboración de R. PICOLOTTI, Córdoba, 2002. Presentado en la audiencia de carácter general sobre *Derechos Humanos y Ambiente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (CIDH), Washington, 16 oct. 2002.

[3] Expusimos este criterio por primera vez en WING SOLÍS, F.: *Derecho, Ambiente y Desarrollo: El Caso de los Rellenos sobre la Bahía de Panamá*, Tesis, Universidad de Panamá, 2002, págs. 68 y sigs.

el punto de partida de dicho análisis debe estar ubicado en la teoría de los DDHH[3], más que en la teoría constitucional o administrativa.[4] Ello es así por cuanto la tutela de los DDHH es un tema transversal a todo el ordenamiento jurídico, y en particular a las mencionadas ramas del Derecho Público. Como veremos a lo largo del presente trabajo, la naturaleza jurídica de los derechos o intereses difusos se encuentra inserta de un modo muy particular dentro del marco de los DDHH.

Para facilitar el estudio y la enseñanza de los DDHH, éstos han sido divididos por la doctrina mayoritaria en tres generaciones.[5] El primer proponente de tal división, inspirada en los ideales de la Revolución Francesa ("*Liberté, Égalité et Fraternité*"), fue el jurista francés de origen checo KAREL VAŠÁK[6], en las postrimerías de su desempeño como primer Secretario General del Instituto Internacional de Derechos Humanos (IIDH)[7], organización no gubernamental (ONG) con sede en Estrasburgo, Francia[8].

Aun cuando no todos los expertos agrupan o categorizan a los DDHH de la misma manera, para los propósitos del presente trabajo los dividiremos en atención a cuatro criterios: a) el orden en que surgieron históricamente, b) el

[4] Cfr. PANAMÁ. AUTORIDAD NACIONAL DEL AMBIENTE (ANAM), AGENCIA DE LOS ESTADOS UNIDOS PARA EL DESARROLLO INTERNACIONAL (USAID, por sus siglas en inglés) & ACADEMIA PARA EL DESARROLLO EDUCATIVO (AED, por sus siglas en inglés). *Curso de Derecho Ambiental Administrativo para Funcionarios de la Autoridad Nacional del Ambiente (ANAM) y las Unidades Ambientales Sectoriales (UAS)*, Proyecto Piloto de Gobernabilidad y Justicia Ambiental, F. WING SOLÍS & V. L. BENAVIDES P., Consultores, Panamá, sep.-nov. 2005, pág. 34 (en adelante, *Curso de Derecho Ambiental*).

[5] Cfr. INSTITUTO DE ESTUDIOS POLÍTICOS PARA AMÉRICA LATINA Y ÁFRICA (IEPALA): *Curso Sistemático de Derechos Humanos (DDHH)*, J. LIMA TORRADO & F. ROVETTA, Coordinadores, Madrid, 1996, II.B.7.2. "En relación a los sujetos titulares de los bienes de la personalidad".

[6] Cfr. VAŠÁK, K.: "*A 30-year struggle. The sustained efforts to give force of law to the Universal Declaration of Human Rights*", UNESCO Courier, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO, por sus siglas en inglés), París, nov. 1977, págs. 29-32. Cit. por VARIOS: *Human Rights in the World Community. Issues and Actions*. RICHARD PIERRE CLAUDE & BURNS H. WESTON, eds., 2da ed., *University of Pennsylvania Press*, Philadelphia, 1992, pág. 6, nota 10.

[7] Cfr. ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU). KAREL VAŠÁK: *Reaffirming Human Rights for All, 61st Annual Non-Governmental Organization (NGO) Conference*, Departamento de Información Pública (DPI), París, 3-5 sep. 2008.

[8] El IIDH fue fundado por el ilustre jurista galo RENÉ CASSIN, Premio Nóbel de la Paz 1968, quien fuera Juez de la Corte Europea de DDHH y uno de los principales inspiradores de la Declaración Universal de los DDHH (Cfr. *INSTITUT INTERNATIONAL DES DROITS DE L'HOMME (IIDH)*, l'Institut, cuyo sexagésimo aniversario fue celebrado por todo el mundo el 10 dic. 2008, Día Internacional de los DDHH, y en cuya redacción colaboró el también ilustre jurista panameño Ricardo J. Alfaro, quien fuera Juez de la Corte Internacional de Justicia (CIJ). (Cfr. CAJAR PÁEZ, A.: "Ricardo J. Alfaro en la ONU", *La Prensa*, 15 oct. 2005). No debe confundirse con el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, organización académica con sede en San José, Costa Rica, que utiliza las mismas siglas.

tipo de derechos subjetivos que comprenden, c) los bienes de la personalidad tutelados, y d) los titulares de los derechos subjetivos o bienes de la personalidad. Para tales efectos, tomaremos como base el planteamiento teórico hecho por el Curso Sistemático de Derechos Humanos, publicado en 1996 por el Instituto de Estudios Políticos para América Latina y África (IEPALA), ONG con sede en Madrid, España, que ha sido prohijado por nuestra Corte Suprema de Justicia (CSJ),[9] y sobre el cual haremos algunas precisiones.

Cuadro 1 – Las tres generaciones de los DDHH

Orden de surgimiento histórico	Tipo de derechos subjetivos	Bienes de la personalidad Tutelados	Titulares
Primera generación	Derechos o intereses individuales	Derechos civiles y políticos o de la libertad	Las personas
Segunda generación	Derechos o intereses colectivos	Derechos económicos, sociales y culturales (DESC) o de la igualdad	La colectividad como un todo, o bien aquellos grupos de personas cuyos miembros comparten alguna calidad en común
Tercera generación	Derechos o intereses difusos	Derechos de la solidaridad o de la fraternidad	Los pueblos de la Tierra

Los DDHH de primera generación, es decir, los primeros en aparecer cronológicamente, son conocidos también como derechos o intereses individuales, y surgieron en el siglo XVIII como resultado de las Revoluciones Estadounidense y Francesa, que fueron reacciones sociales de afirmación de los individuos frente al absolutismo monárquico[10]. Los bienes de la personalidad tutelados por los derechos de esta generación son los denominados derechos civiles y políticos o de la libertad. Los primeros incluyen, entre otros, los derechos a la vida y a la integridad personal, la igualdad ante la Ley, las garantías penales, y las libertades personales, de expresión, de reunión, de asociación, de culto, etc., mientras que los segundos giran principalmente en torno a los derechos a elegir y ser elegido, y a la participación política[11]. Son titulares de estos derechos, como es fácil adivinar, las personas[12].

[9] Cfr. PANAMÁ. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (CSJ). SALA TERCERA. Sent. de 29 jul. 2008 (Acción de protección de DDHH, *Fundación Pro Bienestar y Dignidad de Personas Afectadas por el VIH/SIDA (PROBIDSIDA) vs. Ministerio de Salud (MINSA) & Caja de Seguro Social (CSS)*). MP: A. ARNULFO ARJONA L.

[10] Cfr. IEPALA, Op. cit., III.C. Los derechos de la primera generación: los derechos civiles y políticos. Caracteres.

[11] Cfr. Ibíd., III.C. Los derechos de la primera generación: los derechos civiles y políticos. Clasificación.

[12] *Supra*, nota 5.

Por su parte, los DDHH de segunda generación, llamados derechos o intereses colectivos, aparecieron en el siglo XIX, inicialmente como resultado de la reacción de los trabajadores organizados frente a las terribles condiciones laborales impuestas por la Revolución Industrial, pero posteriormente fueron extendiéndose a otras áreas relacionadas con el bienestar general de la sociedad[13]. Los bienes de la personalidad tutelados por los derechos de esta generación son los denominados derechos económicos, sociales y culturales (DESC) o de la igualdad, que incluyen los siguientes derechos: al trabajo (y demás derechos comprendidos por éste, tales como los de sindicación, huelga, salario justo, jornada máxima, descanso semanal obligatorio, etc.), a la salud, a la educación y a la vivienda, así como los derechos de las minorías nacionales, lingüísticas, étnicas y raciales, y de los grupos más vulnerables, como las mujeres, los niños, los adultos mayores y los discapacitados, entre otros[14]. La titularidad sobre estos derechos reside en la colectividad como un todo, o bien en aquellos grupos de personas cuyos integrantes comparten alguna calidad en común (v.g. los residentes de una calle o barrio, los miembros de un sindicato o gremio, los jubilados, etc.)[15].

Finalmente, encontramos los DDHH de tercera generación, que también se conocen como derechos o intereses difusos. Éstos aparecieron en la segunda mitad del siglo XX, en forma posterior a la Segunda Guerra Mundial[16], y en su desarrollo ha jugado un importante papel la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Los bienes de la personalidad tutelados por los derechos de esta generación son los denominados derechos de la solidaridad o de la fraternidad, entre los cuales se cuentan el derecho a un ambiente sano, al desarrollo, a la autodeterminación y a la paz[17]. La titularidad sobre estos derechos reside en los pueblos de la Tierra[18].

La anterior división no es perfecta ni exacta, testimoniando así lo que IEPALA ha denominado "la ambigüedad conceptual y terminológica de los derechos humanos"[19]. Por ejemplo, IEPALA se refiere a los DDHH de segunda y tercera generación como derechos o intereses colectivos[20], la actual Constitución colombiana califica a ciertos DDHH de tercera generación como derechos

[13] Cfr. Ibíd., III.C. Los derechos de la primera generación: los derechos civiles y políticos. Caracteres.
[14] Cfr. Ibíd., III.C. Los derechos de la primera generación: los derechos civiles y políticos. Clasificación..
[15] *Supra*, nota 5.
[16] Cfr. Ibíd., III.C. Los derechos de la primera generación: los derechos civiles y políticos. Caracteres.
[17] Cfr. Ibíd., III.C. Los derechos de la primera generación: los derechos civiles y políticos. Clasificación.
[18] *Supra*, nota 5.
[19] Cfr. Ibíd., II.B.2.1. La ambigüedad conceptual y terminológica de los derechos humanos.
[20] *Supra*, nota 5.

colectivos[21], y como veremos más adelante, los instrumentos del Sistema Interamericano de Protección de DDHH contemplan el derecho a un ambiente sano como parte de los DESC.

La fórmula de VAŠÁK tampoco ha estado exenta de críticas, entre las cuales se destaca la del jurista brasileño ANTONIO CANÇADO TRINDADE, ex Juez de la Corte Interamericana de DDHH (Corte IDH) y actual Juez de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), quien llega a calificarla de "históricamente inexacta y jurídicamente infundada"[22], si bien reconoce su "posible mérito pedagógico o quizás literario"[23].

De cualquier modo, no puede soslayarse el hecho que "el modelo de VAŠÁK es, por supuesto, una expresión simplificada de un registro histórico extremadamente complejo, y no es su intención la de sugerir un proceso lineal en el cual cada generación le da origen a la próxima y luego fenece. Tampoco implica que una generación sea más importante que la otra. Las tres generaciones se entienden como acumulativas, traslapadas, y, es importante señalar, interdependientes e interdiscernibles"[24].

B. Los derechos o intereses difusos y las obligaciones internacionales de los Estados americanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC)

La naturaleza jurídica de los derechos o intereses difusos implica necesariamente que, para una adecuada tutela de los mismos, y en particular del derecho a un ambiente sano, los Estados se ajusten a los estándares vinculantes desarrollados por las distintas fuentes que integran el llamado *corpus iuris* del Derecho Internacional de los DDHH, los cuales esbozaremos a continuación.

---

[21] Cfr. COLOMBIA. Constitución Política de 1991, reformada en 1993, 1995, 1996, 1997, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004 y 2005. *Political Database of the Americas*, *Center for Latin American Studies*, *Edmund A. Walsh School of International Service*, *Georgetown University*, Washington, Nov. 2008 (en adelante *Constitución colombiana*).

[22] CANÇADO TRINDADE, A.: "Reflexiones sobre el Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos", en VARIOS *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, J. E. MÉNDEZ & F. COX, eds., Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, t. 1, 1994, págs. 39 y sigs. Cit. por GARCÍA RAMÍREZ, S.: "Protección Jurisdiccional Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales", en CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL (CEJIL): *Construyendo una agenda para la Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, San José, 2004, pág. 88, nota 6.

[23] Ibíd.

[24] ENCYCLOPÆDIA BRITANNICA: "Human rights", *Encyclopædia Britannica Online*, Chicago, 2009. Traducción libre.

Tomando en cuenta la profunda dimensión ética y la creciente universalización de los DDHH[25], es un hecho cada vez más cierto que su exigibilidad es independiente de su reconocimiento por parte de los Estados[26], y que su promoción, protección y defensa trascienden las fronteras nacionales[27]. Sin embargo, no podemos ignorar que, como afirma el jurista peruano DIEGO GARCÍA-SAYÁN, Juez de la Corte IDH, "si bien la universalización de los derechos humanos de la que nos habla NORBERTO BOBBIO ha sido una etapa sustancial para la consolidación de la protección de los derechos humanos básicamente cumplida, en la actualidad el desafío es el de la "nacionalización" de los derechos humanos como camino para hacerlos efectivos"[28]. Tampoco podemos soslayar que los sujetos del Derecho Internacional siguen siendo los Estados, al igual que los organismos internacionales por ellos constituidos[29].

De allí que, en la actualidad, los tratados internacionales sean la fuente primaria del Derecho Internacional de los DDHH, lo cual refleja que las corrientes jurídicas positivista y voluntarista siguen imperando en las relaciones entre los Estados[30], pero también expresa la voluntad política de la comunidad internacional de unificar sus estándares en la materia.

La mayoría de estos tratados ofrece un grado más alto de protección a los DDHH de primera generación[31], aunque ello no quiere decir que no protejan a las otras dos generaciones de DDHH, como explicaremos en el presente trabajo. En el Sistema Interamericano, el principal de aquellos es la Convención Americana sobre DDHH (CADH), también conocida como Pacto de San José (1969), que crea los dos órganos de control de dicho sistema: la Comisión Interamericana de DDHH (CIDH) y la Corte IDH.[32] Las violaciones a los derechos consagrados

[25] Cfr. UPRIMNY YEPES, R., UPRIMNY YEPES, M. & PARRA VERA, Ó.: "Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario", *Módulo de Autoformación, Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla"*, Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, 2006, pág. 12.

[26] Vid. MORENO CRUZ, R.: "El modelo de Luigi Ferrajoli: Lineamientos generales", en UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO (UNAM), *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, Año XL, No. 120, sep.-dic. 2007, págs. 825-852.

[27] Cfr. ASOCIACIÓN INTERAMERICANA PARA LA DEFENSA DEL AMBIENTE (AIDA): *Guía de Defensa Ambiental. Construyendo la Estrategia para el Litigio de Casos ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, México, D.F., 2008, págs. 1-7.

[28] GARCÍA-SAYÁN, D.: "Una Viva Interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos", en VARIOS: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, 2005 pág. 326.

[29] Para una visión alternativa, Vid. ALLOTT, P.: "International Law and International Revolution: Reconceiving the World", en HUNTER, D., SALZMAN, J. & ZAELKE, D.: *International Environmental Law and Policy*, 2da ed., Foundation Press, New York, 2002, págs. 1486 y sigs.

[30] Cfr. IBARGÜEN BURGOS, G. M.: "Derecho Internacional, Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Tribunal Constitucional", en *Revista IIDH*, Vol. 38, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, jul.-dic. 2003, pág. 33.

[31] Cfr. IEPALA, Op. cit., II.B.3. *Caracteries de los derechos humanos*.

[32] Cfr. *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (CADH) Arts. 33 y ss. Ratificada por Panamá mediante *Ley No. 15 de 28 oct. 1977* (Gaceta Oficial (G.O.) No. 18,468 de 30 nov. 1977).

en la CADH, que sean imputables a cualquiera de los Estados Partes de la misma, pueden ser examinadas a través del sistema de peticiones individuales de la CIDH[33], pero sólo aquellos Estados Partes que hayan reconocido expresamente la competencia de la Corte IDH pueden ser demandados ante ésta por la CIDH, juzgados y declarados internacionalmente responsables por ésta en función de tales violaciones[34]. Es importante agregar que, en los casos que involucren a un Estado miembro de la OEA que aún no haya ratificado la CADH, la CIDH puede examinar comunicaciones por violaciones a los DDHH incluidos en la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, pero no puede demandar a dicho Estado ante la Corte IDH[35].

Si bien la protección de la familia y los derechos del niño cuentan con disposiciones convencionales específicas en el Capítulo II (Derechos Civiles y Políticos) de la CADH,[36] ésta hace referencia expresa a los DESC en su Capítulo III (Derechos Económicos, Sociales y Culturales) que consta de un solo artículo: el 26, que impone a los Estados la obligación de desarrollo progresivo de los DESC.

Como explica el jurista costarricense MANUEL E. VENTURA ROBLES, Juez de la Corte IDH, el carácter general de esta disposición convencional obedece a que los Estados miembros de la OEA, oído el dictamen de la CIDH y "sobre la base de que el Protocolo de Buenos Aires había incorporado nuevas normas económicas, sociales y culturales [a la Carta de la OEA]"[37], optaron por "erradicar la enumeración de estos derechos del proyecto de Convención y por ende no establecer del todo ningún sistema de control en este sentido,"[38] por considerar suficiente que la CADH reconociese "la necesidad de adoptar progresivamente, en sus legislaciones internas, las garantías que permitieran la plena vigencia de estos derechos"[39].

Las dos últimas afirmaciones prefiguran la existencia de dos posiciones con respecto a la justiciabilidad del Artículo 26 de la CADH. Según la primera de ellas, propugnada entre otros por los juristas estadounidenses JAMES CAVALLARO, Director Ejecutivo del Programa de Derechos Humanos de *Harvard Law School*, y EMILY SCHAFFER, ex *Fellow* de dicho programa, se trata de una norma convencional programática, y por tanto, no justiciable *per*

[33] Ibíd., Arts. 44-51.
[34] Ibíd., Art. 62.
[35] Cfr. *Estatuto de la CIDH*, Art. 20. Aprobado por la Asamblea General de la OEA mediante *Resolución No. 447 de 1979*, y modificado mediante *Resolución No. 1098 de 1991.*
[36] Cfr. *CADH*, Arts. 17 y 19.
[37] VENTURA ROBLES, M. E. "Jurisprudencia de la Corte Interaméricana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales", en *Revista IIDH*, Vol. 40, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, jul.-dic. 2004, pág. 102.
[38] Ibíd.
[39] Ibíd.

se[40], mientras que, de acuerdo con la segunda postura, abrazada entre otros por el jurista mexicano SERGIO GARCÍA RAMÍREZ, Juez de la Corte IDH, la obligación de desarrollo progresivo establecida por dicha norma convencional es directamente justiciable[41].

La discusión planteada por ambas posturas es similar a la que versa sobre la justiciabilidad de las normas constitucionales programáticas[42], a la cual nos referiremos más adelante. No obstante, al reenfocar dicha discusión desde una perspectiva garantista, que es como deben examinarse las restricciones a los DDHH, no podemos menos que inclinarnos por la segunda tesis, toda vez que la disposición convencional *in comento* incluye dos indicadores balanceados de cumplimiento: 1) "la plena efectividad de los DESC", y 2) "la medida de los recursos disponibles". Ambos parámetros pueden ser perfectamente utilizados tanto por la CIDH como por la Corte IDH para determinar si un Estado: 1) ha adoptado medidas progresivas "por vía legislativa u otros medios apropiados", 2) no ha hecho nada, ó 3) ha adoptado medidas regresivas que han desmejorado los estándares más altos existentes, sean éstos nacionales o internacionales.

De cualquier modo, el vacío normativo que pudiera haber dejado la CADH ha sido llenado por el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PSS), también conocido como Protocolo de San Salvador (1988), cuyo Artículo 1 reitera la obligación general de progresividad impuesta a los Estados Partes por el Artículo 26 de la CADH.

El PSS también impone a los Estados, en disposiciones separadas[43], otras cuatro obligaciones generales: 1) la de adoptar disposiciones de Derecho Interno que hagan efectivos los DESC, 2) la no discriminación en el ejercicio de los DESC, 3) la no admisión de restricciones cuando los estándares establecidos por el Derecho Interno o por tratados internacionales anteriores en materia de DESC sean superiores a los del PSS, y 4) la admisión de las restricciones y limitaciones a los DESC únicamente por vía de excepción, así como el alcance de las mismas.

[40] Vid. CAVALLARO, J. L. & SCHAFFER, Emily J.: "Less as More: Rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas", 56 Hastings L.J. 217 (2005), en MELISH, T. J.: "Rethinking the "Less as More" Thesis Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas", 39 *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.* 171 (2006), pág. 196.
[41] Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, Op. cit., págs. 98-100.
[42] Vid. COLOMER VIADEL, A.: *Constitución, Estado y Democracia en el Siglo XXI*, Universidad Politécnica de Valencia, Valencia, 2006, Págs. 63 y sigs,.
[43] Cfr. *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PSS)*, Arts. 2-5. Ratificado por Panamá mediante *Ley No. 21 de 22 oct. 1992* (G.O. No. 22,152 de 27 oct. 1992).

El catálogo de DESC incluidos en el PSS enumera, también en disposiciones separadas[44], los siguientes derechos: al trabajo, a las condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo, sindicales, a la seguridad social, a la salud, a un medio ambiente sano, a la alimentación, a la educación, a los beneficios de la cultura, a la constitución y protección de la familia, de la niñez, de los ancianos y a la protección de los minusválidos[45].

En lo concerniente a la competencia de los órganos de control, el Artículo 19.6 del PSS señala expresamente que las violaciones a los derechos a la libertad sindical y a la educación que sean imputables a los Estados Parte pueden ser sometidas al sistema de peticiones individuales de la CIDH[46], Esto ha sido interpretado restrictivamente por los juristas CAVALLARO y SCHAFFER, quienes opinan que, en materia de DESC, los dos órganos de control sólo tienen competencia para examinar y pronunciarse con respecto a violaciones a estos dos derechos[47]. No obstante, la anterior tesis ha sido rebatida vigorosamente por la jurista estadounidense Tara Melish, Asesora Legal del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL)[48], ONG con sede en Washington, EE. UU., quien la estima contraria a las normas sobre aplicación e interpretación de los tratados internacionales[49], contenidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT)[50].

Según dicha autora, la interpretación correcta de esta disposición convencional es la de hacer extensiva, sin restricciones, la competencia de la CIDH y la Corte IDH a los DESC consagrados tanto en el Capítulo II de la CADH como en el PSS, por ministerio del Artículo 26 de la CADH[51], tesis ésta que nos parece más acorde con el principio *favor libertatis* o *pro persona*, que puede resumirse en la siguiente máxima: "En caso de duda se ha de sentenciar en favor de la libertad"[52]. Este criterio es coherente, además, con el Artículo 29 de la CADH, cuyas reglas interpretativas informan a todos los instrumentos convencionales del Sistema Interamericano.

[44] Cfr. Ibíd., Arts. 6-18.

[45] Actualmente, el término utilizado por el Sistema Interamericano es el de "personas con discapacidad". Cfr. *Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad*. Ratificada por Panamá mediante *Ley No. 3 de 10 ene. 2001* (G.O. No. 24,219 de 15 ene. 2001).

[46] Cfr. *PSS*, Art. 19.6.

[47] Cfr. CAVALLARO & SCHAFFER, en MELISH, Op. cit., pág. 230.

[48] CEJIL ha ejercido la representación de las víctimas en los tres casos fallados por la Corte IDH contra Panamá hasta la fecha: *Caso Leonidas A. Baena Ricardo y Otros* (2001), *Caso Heliodoro Portugal* (2008) y *Caso Santander Tristán Donoso* (2009).

[49] Cfr. MELISH, Op. cit., pág. 231, nota 162.

[50] Cfr. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT), Arts. 30-32. Ratificada por Panamá mediante *Ley No. 17 de 31 oct. 1979* (G.O. 19,106 de 7 jul. 1980).

[51] Cfr. MELISH, Op. cit., p. 229 y sigs.

[52] IEPALA, Op. cit., B.9.3. *Las declaraciones de derechos humanos en los siglos XVI, XVII y XVIII*.

Todo lo anterior resulta relevante para nuestro análisis porque, como ya hemos señalado, a pesar que desde el punto de vista doctrinal se trata de un derecho o interés difuso, el derecho a un ambiente sano es uno de los DESC positivizados por el PSS.

Lo cierto es que, precisamente por tratarse de un área que se encuentra en franca evolución, otra de las grandes fuentes del Derecho Internacional de los DDHH, la jurisprudencia, es todavía muy escasa en materia de DESC[53]. Por ejemplo, el Juez VENTURA menciona como emblemáticos los Casos Aloebotoe vs. Suriname (Reparaciones), Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, Baena Ricardo y Otros vs. Panamá, y Cinco Pensionistas vs. Perú (Fondo, Reparaciones y Costas). Los dos primeros versan sobre derechos colectivos indígenas y los dos últimos sobre derechos laborales. El Juez Ventura también destaca la relevancia de la Opinión Consultiva OC-18/03 sobre Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados[54].

III. El Derecho Ambiental panameño a la luz de los estándares interamericanos de DDHH

A. La "responsabilidad común pero diferenciada"[55] del Estado panameño en materia ambiental

Si bien es cierto que todos los Estados comparten una responsabilidad común por preservar el planeta Tierra, hogar común de toda la humanidad, a la República de Panamá le cabe una responsabilidad diferenciada de enormes proporciones, no sólo a nivel local, sino también global.

En términos de biodiversidad, "el país se encuentra en la posición 19 entre los 25 países con mayor riqueza de especies de plantas con flores y en la posición número 4 para América del Norte y Central. Panamá tiene cerca del 4% de la diversidad total de anfibios, el 3.5% de reptiles, el 10% de especies de aves conocidas y el 5.0% de los mamíferos existentes en el mundo. En cuanto a peces, 140 de las 1,307 especies de peces marinos son de interés comercial y el 25.0% (56 especies) de peces de agua dulce son endémicas de Panamá"[56]. Así pues, en su calidad de administrador de este "fideicomiso planetario"[57], nuestro país

[53] Cfr. *AIDA*, Op. cit., Pág. 60.
[54] Cfr. VENTURA, Op. cit., Págs. 107 y sigs.
[55] Cfr. ONU. Declaración de Río, Principio 7, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (CNUMAD), Río de Janeiro, 14 jun. 1992.
[56] PANAMÁ. ANAM. "Primer Informe del Estado y la Riqueza de la Biodiversidad de Panamá", en PANAMÁ. *Segundo Informe. Objetivos de Desarrollo del Milenio*, Gabinete Social & Sistema de las Naciones Unidas, Panamá, sep. 2005, pág. 98.
[57] Cfr. BORRERO NAVIA, J. M.: *Protección Penal de los Derechos Ambientales. De la Criminología al Derecho Penal Ecológico*, Fundación para la Investigación y Protección del Medio Ambiente (FIPMA), Cali, 1990, pág. 51.

no puede darse el lujo de dejar este "patrimonio común de la humanidad"[58] a merced de las constantes presiones de la frontera agropecuaria, la actividad industrial y comercial, y el desarrollo urbano[59].

La creciente escasez mundial de agua[60] se encuentra intrínsecamente ligada al imperativo de conservar nuestros bosques, no sólo para preservar su condición de puente biológico de las Américas[61], sino también para salvaguardar el derecho al agua[62] y el funcionamiento del Canal[63], honrando de paso la obligación internacional de garantizar su "seguridad, eficiencia y mantenimiento apropiado", asumida a través del segundo de los Tratados Torrijos-Carter[64].

El papel del istmo de Panamá en la regulación del clima mundial[65] exige que el tema ambiental sea de máxima prioridad para nuestro país, frente al cambio climático global y a las condiciones extremas derivadas de éste, las cuales amenazan con agravarse paulatinamente[66]. Por otro lado, para un país en que la mayor parte del territorio se encuentra a nivel del mar, cuyos límites norte y sur son costeros, y cuya parte más ancha entre los Océanos Atlántico y Pacífico mide apenas 200 kilómetros[67], el calentamiento global, con el consecuente derretimiento de los casquetes polares e incremento en el nivel de los océanos, representa una gravísima amenaza[68].

---

[58] Cfr. LÓPEZ ZAMARRIPA, N.: "Régimen Legal Internacional en torno al Patrimonio Común de la Humanidad", *Derecho y Cultura*, No. 4, Academia Mexicana para el Derecho, la Educación y la Cultura, México, D.F., otoño 2001, pág. 122..

[59] Cfr. PANAMÁ. ANAM. *Estrategia Nacional del Ambiente. Documento Principal*, 2da ed., Panamá, 2002, pág. 38. Aprobada por el Consejo de Gabinete mediante *Resolución de Gabinete No. 36 de 31 may. 1999* (G.O. 23,811 de 4 jun. 1999).

[60] Cfr. UNESCO: *World Water Development Report: Water in a Changing World*, 3ra ed., París, 2009, pág. 18.

[61] Vid. VARIOS: *Panamá, Puente Biológico*, Stanley Heckadon-Moreno, Ed., Instituto Smithsonian de Investigaciones Tropicales, Panamá, 2001.

[62] Cfr. ONU. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (DESC): *Observación General nº. 15 "El Derecho al Agua (Artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de DESC"*, ONU, Consejo Económico y Social (ECOSOC), 20 ene. 2003.

[63] Cfr. PANAMÁ. ANAM. *Estrategia Nacional del Ambiente. Gestión Ambiental para el Desarrollo Sostenible 2008-2012*, 2da ed., Panamá, feb. 2009, págs. 27-28. Aprobada por el Consejo de Gabinete mediante *Resolución de Gabinete No. 2 de 23 ene. 2009* (G.O. 26,211 de 28 ene. 2009).

[64] Cfr. *Tratado de Neutralidad Permanente y Funcionamiento del Canal de Panamá*, Art. II. Ratificado por Panamá mediante Plebiscito de 23 oct. 1977 (G.O. 18,451 de 1 de noviembre de 1977).

[65] Cfr. COATES, A.: "Panamá cambió el planeta", *Revista Ellas*, No. 998, Panamá, 24 abr. 2009.

[66] Cfr. PANEL INTERGUBERNAMENTAL DE EXPERTOS SOBRE EL CAMBIO CLIMÁTICO (IPCC, por sus siglas en inglés): *Cambio Climático 2007. Informe de Síntesis*, IPCC, Ginebra, 2008, págs. 1-22.

[67] *ENCYCLOPÆDIA BRITANNICA*: *Isthmus of Panamá*, Op. cit.

[68] Cfr. IPCC, *Supra*, nota 66.

No cabe duda entonces que es un imperativo local y global que Panamá se mantenga a la vanguardia en la protección del ambiente.

B. La relación entre el Derecho Internacional y nuestro Derecho Interno en materia de DESC

En Panamá, los tratados internacionales son vinculantes por disposición del Artículo 4 de la Constitución, cuyo texto actual fue adoptado con la reforma de 1983, que reincorporó a la Carta Fundamental la cláusula *pacta sunt servanda* contenida en la Constitución de 1946, en reemplazo de la cláusula *rebus sic stantibus* que fuera introducida por el texto originario de la Constitución de 1972[69], y que formaba parte de la estrategia panameña para la recuperación del Canal[70].

El texto actual de dicho precepto constitucional fue adoptado como consecuencia de otros dos actos jurídicos: 1) la ratificación (1977) y entrada en vigor (1979) de los dos Tratados Torrijos-Carter, el primero de los cuales[71] subrogó el Tratado Hay-Bunau Varilla suscrito con los EE. UU. (1903), permitiendo así la reversión del Canal de Panamá (1999); y 2) la posterior ratificación de la CVDT, cuyo Artículo 26 codifica la norma consuetudinaria internacional *pacta sunt servanda*[72], elevándola a la categoría de regla general en materia de tratados internacionales.

El Artículo 4 de la Constitución y el Artículo 26 de la CVDT imponen al Estado panameño dos obligaciones generales: 1) el cumplimiento en sí de los compromisos específicos adquiridos en el texto de un tratado internacional, aun desde la firma del mismo[73]; y 2) la adecuación del Derecho Interno a dichos compromisos[74].

[69] Cfr. PANAMÁ. CSJ. PLENO. Sent. de 14 jun. 1990 (Acción de inconstitucionalidad, *Juan Materno Vásquez De León contra un Acuerdo y varios Canjes de Notas con los EE. UU.*). Magistrada Ponente (MP): Aura Emérita Guerra de Villalaz. El texto originario del Artículo 4 de la Constitución decía así: "La República de Panamá acata las normas universalmente reconocidas del Derecho Internacional que no lesionen el interés nacional." Las frases subrayadas fueron derogadas por la reforma de 1983.

[70] Cfr. VEGA REYES, V.: "El Título Constitucional sobre el Canal", en VARIOS: *El Canal de Panamá*, Colección "Biblioteca de la Cultura Panameña", T. 16, Cap. 4, Instituto del Canal y Estudios Internacionales, Universidad de Panamá, J. ANTONIO TACK, Coordinador del Proyecto, Editorial Universitaria "Carlos Manuel Gasteazoro", Panamá, 1999, pág. 248.

[71] Cfr. *Tratado del Canal de Panamá*, Ratificado por Panamá mediante *Plebiscito de 23 oct. 1977* (G.O. 18,451 de 1 nov. 1977.

[72] Cfr. KELSEN, H.: *Principios de Derecho Internacional*, Edit. El Ateneo, Buenos Aires, 1952, pág. 269, en FRÍAS, Y.: "Cuatro problemas de la teoría kelseniana sobre el derecho internacional", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, Año XIX, No. 55, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, D.F., ene.-abr. 1986, págs. 67-68).

[73] Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH). *Caso Baena Ricardo y Otros vs. Panamá*, Sent. de 2 feb. 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 179.

[74] Cfr. *CADH*, Art. 2 y *Caso Baena Ricardo*, párr. 98.

Con respecto a la primera de estas obligaciones generales, cabe destacar que Panamá ha ratificado al menos 28 tratados internacionales ambientales, que le imponen diversos compromisos específicos[75]. En cuanto a la segunda de tales obligaciones generales, la jurisprudencia interamericana de DDHH ha señalado lo siguiente:

> La Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. Precisamente, respecto a la adopción de dichas medidas, es importante destacar que *la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina "control de convencionalidad", según el cual cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos*[76].

Como indicamos con anterioridad, el derecho a un ambiente sano ha sido reconocido expresamente por el Artículo 11 del PSS, el cual lo considera parte integrante de los DESC. Las dos obligaciones generales a que nos hemos venido refiriendo se desprenden claramente de sus numerales 1 y 2.

Por otro lado, debemos recordar que, como ha dicho el Juez CANÇADO TRINDADE, "el derecho a un medio ambiente sano es un corolario del derecho a la vida"[77] que está protegido por el Artículo 4.1 de la CADH. El estándar interamericano sobre el derecho a la vida, establecido en esta disposición convencional, obliga a los Estados a respetar la vida de todas las personas y les prohíbe privarlas arbitrariamente de ella.

Una interpretación *a contrario sensu* de esta disposición convencional permite concluir que, si la privación de la vida no fuese arbitraria, entonces no estaría proscrita por dicha norma. Por tanto, en el Sistema Interamericano, el derecho a la vida no está protegido en términos absolutos, sino que admite restricciones[78].

[75] Cfr. PANAMÁ. MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES (MIRE): *Tratados Multiraterales Vigentes. Medio Ambiente*, Centro de Documentación, Panamá, s.f.

[76] Cfr. CORTE IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*, Sent. De 12 ago. 2008 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 180. Cursiva añadida.

[77] CANÇADO TRINDADE, A.: *The Contribution of International Human Rights Law to Environmental Protection, with Special Reference to Global Environmental Change*, en VARIOS: *Environmental Change and International Law: New Challenges and Developments*, Edith Brown Weiss, Ed., 1992, pág. 274. Cit. por ORELLANA, Op. cit., pág. 292.

[78] Cfr. PIZARRO SOTOMAYOR, A. & MÉNDEZ POWELL, F.: *Manual de Derecho Internacional de Derechos Humanos. Aspectos Sustantivos*, Universal Books, Panamá, 2006, págs. 45 y sigs.

El anterior razonamiento se fundamenta en que, al momento de aprobarse la CADH, el derecho a la vida se entendía únicamente en función de la pena de muerte, protegiéndose el derecho a no ser arbitrariamente condenado a muerte. No obstante, la Corte IDH ha ampliado el reconocimiento del derecho a la vida, formulando el concepto de "derecho a una vida digna", según el cual, por ejemplo, el desproveer de agua potable, alimentación y salud a una comunidad constituye una violación del derecho a la vida[79], lo cual incide de modo relevante en la tutela del derecho a un ambiente sano.

En materia ambiental, la jurisprudencia de la Corte IDH ha sido igualmente escasa y tangencial, tal como ha ocurrido con el resto de los DESC. Así, por ejemplo, la Asociación Interamericana para la Defensa del Ambiente (AIDA), ONG con sede en México, D.F., menciona los casos de las Comunidades Indígenas Mayagna (Awas) Tingni vs. Nicaragua, Yakye Axa vs. Paraguay, y Sawhoyamaxa vs. Paraguay, y el caso Claude Reyes vs. Chile, este último sobre acceso a la información[80].

C. El desarrollo progresivo del Derecho Ambiental panameño

En los apartados anteriores, expusimos someramente cuáles son los compromisos internacionales adquiridos por Panamá en materia de DESC. A continuación, se examinará cómo Panamá ha dado cumplimiento a la obligación general de adecuar su normativa interna.

Históricamente, Panamá ha sido pionera en la protección del derecho a un ambiente sano. Según el extinto jurista chileno RAÚL BRAÑES BALLESTEROS, la Constitución panameña (1972) fue la primera en Latinoamérica en consagrar esta obligación del Estado, al igual que el deber de promover el desarrollo sostenible[81], incluso antes que el término fuese acuñado internacionalmente por la Comisión Brundtland (1987)[82].

[79] Cfr. CORTE IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, Sent. De 17 jun. 2005, (Fondo, Reparaciones y Costas), párrs. 160-176.
[80] Cfr. AIDA, Op. cit., págs. 59-63.
[81] Cfr. BRAÑES BALLESTEROS, R.. "El derecho para el desarrollo sostenible en la América Latina de nuestros días", *Revista de Derecho Ambiental*, No. 2, Centro de Derecho Ambiental, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2006, pág. 22, y PANAMÁ. *Constitución Política de 1972*, reformada en 1978, 1983, 1994 y 2004, arts. 118 y 119 (en adelante *Constitución panameña*). El Artículo 110 del texto originario, al que se refirió Brañes, decía así: "Es deber fundamental del Estado velar por las condiciones ecológicas, previniendo la contaminación del ambiente y el desequilibrio de los ecosistemas, en armonía con el desarrollo económico y social."
[82] COMISIÓN MUNDIAL SOBRE AMBIENTE Y DESARROLLO (COMISIÓN BRUNDTLAND). *Our Common Future* , Oslo, 20 mar. 1987, párr. 27.

Tal como señalamos a propósito de la normativa interamericana, las disposiciones pertenecientes al Régimen Ecológico de la Constitución[83] deben ser leídas en concordancia con el estándar nacional sobre el derecho a la vida, contenido en el Artículo 17 de la Constitución.

Una interpretación *a contrario sensu* del párrafo primero de dicho precepto nos lleva necesariamente a la conclusión que el derecho a la vida se encuentra reconocido en dicha norma, mientras que si lo interpretamos literalmente, la conclusión es que el Estado está obligado a garantizar este derecho, "protegiéndolo" y "asegurando su efectividad". Ello es congruente con el Artículo 4.1 de la CADH. Por otra parte, utilizando una interpretación finalista, es decir, que atienda al fin perseguido por la norma[84], es razonable concluir que el derecho a la vida resulta vulnerado cuando el Estado crea, por acción u omisión, las condiciones para que se produzca el resultado muerte, aun cuando éste no se haya producido[85].

Se observa entonces que, en lo concerniente al derecho a la vida, el estándar nacional es superior al internacional, toda vez que el Artículo 17 de la Constitución no admite restricciones en el cumplimiento de dicha obligación y la pena de muerte está prohibida constitucionalmente[86]. Cuando ello ocurre en materia de protección de DDHH, prevalece el estándar nacional, el cual no puede ser desmejorado posteriormente por el Estado, a la luz de lo que establece el Artículo 29 de la CADH, al cual ya hemos hecho referencia.

En lo concerniente al desarrollo progresivo del derecho a un ambiente sano a nivel legal y reglamentario, se han creado en total 65 áreas protegidas que cubren el 34.43% del territorio nacional[87], a través de leyes, decretos ejecutivos, resoluciones administrativas de entidades descentralizadas e incluso acuerdos municipales[88], la mayoría de ellas durante la segunda mitad del siglo pasado. En ese mismo período, fueron aprobadas leyes sectoriales sobre recursos hídricos[89], recursos forestales[90], y áreas protegidas y vida silvestre[91], hasta

[83] Cfr. *Constitución panameña*, Arts. 118-121.

[84] Cfr. CORTE IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, Sent. De 29 mar. 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas), Voto Razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 19.

[85] *Supra*, nota 9.

[86] Cfr. *Constitución panameña*, art. 30.

[87] Cfr. PANAMÁ. ANAM: *Informe. El sistema Nacional de Áreas Protegidas*, Panamá, 2006, pág. 9. La primera área protegida de nuestro país fue el Bosque Municipal "El Colmón de Macaracas" (1918). Cfr. ANAM. Ibíd., pág. 8, y PANAMÁ. ASAMBLEA NACIONAL. *Ley No. 27 de 27 dic. 1918*, "Por la cual se declaran inadjudicables en propiedad unas tierras nacionales", Art. 3 (G.O. 3,021 de 20 ene. 1919).

[88] Cfr. Ibíd., págs. 10-11.

[89] Vid. PANAMÁ. COMISIÓN LEGISLATIVA PERMANENTE. *Decreto Ley No. 35 de 22 sep. 1966*, "Mediante el cual se reglamenta el uso de las aguas" (G.O. 15,725 de 14 oct. 1966).

llegar finalmente a la Ley General de Ambiente (LGA)[92], que cumplió su primer decenio en julio de 2008 y en cuya aprobación fue determinante la participación de la sociedad civil organizada[93].

Con la aprobación de la LGA, se creó la Autoridad Nacional del Ambiente (ANAM)[94] y se estableció el Sistema Interinstitucional del Ambiente (SIA), integrado por las Unidades Ambientales Sectoriales (UAS) de todas las instituciones del Estado con competencias ambientales[95]. Durante la primera década del siglo XXI, se han dictado leyes especiales en materia de administración de cuencas hidrográficas[96], delitos contra el ambiente[97] y ordenamiento territorial para el desarrollo urbano[98], así como decretos ejecutivos reglamentarios en materia de comisiones consultivas y denuncias administrativas[99], aprobación de normas de calidad ambiental[100], evaluación

[90] Vid. PANAMÁ. ASAMBLEA LEGISLATIVA. *Ley No. 1 de 3 feb. 1994*, "Por la cual se establece la Legislación Forestal en la República de Panamá y se dictan otras disposiciones" (G.O. 22,470 de 7 feb. 1994).

[91] Vid. PANAMÁ. ASAMBLEA LEGISLATIVA. *Ley No. 24 de 7 jun. 1995*, "Por la cual se establece la Legislación de Vida Silvestre en la República de Panamá y se dictan otras disposiciones", G.O. 22,801 de 7 jun. 1995. Modificada y adicionada mediante *Ley No. 39 de 24 nov. 2005* (G.O. 25,433 de 24 nov. 2005).

[92] Vid. PANAMÁ. ASAMBLEA LEGISLATIVA. *Ley No. 41 de 1 jul. 1998*, "General de Ambiente de la República de Panamá" (LGA), G.O. 23,578 de 3 jul. 1998. Modificada mediante: 1) *Ley No. 44 de 23 nov. 2006*, "Que crea la Autoridad de los Recursos Acuáticos de Panamá, unifica las distintas competencias sobre los recursos marino-costeros, la acuicultura, la pesca y las actividades conexas de la administración pública y dicta otras disposiciones" (G.O. 25,680 de 27 nov. 2006); y 2) *Ley No. 18 de 24 ene. 2003*, "Que crea los corregimientos Las Llanas, segregado del corregimiento La Pitaloza, en el distrito de Los Pozos, provincia de Herrera, y San José, segregado del corregimiento San Juan, en el distrito de San Francisco, provincia de Veraguas; modifica los artículos 22 y 64 de la Ley 58 de 1998, y adopta otras disposiciones" (G.O. 24,731 de 31 ene. 2003), Art. 10. Al momento de redactar este trabajo, se encuentra pendiente de segundo debate en la Asamblea Nacional el Proyecto de Ley No. 462, que la modifica.

[93] Un recuento histórico de este proceso puede ser consultado en WING SOLÍS, Op. cit., págs. 122 y sigs.

[94] Cfr. *LGA*, art. 5.

[95] Cfr. Ibíd., art. 16.

[96] Vid. PANAMÁ. ASAMBLEA LEGISLATIVA. *Ley No. 44 de 5 ago. 2002*, "Que establece el Régimen Administrativo Especial para el manejo, protección y conservación de las cuencas hidrográficas de la República de Panamá" (G.O. 24,613 de 8 ago. 2002).

[97] Vid. PANAMÁ. ASAMBLEA NACIONAL. *Ley No. 5 de 28 ene. 2005*, "Que adiciona un Título, denominado Delitos contra el Ambiente, al Libro II del Código Penal, y dicta otras Disposiciones" (G.O. 25,233 de 4 feb. 2005. Derogado por el Cap. XIII del nuevo Código Penal, *Ley No. 14 de 18 may. 2007* (G.O. 25,796 de 22 may. 2007).

[98] Vid. PANAMÁ. ASAMBLEA NACIONAL. *Ley No. 6 de 1 feb. 2006*, "Que reglamenta el ordenamiento territorial para el desarrollo urbano y dicta otras disposiciones" (G.O. 25,478 de 2 feb. 2006).

[99] Vid. PANAMÁ. MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS (MEF). *Decreto Ejecutivo (D.E.) No. 57 de 16 mar. 2000*, "Por el cual se reglamenta la Conformación y Funcionamiento de las Comisiones Consultivas Ambientales" (G.O. 24,014 de 21 mar. 2000).

[100] Vid. PANAMÁ. MEF. *D.E. No. 58 de 16 mar. 2000*, "Por el cual se reglamenta el Procedimiento para la Elaboración de Normas de Calidad Ambiental y Límites Máximos Permisibles" (G.O. 24,014 de 21 mar. 2000).

de impacto ambiental[101], organización de la ANAM[102], vida silvestre[103], evaluación de auditorías ambientales y programas de adecuación y manejo ambiental[104], recursos bio-genéticos[105], funcionamiento del SIA[106], entre otros, sin mencionar las incontables resoluciones administrativas que regulan diversas materias con mayor detalle.

Vemos pues que Panamá ha sido prolija en fortalecer paulatinamente su legislación e institucionalidad ambientales, buscando cumplir así con su obligación internacional de desarrollo progresivo de los DESC, al menos en los planos normativo e institucional. La mayoría de las normas ambientales panameñas forman parte de nuestro Derecho Administrativo, si bien su naturaleza jurídica sigue estando ubicada dentro del ámbito de los DDHH[107].

D. La tutela judicial del derecho a un ambiente sano en Panamá

Si bien es cierto que todavía hace falta reglamentar un número plural de materias previstas en la LGA y en las normas ambientales sectoriales y complementarias[108], y que siempre habrá necesidad de aprobar nuevas normas o actualizar las vigentes, existe consenso a nivel mundial, en el sentido que una parte sustancial del esfuerzo de los Estados debe encaminarse a lograr la completa y adecuada aplicación de la Ley[109]. A este respecto, el papel de la

[101] Vid. PANAMÁ. MEF. *D.E. No. 59 de 16 mar. 2000*, "Por el cual se reglamenta el Cap. II del Título IV de la Ley 41 de 1 jul. 1998, General de Ambiente de la República de Panamá" (G.O. 24,015 de 22 de marzo de 2000). Derogado por el *D.E. No. 209 de 5 sep. 2006* (G.O. 25,625 de 6 sep. 2006).

[102] Vid. PANAMÁ. MEF. D.*E. No. 207 de 7 sep. 2000*, "Por medio del cual se establece la nueva estructura organizacional y funciones adoptada por la Autoridad Nacional del Ambiente y presentada al Ejecutivo, por conducto del Ministerio de Economía y Finanzas, tal como se describe en la Ley 41 de 1 jul. 1998" (G.O. 24,137 de 12 sep. 2000).

[103] Vid. PANAMÁ. MEF. *D.E. No. 43 de 7 jul. 2004*, "Que reglamenta la Ley 24 de 7 jun. 1995 y dicta otras Disposiciones" (G.O. 25,091 de 12 jul. 2004).

[104] Vid. PANAMÁ. MEF. *D.E. No. 57 de 10 ago. 2004*, "Por el cual se reglamentan los Arts. 41 y 44 del Cap. IV del Título IV, de la Ley 41 de 1 jul. 1998, General de Ambiente de la República de Panamá" (G.O. 25,115 de 13 ago. 2004).

[105] Vid. PANAMÁ. MEF. *D.E. No. 257 de 17 oct. 2006*, "Que reglamenta el Art. 71 de la Ley 41 de 1 jul. 1998, General de Ambiente" (G.O. 25,660 de 25 oct. 2006). Derogado por el *D.E. 25 de 29 abr. 2009* (G.O. 26,272 de 30 abr. 2009).

[106] Vid. PANAMÁ. MEF. D.*E. No. 314 de 19 dic. 2006*, "Que aprueba el reglamento del Art. 16 de la Ley 41 de 1 jul. 1998, para el funcionamiento del Sistema Interinstitucional del Ambiente" (G.O. 25,700 de 28 dic. 2006).

[107] Cfr. *Curso de Derecho Ambiental*, p. 34.

[108] Un listado completo de las materias contenidas en la LGA que requieren desarrollo reglamentario puede ser consultado en WING SOLÍS, Op. cit., pp. 141-143.

[109] Cfr. INTERNATIONAL NETWORK FOR ENVIRONMENTAL COMPLIANCE AND ENFORCEMENT (INECE). *Implementing Enviromental Legislation: The Critical Role of Enforcement and Compliance, 4th IUCN Academy of Environmental Law Colloquium, Pace Law School*, White Plains, 16-20 oct. 2006.

judicatura es de suma importancia, no sólo como "freno y contrapeso" de la acción administrativa, sino también como orientadora de la misma, y como instrumento para el desarrollo progresivo del derecho a un ambiente sano.

1. Mecanismos tutelares y objeto procesal

En Panamá, el control constitucional objetivo o nomofiláctico se da a través de la acción pública de inconstitucionalidad, de competencia privativa del Pleno de la CSJ, que puede ser ejercitada contra "leyes, decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos... por razones de fondo o de forma"[110].

El control constitucional subjetivo u homofiláctico se da principalmente a través de la acción de amparo[111], que puede ser ejercitada por la persona afectada por una orden de hacer o de no hacer dictada por un funcionario público[112], y cuyo conocimiento es de competencia de los Juzgados de Circuito del Ramo Civil, los Tribunales Superiores de Distrito Judicial del mismo ramo, o el Pleno de la CSJ, según la jurisdicción territorial de la autoridad que dictó la orden[113].

Otro mecanismo tutelar de carácter subjetivo, ya en la esfera del control de legalidad, es la acción contencioso-administrativa de protección de DDHH, que puede ejercitarse contra actos administrativos emitidos por autoridades nacionales que violen DDHH, la cual es de competencia de la Sala Tercera de la CSJ[114].

La ubicación de la acción de amparo dentro del Capítulo I (Garantías Fundamentales) del Título I (Derechos y Deberes Individuales y Sociales) de la Constitución, integrado principalmente por derechos civiles y políticos, nos lleva a concluir que la misma fue concebida originalmente para tutelar DDHH de primera generación, lo cual es corroborado por la historia constitucional de nuestro país[115]. De hecho, tal criterio fue adoptado originalmente por la Sala Tercera de la CSJ con respecto a la acción de protección de DDHH[116].

[110] Cfr. *Constitución panameña*, art. 206, num. 1.
[111] Cfr. PANAMÁ. CSJ. PLENO. *Auto de 31 may. 1993* (Acción de amparo, *La Confianza, S.A. vs. Contralor General de la República*). MP: FABIAN A. ECHEVERS.
[112] Cfr. *Constitución panameña*, Art. 54. Las otras dos acciones de control constitucional subjetivo son el hábeas corpus y el hábeas data.
[113] Cfr. PANAMÁ. *Código Judicial. Texto Único*, Art. 2616. Adoptado por la Comisión de Gobierno, Justicia y Asuntos Constitucionales de la Asamblea Legislativa, y el Pleno de la CSJ mediante *Resolución No. 1 de 30 ago. 2001* (G.O. 24,384 de 10 sep. 2001).
[114] Cfr. *Código Judicial*, Art. 97, num. 15.
[115] La acción de amparo fue introducida por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico por la Constitución Política de 1941, con la intención de garantizar los derechos individuales. Cfr. MOSCOTE, J. D.: *El Derecho Constitucional Panameño. Antecedentes, Doctrinas y Soluciones*, Universidad de Panamá, Panamá, 1960, págs. 178-180.
[116] Cfr. PANAMÁ. CSJ. SALA TERCERA. *Auto de 1 nov. 1995* (Acción de protección de DDHH, *Lina Vega Abad vs. Instituto Nacional de Recursos Naturales Renovables (INRENARE) & Ministerio de Obras Públicas (MOP)*). MP: EDGARDO MOLINO MOLA.

No obstante, con la reforma de 2004, se incorporó al Artículo 17 del texto constitucional una cláusula de derechos innominados, muy similar a la colombiana[117], extendiendo dicho mecanismo tutelar a los DDHH de segunda y tercera generación, entre los cuales se cuenta el derecho a un ambiente sano. Este criterio fue avalado recientemente por la Sala Tercera de la CSJ, que interpretó dicho precepto constitucional en concordancia con los artículos 1.1, 2 y 26 de la CADH[118].

También es digna de mención, a la luz de la participación ciudadana en la toma de decisiones en materia ambiental[119], la acción de hábeas data, que garantiza el acceso a la información de fuentes públicas, creada primero mediante disposición legal[120], y luego constitucionalizada y ampliada con la reforma de 2004[121].

2. Legitimación procesal

La Sala Tercera de la CSJ reconoció en forma temprana la legitimación procesal activa de cualquier persona para pedir el reconocimiento de derechos o intereses difusos, a través de la acción contencioso-administrativa de plena jurisdicción[122], a pesar que el objeto de dicho mecanismo procesal es "una reparación por lesión de derechos subjetivos"[123]. Posteriormente, a través de la LGA, este criterio jurisprudencial cristalizó en materia administrativa y fue ampliado a las jurisdicciones civil y penal[124]. Años después, la Sala Tercera le dio un nuevo giro a esta legitimación procesal activa, al reconocer que la misma le asiste incluso a los representantes del Ministerio Público, cuando demandan la nulidad de un acto administrativo en función de derechos o intereses difusos[125].

[117] Cfr. *Constitución colombiana*, Art. 94.
[118] Cfr. PANAMÁ. CSJ. SALA TERCERA. *Sent. de 27 nov. 2008* (Acción de protección de DDHH, *Syngenta, S.A. vs. Dirección Nacional de Sanidad Vegetal del Ministerio de Desarrollo Agropecuario*). MP: ADÁN ARNULFO ARJONA L.
[119] Cfr. *Declaración de Río*, Principio 10.
[120] Cfr. PANAMÁ. ASAMBLEA LEGISLATIVA. *Ley No. 6 de 22 ene. 2002*, "Que dicta normas para la transparencia en la gestión pública, establece la acción de Hábeas Data y dicta otras disposiciones" (G.O. 24,476 de 23 ene. 2002).
[121] Cfr. *Constitución panameña*, art. 44.
[122] Cfr. PANAMÁ. CSJ. SALA TERCERA. *Auto de 12 mar. 1993* y *Sent. de 22 jun. 1994* (Acción de plena jurisdicción, *Asociación Nacional para la Conservación de la Naturaleza (ANCON) vs. INRENARE*). MP: ARTURO HOYOS.
[123] PANAMÁ. ASAMBLEA NACIONAL. *Ley No. 33 de 11 sep. 1946*, "Por la cual se reforma la Ley 135 de 1943, Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa" (G.O. 10,113 de 2 oct. 1946), Art. 27.
[124] Cfr. *LGA*, Art. 111.
[125] Cfr. PANAMÁ. CSJ. SALA TERCERA. *Auto de 28 jul. 2004* (Acción de nulidad, *Fiscal Quinto de Circuito del Primer Circuito Judicial de Panamá contra dos Resoluciones de Gabinete y un Contrato Administrativo*). MP: ADÁN ARNULFO ARJONA L.

En cuanto a legitimación procesal pasiva, la LGA prevé un régimen de triple responsabilidad ambiental independiente, en materia administrativa, civil y penal, por daños al ambiente, por lo que cualquier persona puede ser encontrada responsable, en cualquiera de estas tres esferas o en todas, por el mismo hecho generador de riesgo o daño ambiental[126].

3. Justiciabilidad del derecho a un ambiente sano a nivel constitucional

Tras la vuelta a la democracia (1990), le correspondió al Pleno de la CSJ interpretar por primera vez, por vía de la acción de inconstitucionalidad, los artículos del Régimen Ecológico de la Constitución, los cuales fueron declarados normas programáticas, y por tanto, no justiciables[127]. Otro tanto ocurrió en repetidas ocasiones con el Artículo 17 de la Constitución, que consagra el derecho a la vida (y que en aquella época se circunscribía a su actual párrafo primero), aun cuando este derecho sea considerado como "prerrequisito para el disfrute de todos los demás DDHH"[128] y materia de *jus cogens*[129].

Las anteriores interpretaciones prevalecieron hasta que la reforma de 2004 adicionó al Artículo 17 la cláusula de derechos innominados a la que ya hicimos referencia, hoy contenida en su segundo párrafo. El antiguo criterio puede encontrarse aún en múltiples fallos posteriores a dicha reforma. Sin embargo, en los últimos años, el Pleno de la CSJ ha accedido en varias ocasiones a examinar y pronunciarse por vía de amparo sobre cargos de violación a dicho artículo, aunque por el momento sólo lo ha hecho indirectamente, es decir, en conjunto con otros preceptos constitucionales, entendiéndose que el mismo impone al Estado una obligación de carácter general[130].

Lo anterior nos lleva a pensar que es cuestión de tiempo antes que el Pleno de la CSJ acceda a pronunciarse en el fondo, por vía de amparo, sobre violaciones al Régimen Ecológico de la Constitución. No obstante, ello aún no ha ocurrido.

---

[126] *Supra*, nota 124.
[127] Cfr. PANAMÁ. CSJ. PLENO. Sent. de 13 sep. 1996 (Acción de inconstitucionalidad, *Sociedad Audubon de Panamá contra la Ley No. 29 de 23 jun. 1995*). MP: ARTURO HOYOS.
[128] CORTE IDH. *Caso Villagrán Morales vs. Guatemala (Niños de la Calle)*, Sent. De 19 nov. 1999 (Fondo), párr. 144.
[129] Cfr. Ibíd., Voto Concurrente Conjunto de los Jueces A. CANÇADO TRINDADE y A. ABREU BURELLI, párr. 2.
[130] Vid. PANAMÁ. CSJ. PLENO. Sent. de 6 ene. 2009 (Acción de amparo, *Gopu Mahboobani vs. Juez de Niñez y Adolescencia de la Provincia de Colón y la Comarca Kuna Yala*). MP: Adán Arnulfo Arjona L., y Sent. de 10 mar. 2009 (Acción de amparo, *El Rastro de Alessandría, S.A. vs. Tribunal Superior de Trabajo del Primer Distrito Judicial*). MP: ADÁN ARNULFO ARJONA L.

Para concluir este punto, vale la pena reiterar el criterio esbozado por el extinto constitucionalista panameño CÉSAR A. QUINTERO CORREA, el cual ya hemos citado en anteriores trabajos[131]:

> Con respecto a la jerarquía de las normas contenidas en la Constitución, nos afiliamos al sector doctrinario que propugna la igualdad jerárquica de todas ellas. Nos referimos incluso a las normas programáticas... Dichas disposiciones, a pesar de su índole, han de tener nominalmente la misma jerarquía normativa que los demás preceptos de la Constitución[132].

4. Justiciabilidad del derecho a un ambiente sano a nivel legal y reglamentario

Durante la última década, profusa jurisprudencia ha reconocido el carácter justiciable del derecho a un ambiente sano en lo contencioso-administrativo. Así, por ejemplo, haciendo uso de su potestad cautelar[133], la Sala Tercera ha suspendido un número plural de actos administrativos con base en consideraciones ambientales. Recientemente, se aplicó por primera vez el principio precautorio[134], al suspender provisionalmente una concesión para la extracción de arena continental en un área de manglar[135], y una resolución que regula la instalación de torres y antenas generadoras de emisiones radioeléctricas[136].

Uno de los temas que mayor cantidad de litigios ambientales ha generado ha sido el de áreas protegidas, lo cual comprueba la constante presión de los intereses particulares antagónicos al bien común, a la cual nos hemos referido en trabajos anteriores[137]. Por ello, examinaremos algunos casos emblemáticos relacionados con este tema, para ilustrar la manera en que ha ido evolucionando la tutela judicial del derecho a un ambiente sano:

---

[131] Cfr. WING SOLÍS, Op. cit., pág. 108 y *Curso de Derecho Ambiental*, pág. 53.
[132] QUINTERO CORREA, C. A.: "Método y Técnica de la Interpretación Constitucional," en ASOCIACIÓN PANAMEÑA DE DERECHO CONSTITUCIONAL (APADEC). *Interpretación Constitucional*, Edit. Mizrachi & Pujol, Panamá, 1999, pág. 43.
[133] Cfr. PANAMÁ. ASAMBLEA NACIONAL. *Ley No. 135 de 30 abr. 1943*, "Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa" (G.O. 9,097 de 12 may. 1943), Arts. 73 y sigs.
[134] Cfr. *Declaración de Río*, Principio 15.
[135] Cfr. PANAMÁ. CSJ. SALA TERCERA. *Auto de 24 nov. 2008* (Acción de nulidad, *Dora M. Villarreal, Elida G. de Aparicio y Otros contra una Concesión otorgada por el Ministerio de Comercio e Industrias (MICI)*). MP: ADÁN ARNULFO ARJONA L.
[136] Cfr. PANAMÁ. CSJ. SALA TERCERA. *Auto de 21 abr. 2009* (Acción de nulidad, *Consejo Municipal de Panamá contra una Resolución de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos (ANSP)*). MP: ADÁN ARNULFO ARJONA L.
[137] Cfr. WING SOLÍS, Op. cit., págs. VII-VIII.

4.1 Corredor Norte

En este caso, se modificó la Ley que creó Parque Natural Metropolitano (PNM), "Pulmón de la Ciudad de Panamá", para permitir la construcción de esta carretera de peaje a través del mismo (1995). Una demanda de inconstitucionalidad fue negada porque los cargos estaban fundados en gran medida en el Régimen Ecológico y por estimarse infundado el cargo de violación a la irretroactividad de la Ley[138]. Por otro lado, una acción de amparo contra la orden de proceder dictada por el Ministerio de Obras Públicas (MOP) no fue admitida por considerarse que el acto impugnado no revestía el carácter de orden de hacer[139]. Finalmente, una acción de protección de DDHH tampoco fue admitida, por considerarse que la misma no podía impetrarse para tutelar derechos o intereses difusos[140]. Sin embargo, la acción de nulidad presentada por la empresa PYCSA Panamá, S.A., concesionaria del Corredor Norte, contra la multa impuesta por el fenecido Instituto Nacional de Recursos Naturales Renovables (INRENARE), por el incumplimiento de las medidas de mitigación ambiental, fue fallada en contra, confirmando así dicha sanción pecuniaria[141]. Vale la pena mencionar que la empresa incumplió un contrato privado suscrito con el Patronato del PNM (persona jurídica de Derecho Privado), mediante el cual se había obligado a indemnizarlo por los daños ambientales causados. Por ello, el Patronato promovió un proceso civil ordinario de mayor cuantía, el cual fue fallado a favor en primera y segunda instancia, estando pendiente de resolver el recurso de casación promovido por la empresa ante la Sala Primera de la CSJ.[142]

4.2 Camino Ecológico Boquete-Cerro Punta

En este caso, se modificó el Decreto que creó el Parque Nacional Volcán Barú (PNVB) en la Provincia de Chiriquí, para permitir que dicha carretera lo atravesara (2003). Una acción de nulidad, promovida por uno de los Fiscales Ambientales del Ministerio Público contra las autorizaciones administrativas y el contrato de obra pública, fue inicialmente inadmitida por supuesta falta de legitimación activa[143], pero luego admitida al resolverse la apelación contra

[138] *Supra*, nota 127.
[139] Cfr. PANAMÁ. CSJ. PLENO. *Auto de 8 sep. 1995* (Acción de amparo, *Sociedad Audubon de Panamá vs. MOP*). MP: MIRTZA ANGÉLICA FRANCESCHI DE AGUILERA.
[140] *Supra*, nota 116.
[141] Cfr. PANAMÁ. CSJ. SALA TERCERA. *Sent. de 31 oct. 2000* (Acción de nulidad, *PYCSA Panamá, S.A. contra una Resolución del INRENARE*). MP: MIRTZA ANGÉLICA FRANCESCHI DE AGUILERA.
[142] Vid. PANAMÁ. CSJ. SALA PRIMERA. *Auto de 16 mar. 2009* (Recurso de casación, *PYCSA Panamá, S.A. vs. Patronato del Parque Natural Metropolitano*). MP: ALBERTO CIGARRUISTA CORTÉZ.
[143] Cfr. PANAMÁ. CSJ. SALA TERCERA. *Auto de 22 feb. 2003* (*Supra*, nota 125). MP: WINSTON SPADAFORA F.

dicha decisión[144], y finalmente resuelta en forma favorable, declarándose ilegales los actos demandados, por ser incompatibles con los fines de conservación del PNVB[145]. Posteriormente se declaró sustracción de materia sobre otra acción similar contra el cambio reglamentario, promovida por ANCON y el Defensor del Pueblo[146].

4.3 Proyecto Minero Cerro Petaquilla

Se trata de una mina de oro a cielo abierto cuyos graves impactos ambientales sobre el Parque Nacional Omar Torrijos Herrera (El Copé) y las comunidades aledañas han trascendido a la opinión pública (2005-). Una advertencia de ilegalidad contra el reglamento de EIA fue negada con fundamento en que el contrato ley entre el Estado y la empresa (1997) no tiene jerarquía legal, y por consiguiente no exime a la empresa de cumplir con la normativa *erga omnes* de protección ambiental[147].

4.4 Proyecto Red Frog Beach Club (Fase 2)

Se trata de un proyecto hotelero turístico adyacente al Parque Nacional Marino Isla Bastimentos en la Provincia de Bocas del Toro, cuyo EIA fue aprobado por la ANAM (2007) a pesar de la fragilidad del área protegida y de los conceptos técnicos adversos emitidos por varias UAS. Una acción de nulidad contra la resolución aprobatoria de dicho EIA fue fallada favorablemente, por violaciones a la normativa de protección ambiental legal y reglamentaria, así como a cuatro tratados internacionales ambientales[148].

La forma en que han evolucionado los anteriores casos emblemáticos ilustra claramente cómo el alto grado de protección actual, derivado del profuso desarrollo legal y reglamentario expuesto anteriormente, hace cada vez más insostenible seguir calificando al Régimen Ecológico de la Constitución como programático.

---

[144] *Supra*, nota 125.

[145] Cfr. PANAMÁ. CSJ. SALA TERCERA. *Sent. de 9 feb. 2006* (*Supra*, nota 125). MP: WINSTON SPADAFORA F.

[146] Cfr. PANAMÁ. CSJ. SALA TERCERA. *Auto_de 19 ago. 2005* (Acción de nulidad, *ANCON y Defensor del Pueblo contra el Decreto Ejecutivo No. 107 de 13 nov. 2003*). MP: JACINTO A. CÁRDENAS M.

[147] Cfr. PANAMÁ. CSJ. SALA TERCERA. *Sent. de 29 jul. 2008* (Advertencia de ilegalidad contra el D.E. 209 de 2006, *Petaquilla Gold, S.A. vs. ANAM*). MP: ADÁN ARNULFO ARJONA L.

[148] Cfr. PANAMÁ. CSJ. SALA TERCERA. *Sent. de 27 nov. 2008* (Acción de nulidad, *Rutilo Milton Beker & Delfino Hooker Midi contra una Resolución de la ANAM*). MP: WINSTON SPADAFORA F.

V. Conclusión

Tal vez sin estar del todo consciente de ello, el Estado panameño ha hecho ingentes esfuerzos por llevar a la práctica los estándares interamericanos de DDHH en materia de DESC, y concretamente en lo que se refiere al derecho a un ambiente sano. Sin embargo, todavía queda mucho por hacer. Lo importante es que todos los operadores del sistema continúen internalizando, profundizando y ampliando a todos los niveles, a través de sus actuaciones y decisiones, los parámetros propuestos. Esperamos que este trabajo contribuya de algún modo al logro de este objetivo.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR ACTOS ADMINISTRATIVOS IMPUGNADOS ANTE JURISDICCIÓN SUPRANACIONAL Y ANACIONAL

Cristóbal Miguel Gómez Gutiérrez

I. Introducción

Ya no se trata de dilucidar si el Estado puede ser responsable patrimonialmente por sus actividades. De esto ya tenemos conocimiento que sí lo es aunque no sin haberse trasladado a lo largo de la historia por cuatro momentos: a) el del no reconocimiento de la responsabilidad del Estado, b) el del reconocimiento de la responsabilidad de los servidores públicos por sus actuaciones dolosas o culposas, c) el reconocimiento de la responsabilidad del Estado por funcionamiento anormal o conducta ilícita, y d) el reconocimiento de que el Estado también puede ser responsable por conductas que le son normales y lícitas[1]. En este breve ensayo más bien procuraremos presentar varias aristas de las implicaciones de esta responsabilidad del Estado, enfocados en un tema pocas veces contemplado bajo una crítica jurídica sino que política, y es el de la impugnación de la actividad administrativa ante jurisdicción supranacional o anacional.

Los supuestos de hecho para la aparición de la responsabilidad civil o patrimonial no cambian. Aunque aún haya detalles sutil o eternamente debatidos en la doctrina iusprivatista, se necesita para declarar a una persona responsable: a) una acción, b) la imputabilidad, c) un daño, y d) una relación de causalidad. Esto ha sido así desde la misma *Lex Aquilia de Damno Injuria Dato* hasta nuestros días, siendo quizá la más importante de las reformas en su conceptualización, la llegada durante la revolución industrial de la denominada responsabilidad objetiva, o la que no necesita de la culpa del responsable legalmente para originar la obligación de indemnizar.

[1] Vid. JINESTA LOBO, E.: *La Responsabilidad del Estado Juez*. Investigaciones Juridicas, Costa Rica, 2004, págs. 11 y sigs. FERNÁNDEZ VALVERDE, R.: "El Control del Funcionamiento de los Servicios Públicos por los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo: La Responsabilidad Patrimonial de la Administración". Aparece en *Estudios de Derecho Judicial. Claves para la Reforma de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Escuela Judicial, Panamá, 2000, Págs. 207 y sigs. A partir de la página 211 se hace una síntesis de la evolución en el Derecho comparado, que no deja de contemplar cómo en el Derecho Anglosajón, en el que se protege una suerte de "infalibilidad de la corona" ("*the king can not do wrong*"), termina por aceptar que el Estado puede ser condenado a indemnizar perjuicios: Estados Unidos en 1946 y Gran Bretaña en 1947.

Sabemos que en el Derecho interno es la sala III de lo Contencioso Administrativo la entidad con competencia privativa en materia de indemnizaciones Estatales[2]. Al respecto en el art. 97 del Código Judicial (CJ) se establece que:

> **Artículo 97.** A la Sala Tercera le están atribuídos (sic) los procesos que se originen por actos, omisiones, prestaciones defectuosas o deficientes de los servidores públicos, resoluciones, órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten, expidan o en que incurran en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, los funcionarios públicos o autoridades nacionales, provinciales, municipales y de las entidades públicas autónomas o semiautónomas.
>
> En consecuencia, la Sala Tercera conocerá en materia administrativa de lo siguiente: [...]
>
> 8. De las indemnizaciones de que deban responder personalmente los funcionarios del Estado, y de las restantes entidades públicas, por razón de daños o perjuicios causados por actos que esta misma Sala reforme o anule;
>
> 9. De las indemnizaciones por razón de la responsabilidad del Estado, y de las restantes entidades públicas, en virtud de daños o perjuicios que originen las infracciones en que incurra en el ejercicio de sus funciones o con pretexto de ejercerlas cualquier funcionario o entidad que haya proferido el acto administrativo impugnado;
>
> 10. De las indemnizaciones de que sean responsables directos el Estado y las restantes entidades públicas, por el mal funcionamiento de los servicios públicos a ellos adscritos.

Es de todo letrado conocido la regla general de impugnación del acto administrativo, eso de que primero se debe agotar la vía gubernativa para luego acceder a alguno de los procesos contenciosos administrativos, ya el de nulidad o ya el de plena jurisdicción. Están también dentro del abanico de opciones, el amparo de garantías constitucionales, y el poco ejercitado "proceso de protección de los derechos humanos", contemplado en el numeral 15 del recién citado artículo del Código Judicial. Ahora bien, nos gustaría presentar que dentro del abanico de posibilidades está, aun si es más oneroso para el interesado, el recurrir a jurisdicciones supranacionales o anacionales.

El término impugnación que utilizamos en el título de este ensayo, sin ser reduccionistas a su acepción técnico procesal[3], hace referencia a las

[2] Un excelente estudio del desarrollo jurisprudencial lo ha hecho la Juez APARICIO, G. en *La responsabilidad civil del Estado a través de la Jurisprudencia en los últimos diez años*. Ensayo publicado en el servidor INFOLEX de Sistemas Juridicos, S.A. (¿2000?).

[3] Está muy claro que el acceso a la jurisdicción de índole humanista como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, o humanitaria como la Corte Penal Internacional no se trata de una impugnación al estilo de una casación internacional o tercera o cuarta instancia. Se requiere

Cont.

posibilidades con las que cuenta la defensa técnica de la persona agraviada por un acto administrativo[4], o mejor, una actividad administrativa[5]. Es decir, sin apartarnos del debido análisis a las normas aplicables y vigentes, quisiéramos presentar también que dentro de las aristas a contemplar no solamente están otras autoridades competentes, sino también otros ejercicios que no excluyen la actividad diplomática o política. Por el momento analizaremos la impugnación que requerirá que el abogado presente su reclamación en suelo distinto de donde se originó el hecho dañoso.

II. Las jurisdicciones supranacionales y anacionales

Por jurisdicción supranacional nos referimos a toda la institución procesal que gira en torno a aquellos tribunales constituidos mediante tratados internacionales, principalmente su competencia y derecho sustantivo aplicable. Cuatro ejemplos de estos tribunales son la Corte Internacional de Justicia (CIJ), en La Haya, Países Bajos, para materias de Derecho Internacional Público, creada en 1945 coetánea con la Carta de las Naciones Unidas; el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), creado por la Convención de Washington de 1966, adscrito al Banco Mundial con sede en Washington, cuya tarea es el servir de centro de arbitrajes de inversiones; las Cortes regionales de Derechos Humanos, siendo la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH[6]) la que nos corresponde, con competencia en materias de derechos humanos consagrados en el Pacto de San José de 1969; y la Corte Penal Internacional (CPI), con sede en La Haya, Países Bajos, con competencia sobre los cuatro crímenes internacionales[7] establecidos en el artículo 5 del Estatuto de Roma de 1998. Panamá ha reconocido la competencia de cada una de estas instancias.

De los cuatro tribunales aquí presentados, no haremos mayor desarrollo del primero (CIJ) ni del último (CPI) por parecernos las opciones menos posibles de ocurrir como viables; aun si de una u otra manera en todas puede haber

siempre probar no que la actividad jurisdiccional del Estado victimario fue agotada, sino que fue insuficiente o cómplice.

[4] Algún penalista –seguramente litigante– dijo alguna vez, que dentro de las "defensas penales" debía mencionarse la huída del sindicado. Alegaba, no sin buen argumento, el estado natural y por ende psicológicamente perseguible de la libertad del hombre. Esto lo decimos en insinuación a la existencia de posibilidades no tradicionales o no muy conocidas de defensa del interesado.

[5] Es práctico que sepamos que al recurrir ante un tribunal de índole humanista en éste se examinarán hechos administrativos más allá del mero acto administrativo, por lo que preferimos la expresión "impugnación de la actividad administrativa".

[6] Aunque estas siglas corresponden más propiamente a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, agente de instrucción y fiscal ante la Corte Interamericana, y es, junto con ésta, una de las entidades guardianas del Pacto de San José.

[7] Genocidio (art. 6), crímenes de lesa humanidad (art. 7), crímenes de guerra (art. 8) y el de agresión, aún no definido.

declaraciones sobre responsabilidad patrimonial, en la CIJ sólo son partes los Estados, y en la CPI sólo pueden ser condenadas personas.

También podría mencionarse como auténtica jurisdicción supranacional el Órgano de Apelación de la OMC. En ella se revisan también las actividades administrativas de los Estados miembros, las que afectan el comercio internacional, mas, las medidas que se toman en él no serían parte de nuestro estudio por cuanto no implican necesariamente la imposición de obligaciones patrimoniales a los Estados condenados.

La jurisdicción anacional es la que no posee nacionalidad, en desarrollo de aquella postura arbitralista que sostiene que los laudos internacionales, comerciales o de inversión, para ser precisamente independientes frente a las partes no debieran ser considerados proferidos en el mismo Estado de o ser "con-nacionales" de alguna de estas, y así se convierten en "laudos extranjeros" para el Derecho interno del país en que se ejecutarán. Extranjeros incluso, como ocurre en Panamá con el arbitraje comercial internacional, si se dictasen en territorio panameño (cf. art. 40 del DL 5/99). Anacional en fin, porque cuando se recurre al arbitraje internacional de poco sirve saber en qué país se expidió el laudo, sino en qué país se ejecutará.

A. Actividad administrativa contraria a los derechos humanos

Refirámonos ahora a algo de casuística. Nuestro país ha sido condenado tres veces por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estos casos son: a) el *Baena Ricardo et. al. vs. Panamá*, de 2 de febrero de 2001 en el que se condena a Panamá a pagar las sumas de US$ 123,000 en concepto de daños morales, gastos y costas, a cada uno de los 270 trabajadores pertenecientes a un movimiento sindicalista de servidores públicos[8] despedidos[9] en violación de los principios de legalidad y de irretroactividad de la ley, las garantías judiciales y protección judicial, y la libertad de asociación; b) el caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, de 18 de agosto de 2008, en el que se condenó a pagar al desaparecido señor Portugal la suma de US$ 66,000 que serán repartidos entre sus tres cercanos parientes, más una compensación de daños inmateriales

[8] Entre ellos del antiguo Instituto de Recursos Hidráulicos y Electrificación (IRHE), del antiguo Instituto Nacional de Telecomunicaciones (INTEL), de la Autoridad Aeroportuaria Nacional, Empresa Estatal de Cemento Bayano, Instituto Nacional de Recursos Naturales Renovables (INRENARE), Institutos de Acueductos y Alcantarillados Nacionales (IDAAN), Ministerio de Obras Públicas y Ministerio de Educación.

[9] Las causas y competencias para el despido se fundamentaron nada menos que en una Ley a todas luces hecha para sofocar el referido movimiento sindical. Se trata de la Ley 25 de 1990, sugerida por el Gobierno y declarada Constitucional por la Corte Suprema de Justicia.

a éstos en suma que asciende a US$ 140,000 que deberán –o mejor dicho debieron– ser pagados al cabo del año de la sentencia, más US $30,000 en concepto de costas y gastos; y el caso de reciente data, el *Tristán Donoso vs. Panamá*, de 27 de enero de 2009, en el que se condena al Estado panameño a pagar las sumas de US$ 30,000 en concepto de daño inmaterial, costas y gastos, a favor de éste abogado y sus representados.

En definitiva, el Estado puede ser y ha sido condenado. Y no sólo a la entrega de valores pecuniarios. En el *Heliodoro Portugal*, el Estado debe por ejemplo celebrar un acto público en reconocimiento de su falta y, en el *Tristán Donoso*, se debe hacer una publicación de algunos párrafos determinados de la sentencia en un periódico de circulación nacional. Desconocemos si estas obligaciones han sido pagadas.

Podemos hacer alusión también al caso *Ivcher Bronstein vs. Perú* de 6 de febrero de 2001, y junto a él a muchos otros, en el que la actividad administrativa ha resultado ser ya culposa o ya dolosamente responsable de agraviar los derechos humanos internacionalmente reconocidos. En el *Ivcher Bronstein***,** un ciudadano naturalizado peruano de origen israelí, dueño mayoritario de un canal de televisión que adversó el gobierno del entonces presidente Alberto Fujimori, fue objeto de una persecución política[10]. Además de situaciones lamentables en el orden penal, comercial y procesal, desde el punto de vista administrativo las actuaciones perjudiciales fueron las siguientes: se le abrió injustificadamente un proceso en la Dirección Nacional de Policía Fiscal, se expidió un reglamento de la Ley de Nacionalidad que repentinamente permitió cancelar la nacionalidad de los peruanos naturalizados[11], y se expidió una Resolución Directoral dejando sin efecto el título de nacionalidad peruana al señor Ivcher y esto sin darle oportunidad de oposición.

B. Actividad administrativa condenada en arbitraje

Desarrollemos un poco la idea del arbitraje de inversiones. Así como existe una diferencia entre el Derecho Internacional Privado y el Derecho Internacional Privado, deseo representar la diferencia, o mejor, relacionar a cada una de estas ramas respectivamente, al arbitraje comercial internacional y al arbitraje de inversiones. Y digo relacionar porque me encuentro académicamente comprometido a distinguir como autónomo al Derecho Arbitral.

[10] Los hechos del caso, y en particular los actos administrativos relativos, pueden leerse tanto en los párrafos 76 y ss. de la misma sentencia de fondo, como en CAMPOS TORRES, J.: "La ejecución interna de la sentencia internacional de la corte interamericana de Derechos Humanos en el caso Ivcher Bronstein. Una ejecución particular en el Perú que maximiza la tutela supranacional". Aparece en la *Revista No. 45 del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, enero-junio 2007, págs. 292 y sigs.

[11] Sólo podían operar canales de televisión los nacionales peruanos.

En el arbitraje de inversiones el Estado es una de las partes. El centro de arbitraje de inversiones por excelencia lo es el CIADI. En él, los laudos arbitrales son públicos, se pueden ver en la página web. Esto es precisamente en evidencia de las connotaciones públicas del arbitraje de inversiones, y a tal punto es una relación procesal pública internacional que hasta se está desarrollando la posibilidad de las actuaciones de *amicus curiae* en dicha institución, por ejemplo en temas medioambientales. Por cierto que no debemos dejar de decir que arbitrajes de inversiones se pueden presentar perfectamente ante otras entidades arbitrales como el de la Cámara de Comercio de París, o el de la Cámara de Comercio de Panamá, en cuyo caso los laudos son confidenciales por principio.

Ocurre con el arbitraje de inversiones también una característica peculiar y diferenciante con los arbitrajes comunes, comerciales o no, internacionales o domésticos. Por principio, sólo se puede acceder al arbitraje con la preexistencia de un acuerdo de voluntades de las partes en conflicto en el sentido de someter el asunto ante un tercero independiente e imparcial. Pero resulta que en los denominados TBI's (Tratados Bilaterales de Inversión) y TMI's (Tratados Multilaterales de Inversión), que están proliferando cada vez más en el mundo, son ya cajoneros los títulos referentes a los arreglos de diferencias que contienen como procedimiento aplicable al arbitraje. En estos procedimientos se puede establecer (palabras más palabras menos) que los conflictos relativos a perjuicios causados al inversor nacional de uno de los Estados partes, en el territorio del otro Estado parte serán remitidos al CIADI, o serán resueltos con las reglas del CIADI. He aquí entonces un punto diferencial del arbitraje de inversiones del arbitraje tradicional: para activar la jurisdicción arbitral no se requiere una declaración oficial por parte del Estado de acceder a someter a arbitraje el caso determinado, basta con que el interesado invoque el Tratado.

Esto no es inconstitucional en nuestro país, que ya ha superado las discusiones sobre el monismo o el dualismo en materia de Derecho Internacional. El artículo 4 de la Carta Magna establece claramente que "la República de Panamá acata las normas del Derecho Internacional". El Derecho Arbitral de Inversiones ya se ocupó en sus inicios históricos de rechazar las pretensiones de algunos Estados de enervar la jurisdicción arbitral y desconocer el *pacta sunt servanda*, excusándose en la falta de regulación o falta de acatamiento de normas del Derecho interno. Esto sería una clara violación al Derecho de los Tratados.

Podemos dar también fundamento Constitucional a la figura en una interpretación amplia, que no exagerada, del último párrafo del numeral 4to del artículo 200 de la Constitución Política:

> **Artículo 200.** Son funciones del Consejo de Gabinete:
>
> 1. [...]
>
> 4. Acordar con el Presidente de la República que este pueda transigir o someter a arbitraje los asuntos litigiosos en que el Estado sea parte, para lo cual es necesario el concepto favorable del Procurador General de la Nación.
> Éste numeral no se aplicará a los convenios arbitrales pactados contractualmente por el Estado, los cuales tendrán eficacia por sí mismos.

Eso sí, en caso de no existir un TBI o TMI que contemple el arbitraje de inversiones, o si simplemente estamos ante un conflicto que no necesariamente es de inversiones, es precisamente con base a éste artículo que el Estado puede someterse a la jurisdicción arbitral (y ser eventualmente condenado económicamente en ella). Aquí se dispone entonces los pasos a seguir, es decir, las autoridades que deben intervenir: el Consejo de Gabinete, el Presidente de la República y el Procurador General de la Nación.

Actualmente existe contra Panamá una demanda ante el CIADI que está en curso. Fue presentada por *Nations Energy, Inc. et. al.* el 11 de diciembre de 2006 y está relacionado al suministro de energía eléctrica. La última actuación visible en el portal de Internet de CIADI es la presentación el 30 de abril de 2009 de un escrito de contestación a un memorial de oposición que a su vez presentó el Estado, el 15 de diciembre del año pasado.

Pero también podemos hacer referencia a los sonados casos *Van Dam* y *Parienti*, cuya fase cognoscitiva ya está concluida. Valga recordar la advertencia que hice al principio en el sentido de que las discusiones jurídicas de estos hechos, relativamente recientes, absolutamente de Derecho público, los hacen todavía materia de debate político.

La historia [del Caso *Van Dam*] se remonta al 19 de agosto de 1980, cuando el Gabinete del mandatario Aristides Royo aprobó sin licitación el contrato No.97 por un monto de 100 millones de dólares para construir el puente "Simón Bolívar" sobre el Canal y la autopista Panamá-Arraiján, de 18 kilómetros. El consorcio favorecido fue el integrado por Industrias Metalúrgicas Van Dam-Sosa Barbero Constructores [...] El 28 de marzo de 1983, el gobierno suspendió los trabajos, alegando problemas financieros en el país.

Por ahora, el Estado debe cancelar más de $22 millones a Van Dam-Sosa Barbero en concepto de indemnización por el contrato suspendido hace casi

16 años, pero el consorcio debe entregar los planos bienes, obras ejecutadas y las partes metálicas del puente "Simón Bolívar" almacenadas en la ciudad de Victoria, Estado de Aragua [Venezuela][12].

En el affair referido, el Estado fue condenado a principios de 2001 por los perjuicios causados a la Venezolana Van Dam-Sosa Barbero en un arbitraje seguido en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio, Industrias y Agricultura de Panamá. El arbitraje inició anterior a la promulgación del Decreto Ley 5 de 8 de julio de 1999, sobre el Régimen General del Arbitraje, de la Conciliación y la Mediación. Es así que tuvo que ser conformado el panel arbitral de acuerdo a las hoy insubsistentes disposiciones del Código Judicial. Y, contrario a lo que hoy es inconcebible gracias al Decreto Ley 5, el asunto fue a parar a la sala I de la Corte Suprema en Casación. El ministro de economía de aquel entonces declaró que Panamá iba a pagar.

En el caso *Parienti* la polémica lo es también jurídica, a tal punto que la decisión que anuló el laudo, dictado en el Centro de Solución de Conflictos de la Cámara Panameña de la Construcción, fue de dos a uno, es decir, hubo un salvamento de voto en una sala de tres. Laurent Jean-Marc Parienti es un francés, que ganó una concesión para la construcción de una terminal de transporte en la provincia atlántica y canalera de Colón. La Autoridad de Tránsito y Transporte Terrestre decidió dejar sin efecto el acto administrativo y en respuesta, Parienti invocó el tratado panameño-franco de protección de las inversiones por el cual se estableció el tribunal arbitral, que el 27 de enero de 2005 condena a pagar la suma de 32,5 millones de dólares al Estado.

El laudo fue impugnado ante la Corte Suprema de Justicia con el único recurso que cabe con el Decreto Ley 5 de 1999, el de anulación. Como dijimos, el recurso fue estimado favorablemente no sin haberse fraguado una discusión que no es el momento para profundizar. Nos referimos a la cuestión de si el arbitraje era doméstico o era internacional. Los laudos internacionales, extranjeros, no proceden para una anulación sino que la figura más idónea para impugnarlos es reclamar el rechazo a su exequátur. Sólo los laudos domésticos o internos pueden ser anulados (cf. art. 34 del DL 5/99).

Pero en materia de ejecución de laudos internacionales Francia y algunos pocos países poseen una postura singular, para nada irracional, basada en los artículos 4to y 7mo de la Convención de Nueva York de 1958, según la cual el laudo debe ser ejecutado salvo que existan disposiciones de Derecho interno, principalmente de orden público, que ameriten rechazar el exequátur. Este

[12] CRÍTICA EN LÍNEA, Redacción. *Van Dam, un fantasma de casi $50 millones* (¿fecha?). Noticia que se pudo apreciar el 5 de junio de 2009 en http://www.critica.com.pa/archivo/053199/nac1.html .

es un tema que ya fue abordado por nosotros en otra oportunidad[13] y no es oportuno explayarse sobre el asunto en esta ocasión. Pues bien, la última noticia que conocemos del caso en estudio es que la ejecución fue aceptada en Francia y de esta decisión ya se procedió a la notificación a la Autoridad de Tránsito y Transporte Terrestre. Esto es sencillamente curioso para unos, espantoso para otros. El actual ministro de economía declaró: *"no va, eso no va"* y aludió a la decisión de la Corte de diciembre de 2006. La suma por su parte ya ascendió a US$ 38 millones[14].

Podemos ir observando cómo la actividad administrativa del Estado ha resultado impugnada de ser patrimonialmente perjudicial, más de una vez, ante autoridades perfectamente competentes, por más que la Sala III de la Corte Suprema de Justicia de lo Contencioso Administrativo consiguiera por vía jurisprudencial el atribuirse la competencia "excluyente" en materia de indemnizaciones que debe pagar el Estado.

El conseguir que sean jueces no pagados por el Estado que vamos a demandar los que decidan la cuestión de la responsabilidad patrimonial del Estado, puede ser visto como un logro. Relativamente. Es decir, el que se traiga de vuelta a la jurisdicción nacional la sentencia de los siete jueces con sede en San José, Costa Rica, o el laudo que fue dictado en Washington o París... o Panamá, conlleva otro problema, el que nos ocupa en la siguiente sección, el de la ejecución. Adelantemos algo, debemos salir del examen exclusivamente jurídico para entenderlo mejor.

III. Ejecución del laudo o sentencia condenatoria supranacional o nacional

Las resoluciones judiciales de autoridad nacional que implican una condena a nuestro Estado, son reguladas de manera general por el art. 99 de la legislación contenciosa administrativa (Ley 135 de 1943 modificada por la Ley 33 de 1946) y por las disposiciones de los artículos 1047 y 1048 del Código Judicial. Trascribimos las disposiciones:

> **Artículo 99.** Las autoridades, corporaciones o funcionarios de todo orden a los cuales corresponda la ejecución de una sentencia del Tribunal de lo Contencioso-administrativo, dictarán, cuando sea el caso, dentro del término de cinco días, contados a partir de la fecha en que el Tribunal se la comunique, las medidas necesarias para el debido cumplimiento de lo resuelto.

[13] Más sobre el asunto en LIMA LUNA, R. et. al.: [entre ellos este servidor] *Ejecución de Laudos Extranjeros Anulados*. Instituto Especializado en Negociación, Conciliación, Mediación y Arbitraje de la Universidad de Panamá, Panamá, 2008.

[14] Noticia de COPE.es sección Mundo. Visible en línea el 5 de Junio de 2009 en la siguiente dirección URL: http://www.cope.es/mundo/28-04-09--panama-no-acatara-una-millonaria-condena-francesa-47989-2 .

> **Artículo 1047.** Si la sentencia en que se condena a pagar una suma de dinero ha sido dictada contra el Estado, el Municipio o cualquier otra entidad descentralizada, autónoma o semiautónoma, el Juez enviará copia autenticada de ella al Órgano Ejecutivo, por conducto del Ministerio de Hacienda y Tesoro, o al representante legal de la entidad de que se trate, para que proceda a darle cumplimiento, si está dentro de sus facultades. Si no lo está, la autoridad a quien haya sido comunicada la sentencia, dará cuenta de ella dentro de los treinta días siguientes al recibo de la comunicación del Juzgado, al Consejo de Gabinete o al Concejo Municipal o a la corporación correspondiente, según el caso, para que disponga lo conveniente a fin de que el fallo sea cumplido.
>
> Si transcurrido un año desde la fecha en que se envió la comunicación, no se ha dado cumplimiento a la sentencia, el Tribunal solicitará, por conducto del Presidente de la Corte Suprema de Justicia, al Presidente de la República, al Alcalde del Distrito o al Presidente de la Corporación de que se trate, que se disponga lo necesario para el cumplimiento de aquélla.
>
> **Artículo 1048.** Si a pesar de estas gestiones, hubiere transcurrido más de tres años de la ejecutoria de la resolución que decreta la ejecución y no se hubiere satisfecho una obligación líquida, el acreedor podrá solicitar al Juez que haga saber al Banco Nacional que debe poner, de la cuenta del Estado o de la institución correspondiente, a la orden del mismo juzgado, una suma equivalente al monto de la ejecución, a lo que debe proveerse dentro del plazo de un mes. Confirmada por el Banco Nacional la disponibilidad de la suma, el Juez librará orden de pago a favor del acreedor.

Podemos apreciar cómo la efectividad de una resolución en contra del Estado está sujeta a los buenos oficios que interpongan los altos funcionarios de distintas instancias, judiciales o administrativas, como lo son el presidente de la Corte Suprema de Justicia, el Presidente de la República, o el Alcalde, o el Presidente de la Corporación, y en algunos casos la gerencia del Banco Nacional de Panamá. Inclusive, la redacción del 1048 es asombrosamente aquiescente de que una resolución pueda no estar ejecutada al cabo de tres años. En otras legislaciones, como en España, las resoluciones contra el Estado tienen término de dos meses[15]. Como si fuera poco, la provisión dentro del plazo de un mes por parte del Banco Nacional de Panamá (después de los tres años), está necesariamente vinculada a la confirmación de la disponibilidad de esta suma, lo que puede ser irrisorio si contemplamos las cifras millonarias de los casos expuestos anteriormente[16].

[15] Cf. numeral 2 del art. 104 de la Ley 29/98 del Reino de España sobre la ejecución de sentencias de la jurisdicción contenciosa. Más sobre el asunto en ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J. M.: *La ejecución de sentencias en la jurisdicción contenciosa administrativa*. Aparece en *Estudios de Derecho Judicial* (Op. Cit.) Págs. 239 y sigs.

[16] Este sería por cierto un buen campo de aplicación de los métodos alternos de solución de conflictos en asuntos administrativos. Al respecto recomiendo GIMENO SENDRA, V.: *La Terminación Convencional del Proceso Contencioso-Administrativo*. Aparece en *Estudios de Cont.*

Si esto es lo que podemos reproducir del estado de una resolución proferida en la jurisdicción nacional, más difusa es la suerte de una resolución proferida en jurisdicción anacional o supranacional. La escasez de normas y jurisprudencia al respecto hacen más extraña la figura, cuando no debiera serlo toda vez que hemos demostrado que existen casos de condenas no provenidas de la jurisdicción nacional. Y para ser honestos, varias de las líneas que siguen en este ensayo corresponden a una discusión de *lege ferenda* por lo que estamos receptivos de opiniones que consideren las nuestras como desacertadas.

A. Laudo condenatorio

Iniciemos diciendo que no existe mucha diferencia entre el intento de incorporar un laudo de organismo anacional como lo sería la Cámara de Comercio de Bogotá, al de incorporar un laudo proveniente de organismo supranacional (instituido por Tratado del cual Panamá es parte) como lo es CIADI. El primer párrafo del artículo 1419 CJ, el párrafo tercero del artículo 1420 CJ y el art. 39 del Decreto Ley 5 de 1999, todos sobre exequátur, preceptúan lo siguiente:

> **Artículo 1419.** Las sentencias pronunciadas por Tribunales extranjeros y los fallos arbitrales extranjeros, tendrán en la República de Panamá la fuerza que establezcan los convenios o tratados respectivos [...]
>
> **Artículo 1420.** [...] Si la Corte declara que debe ejecutarse la sentencia se pedirá su ejecución ante el Tribunal competente [...].
>
> **Artículo 39.** Los laudos extranjeros se reconocerán y ejecutarán en Panamá de conformidad con los tratados y convenios en que la República de Panamá sea parte y, en su defecto, por lo previsto en el presente capítulo.

Así, si lo que traemos entre manos es un laudo condenatorio proveniente de un centro de arbitraje como el de una Cámara de Comercio, éste debe pasar por el procedimiento del exequátur de laudos, al tenor de lo dispuesto ya en la Convención de Nueva York de 1958 sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, o ya en la Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional de 1975 (o Convención de Panamá), o ya por las disposiciones del Decreto Ley 5 de 1999, de manera supletoria.

El procedimiento de reconocimiento se efectúa en la Sala IV de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, y después se traslada a juzgado civil para su ejecución. Como apreciamos, hemos caminado paralelamente –es decir sin tocar– a la jurisdicción contenciosa administrativa de la Sala III

Derecho Judicial (Op. Cit.) Págs. 223 y sigs. También, ALVARADO ROLDÁN, MY. ET. AL.: *El Arbitraje Administrativo*. Investigaciones Jurídicas, S.A. Costa Rica, 2000.

de la Corte. En cuanto a la liquidación del importe condenado al Estado bajo la atribución ejecutiva del tribunal competente, que sería un juzgado de circuito, esta debe realizarse de acuerdo a los lineamientos de los artículos 1047 y 1048 CJ ya expuestos.

Si lo que traemos entre manos es un laudo condenatorio de autoridad supranacional como lo es el CIADI, deberemos incoar de igual manera el procedimiento del exequátur, al tenor de lo dispuesto en el artículo 54 de la Convención de Nueva York.

> **Artículo 54**
> **(1)** Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratare de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado. El Estado Contratante que se rija por una constitución federal podrá hacer que se ejecuten los laudos a través de sus tribunales federales y podrá disponer que dichos tribunales reconozcan al laudo la misma eficacia que a las sentencias firmes dictadas por los tribunales de cualquiera de los estados que lo integran.
>
> **(2)** La parte que inste el reconocimiento o ejecución del laudo en los territorios de un Estado Contratante deberá presentar, ante los tribunales competentes o ante cualquier otra autoridad designados por los Estados Contratantes a este efecto, una copia del mismo, debidamente certificada por el Secretario General. La designación de tales tribunales o autoridades y cualquier cambio ulterior que a este respecto se introduzca será notificada por los Estados Contratantes al Secretario General.
>
> **(3)** El laudo se ejecutará de acuerdo con las normas que, sobre ejecución de sentencias, estuvieren en vigor en los territorios en que dicha ejecución se pretenda.

Es decir, una vez más, el interesado estará a expensas de los ya criticados artículos 1047 y 1048 de Código Judicial. Creemos que a este punto ya habremos demostrado que el agravio por el que debe someterse el agraciado con un laudo condenatorio al Estado a su favor, consiste en los gastos, y en el tener que recurrir en total a muchas instancias, nacionales e internacionales, para recibir la compensación efectiva de sus daños. Esta lentitud es, irónicamente, violatoria a los derechos humanos procesales. Veamos ahora qué pasa con la jurisdicción de derechos humanos.

B. Sentencia condenatoria

La jurisprudencia nacional primero, de manera que evidenciemos la incómoda situación[17]. Se trata del caso *Domingo De Gracia Cedeño et. al. incoando proceso de ejecución de sentencia contra el Estado*[18], en el que la Sala III de lo Contencioso Administrativo, actuando como tribunal de instancia –o más bien, de cuestiones preliminares– decide *no admitir el proceso* solicitado por algunos ex-trabajadores del Estado favorecidos con la sentencia de 2 de febrero de 2001 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya comentada.

Entre otras cosas las pretensiones incluían el pago de las indemnizaciones y el reintegro de los trabajadores según se ordena en la sentencia, además de la devolución de las sumas descontadas en concepto de impuesto sobre la renta del adelanto realizado por el Estado. Se fundamentó jurídicamente la solicitud en el numeral 10 del art. 97 CJ, ya trascrito, sobre la competencia de la Sala en materia indemnizatoria por el Estado; y en los artículos 1047 y 1048 CJ, ya trascritos, sobre ejecución de resoluciones contra el Estado.

Para denegar la admisión, la Corte interpretó el número 10 del 97 CJ así:

> Tal como se desprende de la norma transcrita, la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo tiene la atribución de conocer aquellos procesos en los que se soliciten indemnizaciones que sean responsabilidad del Estado o de alguna institución pública por el mal funcionamiento de un servicio público a ellos adscrito, sin embargo, en el caso que nos ocupa se trata de que el Tribunal Contencioso Administrativo ordene al Estado panameño cumpla con una sentencia emitida por un Tribunal extranjero, situación esta que no está contemplada dentro de las atribuciones dadas por la normativa legal vigente a esta Superioridad.

Si se nos permitiese disentir[19], y con el solo prurito de discurrir académicamente una decisión de la alta magistratura, abogaríamos porque tanto el ánimo pretoriano de hacer que caminasen por los mismos estrados todas las causas contenciosas en que interviniere la administración pública, en particular las causas indemnizatorias, así como mi modesto entendimiento del concepto competencia que, junto con las otras atribuciones de jurisdicción, la *notio*, la *vocatio*, la *coertio* y la *iuditium*, le permiten a un tribunal competente la *executio*; la sala III debería ser con toda razón la instancia jurisdiccional

[17] Referentes a los trabajadores despedidos por la Ley 25 de 1990 la Sala III ha recibido varios procesos; éste de ejecución y varios de protección de los derechos humanos. Todos han sido infructuosos por adolecer de alguno que otro requisito de forma.

[18] Fallo de 18 de octubre de 2004, sala III de la Corte Suprema de Justicia. Expediente 508-04.

[19] De hecho, habiendo sido tomada la decisión por el magistrado sustanciador, estaba abierta la posibilidad de recurrir en apelación ante los otros magistrados de la sala.

interna que debe velar por el cumplimiento de la sentencia no nacional que condena a la administración a pagar una indemnización.

Que esto no sea lo procedente sería dejar en las solas manos de la administración pública, vamos, la condenada, una atribución propia de una autoridad que por principio es independiente en las causas contra el Estado, aunque pertenezca al Estado. Que no se proceda así es atentatorio, considero humildemente, a la muy clara disposición del párrafo 2 del art. 68 del Pacto de San José:

> **Artículo 68**
> 1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.
> 2. *La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado* (la cursiva es mía).

En relación a esto, el magistrado ponente también se manifestó cuando dio análisis al art. 1047 CJ:

> **1047.** [...]
> Si transcurrido un año desde la fecha en que se envió la comunicación, no se ha dado cumplimiento a la sentencia, *el tribunal solicitará, por conducto del Presidente de la Corte Suprema de Justicia*, al Presidente de la República, al Alcalde del Distrito o al Presidente de la Corporación de que se trate, que se disponga lo necesario para el cumplimiento de aquélla. (La cursiva es del Tribunal).

De lo anterior, se colige que es el tribunal que dictó la sentencia quien tiene la competencia para solicitar por conducto del Presidente de la Corte Suprema de Justicia se disponga lo necesario para su cumplimiento y, en el caso bajo examen, quien ha presentado la solicitud es el apoderado legal de algunos de los ejecutantes, por lo tanto, el presente negocio no puede ser admitido, toda vez, que la parte actora carece de la legitimidad para actuar y, como ya ha sido plasmado en líneas anteriores, solicitudes de esta naturaleza deben ser dirigidas por conducto del Presidente de la Corte Suprema de Justicia y no a través de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo. Lo expresado, constituye un vicio sustancial de la demanda, que impide su admisión.

Del considerando del ponente se colige que la Corte Interamericana tiene funciones frente al Estado de Panamá, no contempladas en el Pacto de San José. Esto me parece interesante pues en vez de tomar las respetuosas medidas de *supervisión de sentencia*[20], respetuosas con el Tratado y con el orden interno

[20] En *Baena Ricardo y otros. vs. Panamá*. Sentencia de 28 de noviembre de 2003 sobre la Competencia de la CIDH para la supervisión de sentencias: "133. La competencia de la Corte *Cont.*

de los Estados, la Corte Interamericana de Derechos Humanos está en mora en el cumplimiento del artículo 1047 del Código Judicial de la República de Panamá y ha debido emitir exhorto desde hace ocho años al presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá para que los agraviados por el Estado puedan hacer efectiva su sentencia favorable. Dispénseme el lector, siete años, pues debe haber "transcurrido un año desde la fecha en que se envió la comunicación". Pero continúa la Corte:

> [...] Aunado a lo anterior, la Sala reitera lo expresado en sentencia de 11 de febrero del 2004 frente a la Demanda Contencioso Administrativa de Protección de los Derechos Humanos[21] [...]
>
> El tribunal de alzada no deja de advertir, por otra parte, que [...]
> [...] *la Corte Interamericana se pronunció en relación al grado de cumplimiento del Estado Panameño* [...] *Esta circunstancia parece*[22] *indicar, que el Estado Panameño se encuentra en proceso de cumplimiento de la sentencia internacional* [...]
>
> *Ello, sin perjuicio de que el artículo 65 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece un mecanismo para atender ante la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, los casos en que los Estados no dan cumplimiento a los fallos de la* [CIDH]. *Esta circunstancia pone de presente, que existen vías especiales e idóneas, previstas en la propia Convención Americana de Derechos Humanos, para atender la reclamación de los demandantes.*

En esta motivación del fallo de la Corte Suprema de Justicia nuestro máximo tribunal ha hecho lo que se ha oído denominar jurisprudencia académica, es decir que educa a la comunidad jurídica y litigante sobre un asunto. Aquí se nos presenta una de las maneras que poseen los beneficiados por una sentencia condenatoria al Estado. La vía "*especial e idónea*" de esperar a que la CIDH señale en el periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA que Panamá se encuentra en incumplimiento de una sentencia, y esperar a que

Interamericana para supervisar el cumplimiento de sus decisiones encuentra su fundamento jurídico en los artículos 33, 62.1, 62.3 y 65 de la Convención, así como en el artículo 30 del Estatuto de la Corte. El Tribunal debe ejercer la facultad inherente y no discrecional a sus atribuciones de supervisar el cumplimiento de sus decisiones, con el fin de cumplir con el mandato establecido en las mencionadas normas de la Convención Americana, específicamente con el propósito de cumplir con lo dispuesto en el artículo 65 de la Convención, a los efectos de informar a la Asamblea General cuando un estado incumple sus decisiones". Animo al lector a darle lectura a los artículos mencionados. Este fallo fue pronunciado en virtud de que el Estado panameño impugnó la competencia de la CIDH en materia de supervisión de sentencias. La decisión de la CIDH fue que sí es competente, en virtud del Tratado, la Jurisprudencia, la conducta de la OEA y de que Panamá no hizo señalamientos al contrario en momentos procesales anteriores.

[21] Demanda interpuesta por el mismo abogado, para las mismas partes y con la misma intención: lograr el resarcimiento a algunos de los favorecidos por la sentencia de *Baena Ricardo y otros*.

[22] El término "*parece*" nos parece despectivo. El pronunciamiento de la CIDH fue claro.

esta Asamblea General logre que Panamá la cumpla (cf. art. 65 de Pacto de San José).

IV. La responsabilidad patrimonial

¿A qué nos está llevando todo este asunto? Desde 1979 hasta el 2008 la CIDH ha resuelto 105 casos, mientras que para el año 2008 un total de 94 casos se encuentran en etapa de supervisión de cumplimiento de sentencia[23]. Estadísticamente, sobre un análisis de 58 casos estudiados, el porcentaje de cumplimiento de las indemnizaciones ordenadas a Estados americanos es del 81% (incumplimiento 19%), y el porcentaje de cumplimiento de pago de costas y gastos es del 76% (incumplimiento 24%)[24]. Lastimosamente no manejo las estadísticas y porcentajes de cumplimiento de las sentencias provenientes de jurisdicción supranacional o anacional que condenan al Estado de Panamá. Solo alego como hecho público y notorio el que Panamá no ha pagado cabalmente todas sus deudas de responsabilidad patrimonial por actos administrativos impugnados ante estas jurisdicciones.

Quizá lo conveniente sea el intentar ejecutar las sentencias en una jurisdicción más favorable que en Panamá, es decir ahí donde el Estado panameño posea bienes posibles de embargar. Pero es materia para discurrir en otro momento, más parecen cuestión de práctica litigante.

Tenemos pues que el estado de cosas es que la ejecución de sentencias condenatorias al Estado provenientes de jurisdicción supranacional o anacional está a la suerte de ser *ejecuciones de benevolencia* del Estado. Quienes valoramos como un logro el que el Estado pueda ser sometido a la jurisdicción contenciosa administrativa en materias indemnizatorias y perder, consideramos que dicho logro sólo es completo cuando la jurisdicción es completa, es decir, cuando la atribución ejecutiva de la jurisdicción está presente, atribución que por concepto es necesaria para que el derecho infringido sea restaurado.

Pero nuestro estudio aún no se ha agotado. Todavía hay medidas legales para impulsar la ejecución benevolente, medidas que implican un esfuerzo de diplomacia y de noble forcejeo político. Nos referimos a la inclusión de las sumas y sus conceptos indemnizatorios en el presupuesto general del Estado.

El rubro de indemnizaciones es uno que ni los particulares contemplamos presupuestar antes de que ocurran los perjuicios. Mal podemos en este sentido reclamar al Estado el tener planificación de los perjuicios que causará

[23] Informe Anual de 2008 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, págs. 43 y 60.
[24] Ibíd., págs. 74 y 75.

y la cuantía económica. Nadie normal comete un accidente de tránsito a propósito, ni ningún Estado democrático puede permitir que sus autoridades emitan u omitan actos administrativos causando perjuicio. Empero, el Estado si puede, debe regular y debe presupuestar las indemnizaciones a las que ha sido condenado.

En este sentido, el art. 228 de la Ley 69 de 2008 que dicta el presupuesto general del Estado para la vigencia fiscal de 2009, que se encuentra entre las normas generales de administración presupuestaria[25], dispone lo siguiente:

> **ARTÍCULO 228.** INDEMNIZACIONES ORDENADAS POR LOS TRIBUNALES. Las sentencias de los tribunales que ordenen indemnizaciones son de obligatorio cumplimiento para las instituciones públicas. Para cumplir esta obligación, la respectiva institución podrá solicitar una transferencia de partida o un crédito adicional para cubrir tal erogación si no hubiera asignación para ese propósito. Cuando estas indemnizaciones causen erogación en más de un ejercicio fiscal, las partidas correspondientes deberán consignarse anualmente en el presupuesto de la institución pública respectiva hasta su cancelación.

La sección 4ta *Modificaciones al Presupuesto* del Capítulo II *Ejecución del Presupuesto*, del Título VI *Normas generales de administración presupuestaria*, es decir de los artículos 243 al 250 de la Ley del presupuesto del 2009, además de los artículos 1146 y siguientes del Código Fiscal desarrollan los términos para los traslados de partidas y los créditos adicionales.

Los traslados de partidas son la transferencia de recursos de una partida a otra en el presupuesto, siempre y cuando haya saldo disponible de fondos o sin utilizar. Puede ocurrir cuando una partida se ha quedado sin fondos o cuando no existe la asignación presupuestaria. El crédito debe ser solicitado por la institución pública encargada al Ministerio de Economía y Finanzas, quien decide la autorización del traslado, previa verificación de la disponibilidad de los fondos, reportando las documentaciones a la Comisión de Presupuesto de la Asamblea Nacional. Esta Comisión emite sus consideraciones en los traslados superiores a B/.300,000.00 aunque, siempre le queda reservada la facultad de citar a la institución correspondiente para que sustente el traslado (cf. art. 243).

Existen algunas limitaciones a los traslados de partida. La que más nos concierne es la indicada en el numeral 2 del art. 244. Aquí se indica que los traslados de partida de funcionamiento no pueden trasladarse desde

[25] Estas son normas adjetivas que se repiten siempre en la Ley del presupuesto cada año. No están dentro de una legislación de carácter perpetua, sino que su vigencia es la misma que la de la Ley del presupuesto.

aquellas asignaciones para el pago de sueldos fijos, de cuotas de organismos internacionales y del servicio de la Deuda Pública.

Si bien no existe desglose de cómo se paga la deuda pública en la Ley del presupuesto, debemos atender a que parte de esos B/.787,491,400.00 de intereses de deuda pública, y parte de los señalados B/. 639,018,700.00 de amortización de la deuda pública (cf. arts. 6, 7 y 8) deberían corresponder al pago de indemnizaciones por parte del Estado, sobre todo porque el recién trascrito art. 228 se refiere a las condenas a "*instituciones públicas*", y es más común que una jurisdicción supranacional o anacional condene a todo el Estado a que sólo condene a una institución de esta.

Por otro lado, están los créditos adicionales que aumentan el monto de presupuesto general del Estado. Éstos pueden ser extraordinarios, es decir para causas o gastos imprevistos o urgentes, y los suplementarios, destinados a proveer la insuficiencia de fondos de partidas existentes (cf. art. 245). Sólo son viables cuando existe un superávit, cuando existe un ingreso no contemplado en el presupuesto o cuando se cree un nuevo ingreso (cf. art. 246).

Los créditos adicionales se tramitan a través del Ministerio de Economía y Finanzas, previa justificación, y sólo en determinado periodo del año. Implican la intervención de la Contraloría General de la República, del Consejo Económico Nacional, y en los proyectos de resolución del Ministerio de Economía y Finanzas que excedan el monto de tres millones de balboas (B/. 3,000,000.00) requieren la aprobación del Consejo de Gabinete y de la Comisión de Presupuesto de la Asamblea Nacional.

Lo dicho sobre la expresión "instituciones públicas" del art. 228 también aplica para nuestra explicación de los créditos adicionales. En la Ley 69 de 2008 solamente hay una institución que presenta un renglón denominado "Responsabilidad Patrimonial" en su presupuesto de gastos. Es la Contraloría General de la República, quien en el art. 11 dispone una suma de B/.1,075,613.00 para el pago de su responsabilidad patrimonial.

Veamos ahora algo, el último párrafo del art. 228 hace mención de que "las partidas correspondientes deberán consignarse anualmente en el presupuesto de la institución pública respectiva hasta su cancelación", y esto nos da luces sobre otro escenario para presentar la pretensión ejecutoria de las sentencias o laudos contra el Estado. Se trata del procedimiento para la elaboración del Presupuesto General del Estado. Ahora, antes de seguir, si bien es mandato de este artículo que las instituciones contemplen el prorrateo de la deuda, debemos considerar, primero, que la Ley del presupuesto es adjetiva, no pertenece al bloque de la Constitucionalidad y por tanto pierde su vigencia este

artículo con la pérdida de la vigencia de la Ley. Segundo, no se establecen ni porcentajes de prorrateo ni mucho menos plazos máximos para la cancelación de la deuda. Tercero, tomemos en cuenta que varias de las sentencias de la CIDH imponen un plazo de un año para el pago de las condenas, lo que fuerza si realmente fuéramos respetuosos del Derecho Internacional, a que la vía idónea sea el traslado de partidas o los créditos adicionales. Cuestión prácticamente imposible.

La elaboración del presupuesto es tema tratado en el Capítulo II *Presupuesto General del Estado*, del Título IX *La Hacienda Pública* de la Constitución (arts. 267 al 278), y en el art. 258 de la Ley de Presupuesto. El art. 271 Constitucional establece que la Asamblea Nacional aunque cuente con facultades para eliminar o reducir partidas de los egresos previstos no puede reducir ni eliminar partidas destinadas al pago de la deuda pública. En el art. 273 del mismo texto se indica que si la Asamblea Nacional rechaza el proyecto de presupuesto presentado por el Ejecutivo se considerará automáticamente prorrogado el presupuesto del año anterior y automáticamente aprobadas las partidas previstas en el proyecto de Ley rechazado que fueran referentes al pago de la deuda pública. El art. 258 de la Ley del Presupuesto por su parte dice así:

> **ARTÍCULO 258.** PRESENTACIÓN DE ANTEPROYECTO DE PRESUPUESTO. Las instituciones públicas presentarán al Ministerio de Economía y Finanzas su anteproyecto de presupuesto para cada vigencia fiscal, a más tardar el 30 de junio de cada año[26]. A las entidades que no cumplan con esta disposición, se les tomará como anteproyecto la cifra preliminar que presenta el Ministerio de Economía y Finanzas a través de la Dirección de Presupuesto de la Nación. (La nota al pie es mía).

En fin, pues estos son los pasos que deben tomarse para hacer incluir en el presupuesto general del Estado, vigente o por elaborar, la liquidación de las deudas en materia de pago de la responsabilidad patrimonial, toda vez que no existe sino la ejecución benévola de las sentencias o laudos condenatorios. Como se puede apreciar se requiere de ingentes esfuerzos que más allá de la esfera procedimental legal implican el noble ejercicio de la política para hacer valer los intereses de particulares perjudicados frente a los de instituciones con competencia en toda la República, y en la preparación de una Ley que no se expide sino después de sofocantes debates en la que cada institución pide una cuota económica significante.

[26] Cada año se expide una nueva Ley de presupuesto, por lo tanto cada año esta disposición puede variar.

V. Conclusión, o recomendación, o consejo

Considero que la incómoda situación que he planteando es debida a la falta de una legislación adecuada en materia de ejecución de sentencias administrativas, legislación que propongo como urgente de implementar, tanto para las sentencias provenidas de los tribunales de la jurisdicción interna como de jurisdicción supranacional o anacional.

No pienso que sea absurdo proponer una Ley que es obligada, necesitada y no novedosa. Obligada porque el Convenio de Viena sobre Derecho de Tratados de 1969 positiviza en su art. 27 el principio ya aludido incluso por la Corte Permanente de Justicia Internacional, sobre el cual "el Estado que asume un compromiso internacional debe adecuar su legislación interna a este". De manera tal que si en virtud de una condena emitida por la CIDH el Estado debe pagar una suma de miles de dólares en el plazo de un año, ésta debe poder ser satisfecha en ese plazo pues existen las disposiciones internas adecuadas para este efecto.

Necesitada es esta ley, si me permite el lector la indiscreción, por los burlados por el Estado que habiendo sido perjudicados por éste y se hacen con una sentencia favorable condenatoria de éste, están a expensas de que éste les ejecute benevolentemente y sin un tribunal que ejercite la *executio* para hacer restaurar el derecho violado. En desarrollo a la razón expuesta en el párrafo anterior, recordemos que el art. 68 del Pacto de San José estipula que "[la indemnización] se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado" de modo que se necesita una legislación interna que permita satisfacer las inquietudes de la supervisión de cumplimiento de sentencia que mantiene la CIDH sobre nuestro Estado.

No sería novedosa esta ley, porque ya existe en otras latitudes que podemos tomar como ejemplo. Ya citamos la Ley 29 de 1998 reguladora de la jurisdicción contenciosa administrativa del Reino de España. En su art. 104 establece que las sentencias deben ejecutarse en término de dos meses, plazo que es general y que puede ser menor. Conforme a esta Ley queda prohibido el "cumplimiento disimulado" o las implementaciones de medidas por la Administración que parecieran encaminarse al cumplimiento de la indemnización mas no dan un efectivo resultado satisfactorio. Por otro lado la jurisprudencia española ha abierto las puertas a la posibilidad de embargar bienes privativos del Estado, esto es, no afectos a un uso o servicio público[27].

[27] ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ: *Op. cit.*, pág. 244.

Para el caso específico de resoluciones de la CIDH existen tres países ejemplares que han adecuado su legislación para hacer efectivas éstas. En esto me guío por un estudio que Mónica Castillejos Aragón hace para la revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos[28]. El primero es Colombia con la Ley 288 de 1996, que además crea trámites conciliatorios o incidentes de liquidación de perjuicios en relación a los casos de violaciones a derechos humanos[29]. A esta Ley sin embargo se le reprocha que no involucra la ejecución propia de sentencias de la CIDH, sino de otras instancias no jurisdiccionales como lo son la Comisión Interamericana y el Comité de Derechos Humanos de a ONU.

El segundo ejemplo que plantea la autora es el de a Ley 27775 del Perú sobre ejecución de sentencias emitidas por tribunales supranacionales. Dicho sea de paso, ésta Ley tiene como fundamento material y antecedente histórico, el cumplimiento del caso *Ivcher Bronstein* ya comentado. Se declara en esta Ley que es de interés nacional el cumplimiento de las sentencias dictadas en los procesos seguidos contra el Estado peruano por tribunales internacionales constituidos por tratados que han sido ratificados por Perú[30]. Se establecen pues los presupuestos para satisfacer la condena líquida, otros procedimientos para liquidar sentencias en abstracto, se da la oportunidad a fases de conciliación, y se hace la salvedad a que si la sentencia hace alusión a daños y perjuicios distintos al derecho conculcado, éstos se pueden resarcir con el derecho y en la jurisdicción interna.

El último caso es el costarricense ya que en virtud del art. 27 del Convenio Sede entre el Gobierno y la Corte Interamericana, las resoluciones de la CIDH o su Presidente, se deben comunicar a las autoridades administrativas y judiciales correspondientes de la República de Costa Rica, donde tendrán la misma fuerza ejecutiva y ejecutoria que las dictadas por los tribunales costarricenses, lo cual constituye una de las regulaciones más importantes sobre la materia[31].

Para finalizar deseo expresar que las afectaciones patrimoniales del Estado cuando una de sus actividades es impugnada en jurisdicción supranacional o anacional, no solo se refieren al pago de la indemnización. El Estado desde antes de presentarse ante la justicia que no es la del Derecho interno, debe costear el proceso jurisdiccional. Buena parte de las sumas que dedica será para pagar los honorarios del abogado o abogados que representarán los

[28] CASTILLEJOS ARAGÓN, M.: "Análisis sobre la interacción entre el orden jurídico nacional e internacional en la protección de los derechos humanos: El caso de la ejecución de sentencias en México". Aparece en la *Revista No. 45 del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, enero-junio 2007, págs. 319 y sigs.
[29] Ibíd., págs. 336 y 337.
[30] Ibíd., págs. 338.
[31] Ibíd., pág. 339.

intereses nacionales, puesto que el Procurador General de la Nación no tiene facultad expresa para ello (cf. art. 5 de la Ley 38 de 2000). Para la contratación de los servicios profesionales del abogado se debe tramitar a través de los procedimientos del portal de Internet de Panamá Compra (Ley 22 de 2006).

Lo dicho en este ensayo sirva también para dejar como una advertencia muy pertinente que los servidores públicos deben estar conscientes que sus actividades no dejan de ser examinadas aun si se expiden con todo el rigor de un buen procedimiento. Si con esta actividad se cometen perjuicios, verbi gratia a un inversionista amparado por tratado, o a un particular contra sus derechos humanos, una autoridad nacional, supranacional o anacional puede revisar y condenar al Estado entero por el acto. Y este quizá desee repetir contra el servidor. En definitiva, ya no sólo se trata de actuar conforme a la Ley, sin extralimitarse o sin omisiones, sino también de no dañar a nadie con la actuación.

PERÚ

LA REGULACIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN EL DERECHO PERUANO: LA HISTORIA DE UNA REFORMA CONSTANTE

Víctor Sebastian Baca Oneto

I. La técnica de los silencios administrativos: una solución práctica para un problema real

A. Inactividad formal e inactividad material de la Administración

Decía MAURICE HAURIOU, que el instinto popular reclama dos correctivos de la posición privilegiada de la Administración pública: que actúe, pero que obedezca la ley, y que actúe, pero que pague el perjuicio[1]. Sin embargo, existe un tercer supuesto, no del todo cubierto por esta afirmación, pues ¿qué sucede cuando la Administración no actúa, estando obligada a hacerlo? Se trata de los supuestos de inactividad administrativa, en donde el problema no lo causa la actuación ilegal o perjudicial de la Administración pública, sino su falta de actuación, a la que es preciso poder dar una respuesta.

Normalmente, se clasifica a la inactividad administrativa en inactividad *formal* e inactividad *material*. La inactividad formal se produce cuando se omite el dictado de un acto administrativo, incumpliendo así la Administración pública una previa obligación. Si bien hay quien ha limitado la inactividad formal a los supuestos en donde no hay respuesta frente a una petición administrativa[2], también existiría cuando en un procedimiento iniciado de oficio transcurre el plazo máximo establecido para dictar un acto sin que esto se produzca.

No obstante, las técnicas para responder ante cada uno de estos casos son muy distintas, porque sus consecuencias también lo son. Así, frente a la ausencia de resolución definitiva en un procedimiento iniciado de oficio, como es el caso del procedimiento sancionador, el ordenamiento jurídico responde con técnicas como la caducidad del procedimiento (cuya admisión se echa en falta en derecho peruano), sin que sea necesario atribuirle normativamente un contenido determinado, absolutorio o condenatorio, a la pasividad de la

[1] Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R.: *Curso de Derecho administrativo*, II, 10ª edición, Civitas, Madrid, 2002, pág. 361.

[2] Esta noción de inactividad formal, en NIETO. A.: "La inactividad de la administración y el recurso contencioso-administrativo", *RAP* 37, 1962, pág. 80.

Administración. Además, la constatación de un incumplimiento justifica en estos casos la imposición de responsabilidades disciplinarias a los funcionarios encargados de resolver.

Muy distinto es el caso de los procedimientos iniciados a pedido de parte, en donde la omisión de respuesta por parte de la Administración impide el reconocimiento, ejercicio u obtención de un derecho por parte del solicitante. Por tanto, se hace necesario otorgarle un sentido determinado al silencio administrativo, sentido que no proviene en modo alguno de una voluntad "tácita" de la Administración, sino que es impuesto por la norma a partir de la ausencia total de voluntad, directa o indirecta, de aquélla. Así, surge como respuesta a este supuesto la técnica del silencio administrativo, negativo o positivo, según el contenido que la norma le atribuya a la falta de decisión expresa.

La inactividad material se produce por un "no hacer" de la Administración distinto a la mera pasividad en un procedimiento. Se trataría del no ejercicio de sus atribuciones propias, pese a la obligación que pesa sobre ella. Entre los casos de inactividad material, goza de especial importancia la llamada "inactividad prestacional", que es la que se produce cuando la Administración no cumple con realizar una prestación debida en virtud a una ley o a un acto administrativo firme, caso en que procedería la pretensión de actuación reconocida en el art. 5.4 de la Ley 27584, que regula el proceso contencioso administrativo (LPCA). Es decir, en este caso es posible acceder al Poder judicial directamente, sin forzar un silencio administrativo negativo, por lo que sería uno de los supuestos en que la "actuación" (y no solamente la "actividad") administrativa es susceptible de impugnación jurisdiccional[3].

[3] Al igual que en el Derecho español, en Perú es preciso "reclamar por escrito" a la Administración pública el cumplimiento antes de acudir al Poder judicial para "impugnar" la inactividad prestacional. Sin embargo, al igual que en ese ordenamiento, creemos que aquélla no es un mecanismo para forzar un silencio administrativo negativo, sino una mera intimación exigida por ley. En este sentido, entre otros, DE LA QUADRA-SALCEDO, T.: "Comentario al art. 29 de la LJCA", *REDA* 100, 1998, pág. 297; GARCÍA PÉREZ, M., *El objeto del proceso contencioso-administrativo*, Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 96; HUERGO LORA, A.: *Las pretensiones de condena en el Contencioso-Administrativo*, Aranzadi, Pamplona, 2000, 187, 254 y sigs.; SÁNCHEZ MORÓN, M.: "El objeto del recurso contencioso administrativo", cit., págs. 192 y sigs.; y TORNOS MAS, J.: "La nueva acción frente a la inactividad administrativa del artículo 29 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1998. Especial referencia a su ámbito subjetivo", en *La Justicia administrativa. Libro homenaje al prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*, coord. MONTORO CHINER, M. J., Atelier, Barcelona, 2003, pág. 445.

B. La técnica de los silencios administrativos: origen, sentido y regulación en el Derecho peruano

Ante el silencio administrativo, la ley puede atribuir un contenido estimatorio o un contenido desestimatorio a la no-declaración de la Administración. En el primer caso (cuando la declaración se presume estimatoria), nos encontramos ante lo que se denomina silencio administrativo positivo; en el segundo caso (se presume una declaración desestimatoria), hay silencio administrativo negativo. El silencio administrativo, por tanto, se puede definir, con palabras de GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, como "una presunción o ficción legal por virtud de la cual, transcurrido cierto plazo sin resolver la Administración, y producidas además determinadas circunstancias se entenderá (o podrá entenderse) denegada u otorgada la petición o el recurso formulado por los particulares u otras Administraciones"[4].

El primero en ser regulado fue el *silencio negativo*, que fue por primera vez consagrado normativamente en Francia mediante Decreto imperial del 2 de noviembre de 1864 y, posteriormente, con la Ley de 17 de julio de 1900. Según estas disposiciones, transcurrido cierto plazo sin que la Administración se pronunciara expresamente, la ley presumía que la pretensión del particular había sido denegada. Ante esta denegación presunta la ley permitía al particular afectado promover los correspondientes recursos y, en última instancia, el proceso contencioso-administrativo. A esta técnica se le conocía comúnmente

[4] GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E.: *El silencio administrativo en el Derecho español*, Civitas, Madrid 1990, pág. 79. Por su parte, el silencio administrativo ha sido uno de los temas más estudiados por la doctrina peruana, especialmente a partir de las últimas modificaciones legislativas. Así, pueden citarse al respecto, entre otros, los trabajos de ABRUÑA PUYOL A. y BACA ONETO, V. S.: "El silencio administrativo en el Derecho peruano", en *El derecho administrativo y la modernización del Estado peruano. Ponencias presentadas en el III Congreso Nacional de Derecho administrativo*, Grijley, Lima, 2008, págs. 41 y sigs.; BARTRA CAVERO, J.: *Silencio administrativo*, Editorial Rhodas, Lima, 2006, *passim*; CALMELL DEL SOLAR, A.: "El silencio administrativo: aspectos generales y su regulación actual", en *Derecho administrativo contemporáneo. Ponencias del II Congreso de Derecho administrativo*, Palestra, Lima, 2007, págs. 217 y sigs.; DANÓS ORDOÑEZ, J.: "El silencio administrativo como técnica de garantía del particular frente a la inactividad de la Administración", *Ius et Veritas*, 13, 1996, págs. 225 y sigs.; GÓMEZ APAC, H. y HUAPAYA TAPIA, R.: "Lo bueno, lo malo y lo feo de la Ley del Silencio Administrativo", en *El derecho administrativo y la modernización del Estado peruano. Ponencias presentadas en el III Congreso Nacional de Derecho administrativo*, Grijley, Lima, 2008, págs. 75 y sigs.; MARAVÍ SUMAR, M.: "Novedades sobre los silencios administrativos en el Perú", en *El derecho administrativo y la modernización del Estado peruano. Ponencias presentadas en el III Congreso Nacional de Derecho administrativo*, Grijley, Lima, 2008, págs. 107 y sigs.; MORÓN URBINA, J. C.: "Reformas al régimen del silencio administrativo positivo", en *Jus. Doctrina & Práctica*, 7, 2007, págs. 15 y sigs.; y del mismo autor "Una revisión desde la perspectiva constitucional de la técnica del silencio administrativo positivo", en *Palestra del Tribunal Constitucional Revista mensual de jurisprudencia*, 10, 2007, págs. 405 y sigs.; ROJAS LEO, J. F.: "El silencio administrativo positivo y las debilidades de una ilusión. A propósito de la promulgación de la Ley 29060", en *Jus. Doctrina & Práctica*, 7, 2007, 27 y sigs.

como "silencio administrativo" y toma como punto de partida la obligación de responder que recae sobre la Administración[5].

La razón por la cual se reconoció primero el silencio *negativo* está estrechamente vinculada con la finalidad de éste y el carácter revisor del proceso contencioso administrativo, que exigía un acto previo que impugnar ante los jueces. Así, la ausencia de una declaración administrativa expresa no sólo impedía ejercer el derecho sustantivo solicitado, sino que tampoco permitía acudir a los jueces y tribunales, al carecer el particular de un acto administrativo que recurrir. Por eso, con el silencio negativo el ordenamiento jurídico crea una *fictio iuris* con la única finalidad de abrir la vía judicial contencioso-administrativa, pues sin resolución previa que haya agotado la vía administrativa, no habría posibilidad de acceder a la acción contenciosa-administrativa (artículo 148 CP). Sin esta ficción jurídica, por tanto, la mera inactividad de la Administración no sería impugnable y se crearían auténticas situaciones de indefensión. En consecuencia, conviene resaltar que, pese al contenido "negativo" que se le atribuye a la falta de respuesta, el silencio negativo es una institución creada en beneficio del administrado, y como tal debe ser regulado, interpretado y aplicado.

En este sentido, hoy día han adquirido importancia capital en el diseño legal del silencio administrativo negativo la tutela judicial efectiva y, en general, los derechos constitucionales de defensa (como el principio de debido procedimiento y de celeridad, reconocidos en los arts. IV.1.2 y IV.1.9 de la Ley 27444, del procedimiento administrativo general, en adelante LPAG). Sin embargo, como veremos con más detalle, ya desde hace algún tiempo se está tratando de modificar esta situación de manera que, cuando la Administración incumpla su deber de responder se pueda presumir la existencia de un acto administrativo favorable, por el que se accede a lo solicitado por los particulares, en función del tipo de acto de que se trate.

En resumen, son varias las razones que fundamentan la previsión de esta técnica: la importancia de que la inactividad administrativa no cause perjuicios a los ciudadanos; el interés por incentivar la agilidad administrativa; la obligación de responder, consagrada a nivel constitucional para los procedimientos iniciados a pedido de parte (art. 2.20 de la Constitución política del Perú, en adelante CP); y, finalmente, la seguridad jurídica y la garantía de los derechos constitucionales de defensa. No es, por tanto, una técnica que tenga por finalidad sancionar a la Administración por su inactividad, sino que busca

[5] Sobre el nacimiento de la técnica del silencio administrativo en los diferentes ordenamientos europeos se puede ver AGUADO I CUDOLÁ, V.: "Los orígenes del silencio administrativo en la formación del Estado constitucional", *RAP* 145, 1998, *passim*.

evitar el perjuicio que la inactividad formal de aquélla le puede causar a un particular[6].

Por tanto, no estamos de acuerdo con quien ha sostenido que, en nuestro ordenamiento jurídico, la técnica del silencio administrativo, ya sea positivo o negativo, es inadmisible, al estar consagrada en el art 2.20 CP la obligación de la Administración pública de responder[7]. En primer lugar, esta posición desconoce el carácter pro-administrado del silencio, pues de nada sirve constatar la obligación de resolver si no le damos también al particular un mecanismo para reaccionar frente a su incumplimiento y al mismo tiempo obtener el reconocimiento de lo que hubiera solicitado. Sostener que el silencio es inconstitucional porque hay obligación de responder es de un formalismo extremo, que termina por perjudicar a quienes se pretende defender. Adicionalmente, en el caso del silencio negativo, la posición criticada desconoce que la obligación de resolver persiste, pues es el particular quien tiene la opción (ahora tanto en vía administrativa como en vía judicial) de decidir entre esperar la decisión expresa o acudir a la ficción procesal de entender que su pretensión ha sido denegada, por lo que en realidad no se niega la obligación constitucional de resolver, sino que se deja en manos del particular la posibilidad de extinguirla, a su favor, cuando lo considere pertinente. Por otro lado, tampoco se tiene en cuenta que — como veremos más adelante — el silencio positivo genera algo reconocible como un acto administrativo; por lo tanto, la Administración a través de esta técnica ya está respondiendo, aunque ciertamente no de manera expresa (artículo 188.1 LPAG), sino debido a una imposición legal.

C. La regulación del silencio administrativo en el Derecho peruano

Estas variaciones en la utilización de la técnica de los silencios se han plasmado en la evolución de la legislación peruana. Así, si bien la regulación

[6] Ni el silencio negativo ni tampoco el positivo tienen carácter sancionador ni son un castigo para la Administración, en contra de lo que ha sostenido para el segundo Herrera Buitrón, L. A., "La ley del silencio administrativo y una nueva concepción. El Estado debe estar al servicio del ciudadano", en *Revista Jurídica del Perú* 97, 2009, p. 147.

[7] Andrade Portugal, por ejemplo, en su primera conclusión señala que "mientras la norma constitucional establece la obligación de la Administración de dar respuestas por escrito ante las peticiones formuladas por escrito por los administrados, otras normas de carácter legal y administrativo, establecen y continúan estableciendo la aplicación del silencio administrativo (positivo o negativo), sin tomar en cuenta que el marco constitucional vigente no ha consagrado ni autorizado tal forma de respuesta tácita que significa el uso del silencio", y propone en la conclusión segunda o derogar las disposiciones legales, o modificar la Constitución, o, finalmente, interponer una acción de inconstitucionalidad (ANDRADE PORTUGAL, J.U.: "Presencia inconstitucional del silencio administrativo en la legislación nacional", *Revista del Foro* 2, junio-diciembre 1998, págs. 107-115, el entrecomillado en pág. 115).

de los efectos del silencio administrativo le corresponde, en principio, a la ley, la Constitución de 1979 establecía la regla del silencio negativo al garantizar el derecho de los ciudadanos "a formular peticiones, individual o colectivamente por escrito, ante la autoridad competente, la que está obligada a dar al interesado una respuesta también escrita, dentro del plazo legal, transcurrido éste el interesado puede proceder como si la petición hubiese sido denegada" (artículo 2.18). Es decir, la Constitución establecía expresamente la aplicación del silencio administrativo, aunque tal vez con ello, en realidad, lo que estaba pretendiendo era constitucionalizar la obligación de responder, como si lo hace la Constitución de 1993 en su art. 2.20, que no prima ningún silencio sobre el otro, con lo que le deja a la ley la determinación de los supuestos en cada uno es aplicable[8].

En el plano legislativo, tuvo fundamental importancia para la regulación de los silencios administrativos, la aprobación de la Ley 25035 (aprobada el 30 de mayo de 1989), de Simplificación Administrativa, pues si bien esta norma no mencionó expresamente dicha figura, fue amparándose en ella que su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo 070-89-PCM (RLSA), reguló el silencio positivo, introduciéndose así dicha figura en nuestro ordenamiento jurídico, pues hasta entonces la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos (LNGPA, cuyo TUO fue aprobado mediante Decreto Supremo 002-94-JUS, y que no era otra cosa que el viejo Reglamento de Normas Generales de Procedimientos administrativos, aprobado por Decreto Supremo 006-67-SC, pero elevado de rango por la Ley 26111) únicamente contemplaba el silencio negativo. Así, según el art. 27 RLSA, "en los procedimientos administrativos conducentes al otorgamiento de licencias, autorizaciones, permisos, concesiones y similares"[9] transcurrido el plazo establecido sin resolución expresa, el particular debía considerar aprobada

[8] No obstante, en algunos casos se ha limitado la libertad del legislador para atribuirle efectos positivos o negativos al silencio de la Administración. Es el caso, por ejemplo, de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, según la cual una ley que considere aplicable el silencio administrativo positivo en un asunto en el que, pese a preexistir un derecho, afecte al medio ambiente sería inconstitucional, porque de otro modo el incumplimiento de su deber de resolver ocasionaría también la infracción de su obligación de proteger valores constitucionales de superior jerarquía. A favor de este pronunciamiento, véase MORÓN URBINA, J. C.: *Una revisión…*, cit., pág. 411).

[9] Es llamativa la confusión existente en dicha norma, que hace equivalentes a las "concesiones" con las "autorizaciones", justamente cuando la doctrina generalmente distingue entre ambas a partir de la preexistencia de un derecho, y que justifica que la regla general en el caso de las segundas sea el silencio positivo, mientras que el silencio negativo se aplicaría para las primeras. Sobre la diferencia entre ambas figuras, véase, por todos, LAGUNA DE PAZ, J. C.: *La autorización administrativa*, Civitas, Madrid, 2005, págs. 83 y sigs. También puede verse la STC recaída en el Exp. 0048-2004-PI/TC, de 1 de abril de 2005, según la cual la concesión se caracteriza porque hace nacer en la esfera jurídica de su destinatario privado derechos, facultades, poderes nuevos hasta entonces inexistentes [...] la concesión es siempre un acto constitutivo de derechos, por el que se da al sujeto un poder jurídico sobre una manifestación de la Administración".

su solicitud o recurso, salvo que mediante norma con rango no inferior a resolución ministerial se haya establecido como regla el silencio negativo.

Por su parte, el Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada (LMCIP), dictado todavía en vigor la Constitución de 1979, profundizaba en la regulación del silencio administrativo positivo. Así, por vez primera se distinguía entre los procedimientos de aprobación automática y los procedimientos de evaluación previa, estableciéndose que la regla para los segundos sería el silencio positivo, debiéndose establecer así en el TUPA de cada entidad. Sin embargo, la legislación aplicable estaba todavía dispersa (así, por ejemplo, la tercera disposición complementaria de la LNGPA reenviaba al RLSA, y a su vez estaba vigente la LMCIP), situación que pretendió solucionarse con la aprobación de la LPAG, que pretendía establecer un régimen jurídico general aplicable a dicha institución, especialmente en sus artículos 33 y 34 LPAG (procedimientos de evaluación previa con silencio negativo y positivo) y 188 LPAG (efectos del silencio administrativo, tanto positivo como negativo). Según estos preceptos, en los procedimientos de evaluación previa, y en el caso de que la Administración no responda en el plazo previsto, se presume que hay una denegación de la solicitud (silencio negativo) o un otorgamiento de la misma (silencio positivo), en función del tipo de acto.

A mediados del año 2007, ignorando la pretensión "codificadora" del procedimiento administrativo que podría atribuírsele a la LPAG, se aprobó la Ley 29060, del Silencio administrativo (LSilA). Sin embargo, pese a las grandilocuentes declaraciones que acompañaron su promulgación, lo cierto es que hay poco de nuevo en dicha norma, criticable no sólo por su falta de novedades (no todas positivas, además), sino también por sacar del ámbito de la LPAG parte de la regulación de los silencios administrativos, cuando hubiera sido mucho más correcto simplemente introducir algunas variaciones puntuales a dicha norma, algo que desde la perspectiva jurídica habría sido mejor, pero no desde la publicitaria. Además, como bien se ha indicado, en realidad no todo el régimen de los silencios está regulado en esta nueva norma, pues el art. 188 de la LPAC sigue vigente, y en él se establecen las reglas de cómo operan los silencios y sus consecuencias, lo que ocasiona una innecesaria dispersión legislativa[10]. Por tanto, es necesario aplicar en conjunto ambas leyes (la LSilA para saber los supuestos de silencio, la LPAG para determinar sus consecuencias), lo que introduce un factor de confusión innecesario.

El último paso (hasta ahora) en esta evolución ha sido dado por el Decreto legislativo 1029, de 24 de junio de 2008, que modifica la LPAG y también la

[10] En este sentido, por ejemplo, DANÓS ORDÓÑEZ, J.: "¿Era necesaria una Ley del Silencio administrativo?", entrevista publicada en *Jus. Doctrina & Práctica*, 7, 2007, págs. 4 y 5; y GÓMEZ APAC, H. y HUAPAYA TAPIA, R.: *Lo bueno, lo malo y lo feo...*, cit., pág. 77.

LSilA, y que incluso ha agravado la dispersión legislativa mencionada líneas arriba. Así, esta última norma, además de modificar algunos de los supuestos de silencio administrativo negativo y positivo regulados en la LSilA, ha establecido un supuesto de excepción en el caso del procedimiento sancionador, que se regirá por el nuevo art. 188 LPAG. Como se verá a continuación, los defectos en nuestra regulación persisten e incluso se han agravado, sin que realmente se haya conseguido el pretendido objetivo de ampliar la aplicación del silencio positivo.

En cualquier caso, conviene indicar que, como corresponde a su ámbito natural de aplicación, en Derecho peruano la técnica de los silencios se aplica únicamente para los procedimientos de evaluación previa, que junto a los procedimientos de aprobación automática son procedimientos que deben iniciar los administrados ante las entidades para satisfacer o ejercer sus intereses o derechos (art. 30 LPAG). Aunque no sea propiamente materia de este trabajo, es preciso señalar un error que en ocasiones se comete, al calificar a los procedimientos de aprobación automática como meras comunicaciones a la Administración, lo que incluso justificaría su no inclusión en el régimen de los silencios administrativos[11].

En estos procedimientos, de acuerdo al art. 31 LPAG, "la solicitud es considerada aprobada desde el mismo momento de su presentación ante la entidad competente para conocerla, siempre que cumpla con los requisitos y entregue la documentación completa". Sin embargo, en estos casos no existe una mera comunicación a la Administración, sino que la aprobación automática se produce a través del dictado de un acto administrativo (aunque tácito), pues de acuerdo al art. 10 LPAG serán nulos los *actos* que resulten como consecuencia de la aprobación automática. Es decir, si lo "resuelto" es contrario al ordenamiento, se necesitará un procedimiento de anulación; mientras que si se trata de una comunicación automática, no habría nada que anular.

II. El silencio administrativo negativo y el silencio administrativo positivo: dos "silencios" de distinta naturaleza

Tanto el silencio administrativo negativo como el positivo son mecanismos empleados para reaccionar frente a la inactividad formal de la Administración. Sin embargo, sus consecuencias son radicalmente distintas, al punto que generalmente se admite que se trata de dos figuras de naturaleza diferente: una ficción procesal el primero, una fuente de actos presuntos el segundo[12].

[11] En este sentido, por ejemplo, GÓMEZ APAC, H. y HUAPAYA TAPIA, R.: *Lo bueno, lo malo y lo feo...*, cit., pág. 80.

[12] No obstante, estas diferencias no siempre han estado igual de claras, como lo muestra la redacción originaria de la Ley española 30/1992, de Régimen jurídico de las Administraciones

Cont.

A. El silencio administrativo negativo como ficción con efectos procesales y sus consecuencias respecto del inicio del cómputo del plazo de recurso

El silencio administrativo negativo nace ligado al contencioso-administrativo, que en su origen era considerado como un "proceso impugnatorio de actos previos cuya legalidad es objeto de revisión *a posteriori*"[13], por lo que la Administración podía eludir el control jurisdiccional con sólo permanecer inactiva. De esta manera el particular afectado por la inactividad de la Administración quedaba inerme ante ella, privado de toda garantía judicial. Para evitar esta situación, se crea la institución del silencio administrativo[14].

Este origen explica que el silencio negativo sea considerado generalmente como una ficción con efectos procesales. No es "un verdadero acto administrativo de sentido desestimatorio", sino todo lo contrario, "la ausencia de toda actividad volitiva de la Administración". Ante esta ausencia no son admisibles procesos interpretativos destinados a averiguar una voluntad que no existe. No siendo un acto, no es posible ligar a él ningún tipo de efectos jurídico-materiales ni, por tanto, cabe denominarlos como actos firmes o consentidos o que han sido posteriormente confirmados. El silencio negativo es, simplemente, una "ficción legal de efectos estrictamente procesales, limitados, además, a abrir la vía de recurso". Sustituye al acto expreso "pero sólo a los concretos fines y *en beneficio del particular* únicamente". Precisamente por eso, no libera a la Administración del deber de resolver expresamente[15].

---

públicas y del Procedimiento administrativo común, que reconducía ambos silencios a la figura del acto presunto (a través de su necesaria declaración administrativa), y que fue modificada por la Ley 4/1999.

[13] GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R.: *Curso de Derecho administrativo*, I, 13ª edición, Civitas, Madrid, 2006, pág. 599. Obviamente, el significado del carácter revisor del contencioso-administrativo ya no es el mismo, pues únicamente implica la exigencia de una previa "actuación" administrativa. Al respecto, véase BACA ONETO, V. S.: *La invalidez de los contratos públicos*, Civitas, Madrid, 2006, págs. 257 y sigs.

[14] GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R.: *Curso...*, I, *cit.*, pág. 599.

[15] Por todos GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso...*, I, *cit.*, págs. 599 y 600 (los entrecomillados corresponden a estos autores y se encuentran en las páginas citadas, en cursivas en el original); y GARCÍA-TREVIJANO GARNICA: *El silencio administrativo en el Derecho español*, *cit.*, págs. 87 a 89. En contra, hay quien ha defendido que el silencio negativo es un verdadero acto administrativo (pues verdaderos son sus efectos) denegatorio nacido en virtud de una presunción legal (BOQUERA OLIVER, J. M.: La naturaleza de la denegación y del otorgamiento presunto", en *La protección jurídica del ciudadano* (Homenaje a González Pérez), Civitas, Madrid 1993, pág. 601). Sin embargo, como siempre es posible que la Administración resuelva en sentido afirmativo, sería un acto con un régimen jurídico especial, totalmente distinto de los demás. Así, es revocable y no se transforma en firme (por lo que puede ser impugnable mientras no se dicte resolución expresa). Pero, si tiene un régimen tan distinto, ¿no será porque es otra cosa?

Este carácter de ficción procesal ha sido reconocido expresamente en el Derecho peruano, cuando el art. 188.3 LPAG establece que "el silencio administrativo negativo tiene por efecto habilitar al administrado la interposición de los recursos administrativos y acciones judiciales pertinentes"[16]. Además, así se justifica que en los procedimientos sometidos a silencio administrativo negativo, una vez vencido el plazo para que la Administración resuelva, no se extingue la obligación de resolver. Por tanto, el particular puede decidir impugnar o esperar a que se dicte una resolución expresa, todo el tiempo que quiera. En consecuencia, los efectos del silencio administrativo negativo no son automáticos, sino que dependen de la actitud que asuma el administrado.

En caso de que la Administración incumpla su obligación de responder, se le abren al ciudadano las siguientes tres posibilidades:

1) Entender desestimada su solicitud y conformarse con la resolución administrativa denegatoria presunta. Ahora bien, excepto en el caso de que el ciudadano exprese su renuncia al derecho o su desistimiento de la acción (artículos 189.1, 189.2 y 189.5 LPAG), subsiste la obligación de la Administración a resolver.

2) *Interponer contra la resolución presunta (denegatoria) el recurso administrativo o la acción judicial correspondiente*. En este caso, la obligación de resolver que tiene la Administración decae (artículo 188.4 LPAG). Sin embargo, se presenta aquí una duda, pues ¿qué hacer cuando el particular presenta su recurso, entendiendo que se ha producido un silencio negativo, pero la Administración pública ya ha resuelto favorablemente para el administrado pero todavía no ha notificado? O, ¿qué hacer en los casos en que, por ejemplo, la decisión se toma por un órgano colegiado que se reúne periódicamente, ya existe un informe favorable para el administrado, y el particular presenta su recurso justo antes de la sesión en que se iba a adoptar el acuerdo? En estos casos parece que se estaría perjudicando al administrado si se entiende que una vez presentado el recurso pierde inmediatamente competencia la Administración encargada de dictar el acto, pues no tendría sentido obligarlo a acudir a la segunda instancia para pedir algo que la primera ya habría reconocido. Por tanto, debido al carácter favorable para el administrado que debe tener el silencio negativo, quizá sería más adecuado entender que conserva competencia mientras

[16] En el mismo sentido, por todos, DANÓS ORDÓÑEZ: *El silencio...*, cit., pág. 227 y "Comentarios a la nueva ley del procedimiento administrativo general", en *Comentarios a la Ley del Procedimiento administrativo general*, ARA Editores, Lima, 2001, pág. 72. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado también expresamente sobre la naturaleza del silencio administrativo negativo, afirmando que se trata de una ficción con efectos procesales (véase la sentencia recaída en el Exp. 1003-98-AA/TC, de seis de agosto de 2002).

se no conceda la apelación, que quedaría sin sentido por sustracción de la materia[17].

¿Qué sucede cuando la resolución sería desfavorable para el administrado? En abstracto, siempre sería mejor para el administrado impugnar un acto expreso, del que conoce las razones, que otro que simplemente no existe, por lo que podría proponer la misma solución que para el caso anterior. Sin embargo, las ventajas para el administrado son mucho menos obvias, por lo que podría entenderse también que en este caso la Administración ya no puede responder una vez presentado el recurso y hasta antes de concederlo, pues podría convertirse en una forma de simplemente evitar las posibles responsabilidades disciplinarias y responder negativamente a todo lo solicitado[18].

3) *Esperar la contestación de la Administración y, si ésta no es favorable, impugnarla*. Teniendo en cuenta que el silencio es establecido en beneficio del particular, parece lógico que pasado el plazo para resolver, si la administración no ha contestado y, a su vez, el administrado ha dejado pasar el plazo para recurrir, subsista indefinidamente la posibilidad de que éste, en cualquier momento, plantee el recurso ante las autoridades administrativas o el Poder Judicial, según sea el caso. Es decir, el recurso contra las denegaciones presuntas está concebido como una carga, pero también como una facultad[19].

A esta tercera solución en su momento se llegó en el ordenamiento peruano por vía jurisprudencial[20] y en la actualidad es la que recoge la LPAG en su art.

[17] Sobre esta cuestión, puede verse el trabajo de TIMÓN HERRERO, M.: "La revocación de los actos presuntos desestimatorios. Comentario a la STS de 30 de enero de 1997, Ar. 1340, *RAP* 145, 1998, págs. 225 y sigs. Dicho trabajo se refiere a la Ley 30/1992 en su versión original, en la cual el silencio negativo daba origen a un "acto presunto" a través de la certificación, por lo que una resolución favorable posterior constituía una forma de revocación. Sin embargo, si ésta no fuera necesaria, es decir, si no hubiera acto, la autora citada no parece encontrar ningún problema para que resuelva fuera de tiempo.

[18] Sobre esta cuestión se ha pronunciado recientemente el Decreto legislativo 1067, al modificar la LPCA y establecer no sólo que "carece de eficacia el pronunciamiento hecho por la Administración una vez que fue notificada por la demanda"; sino también que "si el acto expreso se produce antes de dicha notificación, el órgano jurisdiccional podrá, a solicitud del actor, incorporar como pretensión la impugnación de dicho acto expreso o concluir el proceso". Es decir, si antes de la notificación se ha resuelto concediendo al administrado lo solicitado, el juez podrá dar por terminado el proceso, mientras que si se ha resuelto con una respuesta denegatoria, ésta igualmente se tomará en cuenta, lo que es lógico, porque allí están las razones de la negativa.

[19] Para FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ excepcionalmente "la interposición de un recurso contra el silencio administrativo no está concebida como una carga en sentido técnico... sino como una facultad que puede o no ejercitarse por el particular facultado, sin que la falta de ejercicio de dicha facultad pueda seguirse para él perjuicio alguno, como se seguiría inevitablemente si de una carga se tratara" "Silencio negativo, actos firmes y actos confirmatorios", *RAP* 53, 1967, pág. 284).

[20] Ejecutoria de 3 de noviembre de 1995, Exp. N° 969-95 de la Sala de Derecho Constitucional y Social y Ejecutoria de 21 de agosto de 1995, Exp. N° 1976-94 de la misma sala. Mayores referencias sobre ellas se pueden encontrar en DANÓS ORDÓÑEZ, J.: *El silencio...*, cit., págs. 225 a 229, artículo de donde se han extraído las referencias jurisprudenciales.

188.5 LPAG, de acuerdo al cual "el silencio administrativo negativo no inicia el cómputo de plazos ni de términos para su impugnación". Desde nuestro punto de vista, esta norma había derogado el artículo 541.3 CPC que imponía un plazo de treinta días para la demanda contencioso administrativa una vez producido el silencio presunto negativo. En efecto, nos parece la solución adecuada, pues los administrados no pueden resultar perjudicados como consecuencia de la inactividad administrativa, de ahí que mientras la Administración no resuelva siempre debe ser posible que esa actuación negativa presunta pueda ser impugnada en cualquier momento. En resumen, la única forma que tiene la Administración de cerrar el acceso a la impugnación es emitir una resolución expresa[21].

Sin embargo, esta regulación se vio profundamente alterada por la aprobación de la LPCA, cuyo texto final cambió sin explicación el que había sido redactado por quienes elaboraron la propuesta legislativa. Así, el art. 17.3 LPCA introdujo un plazo máximo de seis meses para presentar la demanda contencioso administrativa en los casos de silencio, contados desde la fecha en que venció el plazo legal para expedir la resolución o producir el acto administrativo solicitado[22]. En consecuencia, mientras que en sede administrativa el particular puede esperar todo el tiempo que quiera antes de interponer un recurso, si se trataba de acudir a la vía contenciosa, tenía un plazo para hacerlo.

Esta modificación, criticada por la doctrina peruana, iba claramente en contra de la naturaleza del silencio administrativo negativo, tan bien reconocida por la LPAG[23]. Efectivamente, ésta configura el silencio administrativo no como un acto presunto denegatorio, sino como una ficción para efectos meramente procesales que "según la esencia institucional de la figura [está pensada] en beneficio del interesado y nunca en su perjuicio o en su contra"[24]. La nueva normativa de la LPCA, por el contrario, convertía al silencio administrativo

[21] En el mismo sentido, Ibídem., pág. 228.

[22] El Proyecto de Ley del proceso contencioso administrativo, por el contrario, en su artículo 17.3 disponía que "cuando se produzca silencio administrativo, inercia y cualquier otra omisión de las entidades administrativas no se computará plazo para interponer la demanda"

[23] Entre otros, han criticado esta regulación ABRUÑA PUYOL, A. y BACA ONETO, V. S.: "·El silencio administrativo en el Derecho peruano", cit., págs. 56 y sigs.; y GÓMEZ APAC, H. y HUAPAYA TAPIA, R.: *Lo bueno, lo malo y lo feo...*, cit., pág. 102. Por su parte, ROJAS LEO ha calificado esta situación como "curiosa" y entiende que se desnaturaliza la institución, lo que constituye un "atentado contra el derecho del peticionante". Sin embargo, en vez de defender la inconstitucionalidad de la regulación vigente — como hacemos nosotros — entiende que la extensión del plazo mediatiza el daño. Véase ROJAS LEO, J. F.: *El silencio administrativo positivo...*, cit., págs. 31 y 32.

[24] GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: "La inexistencia de plazo para recurrir el silencio administrativo en vía contencioso-administrativa. Derogación del artículo 46.1 LJ de 1988. Un auto de la sección 5ª de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 25 de noviembre de 1999 (recurso 261/99)", *REDA* 105, 2000, pág. 130.

negativo, al menos en vía judicial, "en un beneficio para [la Administración] y en una inesperada y grave carga para [el administrado]"[25].

Adicionalmente, la constitucionalidad de esta regulación podía ser puesta en tela de juicio, a partir de lo sucedido en otros ordenamientos. Así, por ejemplo, en Derecho español se ha considerado que el plazo de seis meses previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa para impugnar los "actos presuntos" no era aplicable, cuando menos, a los casos de silencio administrativo negativo[26]. En Perú no se llegó a producir una declaración similar, pero de haberse planteado el tema, hubiera sido muy probable que nuestro Tribunal Constitucional se pronunciara en el mismo sentido, no sólo porque expresamente había reconocido el carácter de ficción procesal favorable para el administrado del silencio administrativo negativo[27], sino porque en múltiples ocasiones había declarado que el plazo para interponer la acción de amparo no sería aplicable en los supuestos en que la Administración

[25] Ibídem, p. 130. Se podría pensar que un antecedente del artículo 17.3 LPCA es el artículo 46 de Ley española 29/1998, de 13 de julio reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que establece en su inciso 1 que "el plazo para interponer recurso contencioso-administrativo será de dos meses contados desde el día siguiente al de la publicación de la disposición impugnada o al de la notificación o publicación del acto que ponga fin a la vía administrativa, si fuera expreso. Si no lo fuera, el plazo será de seis meses y se contará, para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto". Ahora bien, como ha comentado GARCÍA DE ENTERRÍA en el artículo que estamos citando, esta regulación tenía en cuenta el diseño que la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre) hacía del silencio administrativo negativo antes de su reforma por la Ley 4/1999, de 13 de enero. Efectivamente, la Ley de 1992 configuraba el silencio administrativo negativo no como una ficción con efectos procesales, sino como un acto presunto denegatorio. Por esta razón la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998 señalaba un plazo de seis meses para la impugnación *del acto presunto* producido por silencio administrativo negativo. Sin embargo, con la reforma de 1999 el ordenamiento español regresa a la configuración del silencio administrativo negativo como una ficción de meros efectos procesales, situación que reconoce la sentencia que comenta el profesor citado y que desestima la solicitud de inadmisibilidad por extemporaneidad, justamente porque la institucionalidad de la figura del silencio administrativo negativo como ficción de efectos meramente procesales, lleva consigo dejar abierto el plazo para impugnar (vid. Ibídem, *passim*).

[26] En este sentido, las sentencias del Tribunal Constitucional español 188/2003, de 27 de octubre; y 220/2003, de 15 de diciembre ha confirmado el carácter de "ficción procesal", favorable al interesado, del silencio negativo, de modo que el establecimiento de un plazo para recurrir sería contrario al derecho a la tutela judicial efectiva. Al respecto, véanse los trabajos de CANO CAMPOS, T.: "Silencio administrativo negativo y plazos para recurrir. Un estudio crítico de la normativa vigente a la luz de la reciente jurisprudencia constitucional", *RGDAI* 5, 2004 (también publicado en *REDA* 122, 2004, págs. 257 y sigs.); GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E.: "¿Existe un plazo para recurrir contra desestimaciones por silencio administrativo negativo? (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 188/2003, de 27 de octubre, dictada en el recurso de amparo 1497/2000)", *RAP* 163, 2004, págs. 157 y sigs.; y PÉREZ ANDRÉS, E. M.: "Una sentencia trascendental sobre la inexistencia de plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo frente al silencio administrativo negativo", *RAP* 164, 2004, págs. 201 y sigs.

[27] Ver nota 16.

no hubiera dictado acto alguno y la ley estableciera que se producía en tal caso un silencio administrativo negativo[28].

Finalmente, el Decreto legislativo 1067 ha zanjado la cuestión (al menos hasta el momento), al modificar el art. 17 LPCA y establecer que tampoco habrá un plazo para acceder a la vía judicial cuando la Administración incumple su deber de responder en un procedimiento sujeto a silencio administrativo negativo. Es más, esta norma incluso reenvía a lo establecido en el art. 188 LPAG, con lo que queda clara su intención de establecer un régimen unificado, sin las contradicciones que existían a partir del texto original de la LPCA.

B. El silencio administrativo positivo como fuente de un verdadero acto administrativo, aunque presunto

1. La naturaleza del silencio administrativo positivo

La técnica del silencio administrativo positivo, a pesar de estar también ligada a la inactividad de la Administración, tiene una naturaleza, funcionalidad y efectos muy diferentes al silencio administrativo negativo. Se puede decir que sólo coincide con éste en constituir una respuesta al silencio administrativo y en algunas características de su aplicación[29].

Así, al igual que el silencio negativo, el positivo es también una técnica que facilita la resolución de algunos procedimientos. Sin embargo, las diferencias no se agotan en el distinto sentido que se le atribuye a la falta de decisión administrativa (afirmativa en un caso, denegatoria en el otro), sino que van mucho más lejos. En los casos de silencio negativo se mantiene la obligación de resolver, de modo que la Administración puede (y debe) responder expresamente mientras que el particular no decida recurrir. Por el contrario, en el caso del silencio positivo la obligación de resolver se extingue automáticamente cuando se agota el plazo para terminar el procedimiento sin que se haya dictado una resolución definitiva. En consecuencia, vencido este plazo, ya no puede la Administración pública resolver denegando lo solicitado, pues de hacerlo estaría revocando la decisión que por imperativo normativo tiene el administrado derecho a presumir existente[30].

[28] Véanse en este sentido las sentencias recaídas en los Exp. N.° 1046-2004-AA/TC, N.° 0815-2004-AA/TC, N.° 2812-2004-AA/TC, N.° 1745-2004-AA/TC, y Nº 1484-2003-AA/TC. El *leading case* sobre esta cuestión fue el caso resuelto en el Exp. 1003-98-AA/TC, de seis de agosto de 2002.

[29] Véase, por ejemplo, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R.: *Curso...*, I, *cit.*, pág. 601.

[30] En Derecho peruano la revocación está limitada únicamente a los supuestos de ilegalidad sobrevenida, ya sea por cambios normativos o por la pérdida de los requisitos que justificaron el dictado del acto, proscribiéndose por motivos de oportunidad (art. 203 LPAG).

En este sentido, tanto la doctrina como los ordenamientos jurídicos próximos al nuestro coinciden en reconocer que la aplicación del silencio administrativo positivo constituye un acto administrativo estimatorio, es decir, un acto presunto que nace a consecuencia de una disposición legal (*ope legis*)[31]. Nuestro ordenamiento así lo reconoce expresamente al establecer que "el silencio administrativo tiene para todos los efectos el carácter de resolución que pone fin al procedimiento" (artículo 188.2 LPAG). El acto presunto se considerará además nacido desde el mismo momento en que se cumpla el plazo que la Administración tiene para resolver (artículo 188.1 LPAG), no desde que se presenta la declaración jurada a la que hace referencia la LSilA, aunque en ocasiones esto no aparezca del todo claro.

Por otro lado, hay quienes señalan que el acto presunto nacido del silencio administrativo positivo es asimilable al no ejercicio de un veto en qué consistiría el acto expreso[32]. No obstante, no se puede calificar, en rigor, al silencio administrativo positivo como fruto de la "técnica de veto", porque no es sino un defecto en la actuación administrativa. Calificar al silencio positivo de esa manera supondría, en definitiva, otorgar carta de naturaleza a la inactividad administrativa[33], que se identificaría más bien a un acto tácito: pudiendo decir que no, la Administración pública no dice nada, por lo que debe entenderse

[31] GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R.: *Curso...*, I, *cit.*, pág. 602; GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E.: *El silencio administrativo en el Derecho español, cit.*, pág. 81 y DANÓS ORDÓÑEZ, J.: *Comentarios...*, cit., pág. 72. Para GONZÁLEZ NAVARRO es una ficción y no una presunción, y la diferencia estriba en que la ficción versa sobre algo que es cierto mientras que la presunción sobre algo que es dudoso. La ficción en el silencio administrativo parte de un hecho cierto "el que la Administración no cumple el deber que tiene de dar respuesta razonada a una petición que se le ha formulado". En definitiva, por imperativos de equidad y justicia, en base a un hecho cierto, se finge como verdad jurídica algo que no lo es y se permite que esta verdad jurídica despliegue su eficacia del mismo modo que la desplegaría la verdad natural.. Esto lleva a este autor a denominar a este tipo de actos ficticios y no presuntos (*Derecho administrativo español*, III, EUNSA, Pamplona, 1997, págs. 896 a 898). En el mismo sentido MORILLO VELARDE, J. I.: *Los actos presuntos*, Marcial Pons, Madrid 1995, págs. 127 y sigs. Aunque no les falta cierta dosis de razón hay que tener en cuenta que la doctrina concuerda en que el silencio es una ficción y que al hablar de actos presuntos se hace entendiéndolos como el resultado de esa ficción (en el caso de que la ficción produzca un acto, como es el caso del silencio positivo), por esta razón preferimos mantener la terminología tradicional.

[32] Al calificarla como veto, se entiende que la Administración accede porque la única actuación que se espera de ella es que remueva unos límites que han sido impuestos a los derechos de los particulares, cuyo ejercicio quedaría condicionado a la constatación de su compatibilidad con el bien común. En estos casos, los ciudadanos cumplirían con los deberes que pesan sobre ellos, si dan ocasión al ejercicio de las facultades controladoras de la Administración, comunicándole sus pretensiones y haciendo posible que ésta se pronuncie. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R.: *Curso ...*, I, pág. 602 y GARRIDO FALLA, F.: "La obligación de resolver: actos presuntos y silencio administrativo", *REDA* 82, 1994, pág. 195. En Derecho peruano, en el mismo sentido, GÓMEZ APAC, H. y HUAPAYA TAPIA, R.: *Lo bueno, lo malo y lo feo...*, cit., págs. 88 y 95.

[33] GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E.: *El silencio administrativo en el Derecho español, cit.*, págs. 85 y 86.

que quiere decir que sí. En todo caso, una cosa son los actos de comunicación obligatoria (a las que se vincula la posibilidad del veto) y otra las solicitudes (en cuyo caso el silencio no forma parte del mecanismo del veto).

La admisión del silencio positivo o de efectos estimatorios no debe llevar a olvidar, como advierte BOQUERA OLIVER, que el silencio administrativo positivo no implica ningún mejor funcionamiento de la Administración. Recuerda este autor que la Constitución impone a la Administración el deber de responder de forma expresa y escrita dentro de plazo (artículo 2.20 CP) y que la regulación de un régimen de silencio positivo no debe servir para que las autoridades y funcionarios se ahorren trabajo e incumplan la obligación de motivar, ya que esta actitud puede perjudicar a la Administración y a los intereses generales[34]. Es más, la seguridad jurídica se puede ver afectada también, al carecer los administrados de un acto expreso que les sirva de título, especialmente si se trata de actividades sujetas a supervisión, obligándoles a suplirlo con declaraciones o con explicaciones basadas en el calendario.

2. El "acto presunto" y el Derecho peruano, una relación difícil

2.1 ¿Cuándo se produce el silencio positivo?

Como se ha indicado previamente, el silencio administrativo positivo se produce *ope legis* desde el momento en que la Administración deja pasar el plazo establecido sin resolver una solicitud del administrado. Sin embargo, la realidad es algo más complicada que dicha afirmación, pues puede que una resolución haya sido dictada dentro del plazo, pero que por cuestiones ajenas al órgano decisor sea notificada fuera de éste, cuando el particular creía que ya había obtenido lo solicitado. ¿Qué hacer en este caso?

Al respecto, el Tribunal constitucional había resuelto que el silencio administrativo positivo se produciría también cuando el acto hubiera sido notificado más allá del plazo establecido por la norma para concluir el procedimiento, incluso si la decisión se hubiera tomado dentro del plazo previsto. Obviamente, además de las razones indicadas en la citada sentencia, esto permitía evitar la inseguridad para el particular, que no tendría la seguridad de estar autorizado si tiene que seguir esperando la notificación, y también la "picaresca" administrativa, que permitiría salvar ciertos silencios positivos dictando resoluciones con fecha previa y notificándolas después

[34] BOQUERA OLIVER, J. M.: *La naturaleza de la denegación...*, cit., pág. 599. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA: *El silencio administrativo en el Derecho español*, *cit.*, págs. 93 y sigs.) critica la costumbre del silencio expreso, es decir, los casos en que con absoluta voluntariedad la Administración, en vez de resolver, deja pasar el plazo determinado por la ley para ello con la finalidad de "resolver" mediante el silencio administrativo. Se trataría, según el autor citado, de una práctica viciosa de la Administración.

Este pronunciamiento era congruente con lo dispuesto por la redacción original del art. 188.1 LPAG, según el cual "Los procedimientos administrativos sujetos a silencio administrativo positivo quedarán automáticamente aprobados en los términos en que fueron solicitados si transcurrido el plazo establecido o máximo, la entidad no hubiera *comunicado* al administrado el pronunciamiento". Es decir, en el plazo para resolver debía notificarse también, pues de lo contrario operaría el silencio positivo.

Esta regulación fue objeto de una modificación subrepticia por la LSilA[35], cuyo art. 2 establece que se produce el silencio positivo si en el plazo máximo para resolver la entidad no hubiera *emitido* el pronunciamiento correspondiente. Sin embargo, esta modificación implicaba un notable empeoramiento de la situación del particular, que simplemente ya no sabía a partir de cuándo podía entender aprobada su solicitud, con el consiguiente riesgo para la seguridad jurídica que esto significaba. Además, daba pie para la "picaresca", por llamarla de alguna manera, que podía producirse resolviendo con una fecha anterior (dentro del plazo), y luego notificando la resolución.

En realidad, estos problemas podían resolverse mediante una interpretación lógica de la LPAG, pues en su art. 24 establecía que debe notificarse en un plazo máximo de cinco días, más el término de la distancia, de ser el caso, de acuerdo al cuadro aprobado por la autoridad competente (art. 135 LPAG). En consecuencia, una decisión tomada el último día del plazo para resolver debía ser notificada, en el peor de los casos, cinco días después. Por tanto, de no llegar en este lapso, podía en todo caso considerar producido el silencio positivo.

Sin embargo, al no estar expresamente establecida dicha interpretación, podía ser una fuente de inseguridad jurídica, lo que ha pretendido ser corregido a través del Decreto legislativo 1029, que la ha consagrado legislativamente, modificando el art. 188 LPAG. Así, el silencio positivo se producirá cuando venza el plazo para decidir más el plazo máximo establecido en la norma para las notificaciones (cinco días), más el término de la distancia, de ser el caso. No está claro cuál puede ser el futuro de esta regulación, contraria a los criterios utilizados por el Tribunal constitucional, pero en todo caso permite igualmente garantizarle al particular una fecha cierta del silencio, con lo que se respeta la seguridad jurídica[36].

[35] Véase y GÓMEZ APAC, H. y HUAPAYA TAPIA, R.: *Lo bueno, lo malo y lo feo...*, cit., pág. 97.

[36] No obstante, antes de la última modificación algunos autores se había mostrado contrarios a cambiar el criterio, porque sostenían que lo más seguro era entender que se producía el silencio administrativo si en el plazo establecido no se había *comunicado* la resolución. En este sentido, GÓMEZ APAC, H. y HUAPAYA TAPIA, R.: *Lo bueno, lo malo y lo feo...*, cit., pág. 97; y MORÓN URBINA, J. C.: *Una revisión...*, cit., págs. 417 y 418.

2.2 El silencio positivo, ¿se produce *ope legis* desde que se vence el plazo para resolver o requiere de una declaración adicional?

A partir de la lectura del art. 188 LPAG y del art. 4 LSilA, parece fuera de toda duda que el silencio administrativo positivo, y por tanto el acto presunto, se produce automáticamente desde que se cumple el plazo previsto. Sin embargo, esta constatación no elimina por sí misma uno de los problemas más grandes del silencio positivo, como es la dificultad que enfrenta el administrado para probar que aquél se ha producido. No conviene olvidar que la técnica del silencio administrativo dista de ser una panacea, pues persiste la deficiencia de la actuación de la Administración pública y el particular nunca estará en la misma situación de seguridad cuando tiene en su poder una resolución expresa que lo autoriza que cuando sólo puede utilizar como título la aprobación "presunta"[37]. Este problema es particularmente evidente cuando el único medio de prueba que tiene el administrado es el cargo de su solicitud, al que tendría que sumarse el plazo para una resolución expresa.

Al respecto, la LSilA sí que ha introducido una novedad interesante, pues permite que el particular presente una declaración jurada ante la propia entidad para hacer valer el derecho en cuestión, constituyendo el cargo de recepción de dicho documento prueba suficiente de la resolución, cuyo desconocimiento se ha tipificado además como infracción sancionable disciplinariamente. Sin embargo, debe llamarse la atención sobre el carácter voluntario de dicha declaración, pues en realidad el silencio administrativo positivo se habría producido automáticamente al vencerse el plazo para resolver, y no cuando se presenta dicha declaración jurada. En consecuencia, se han simplificado los mecanismos para probar la existencia de una resolución ficta, aunque en todo caso conviene no olvidar que se trata de una actuación no deseable, en tanto lo idea es que se resuelva expresamente.

Sin embargo, esta misma declaración, que puede servir como solución para probar el silencio positivo, es a la vez fuente de problemas debido a la forma en que ha sido regulada. En primer lugar, no le falta razón a DANÓS ORDÓÑEZ cuando advierte del riesgo que puede implicar la posibilidad de presentar esta declaración, que puede acabar convirtiéndose en obligatoria en la práctica para que las Administraciones reconozcan la existencia de un derecho nacido del silencio administrativo positivo[38]. Por eso plantea que su

[37] En el mismo sentido, MORÓN URBINA, J. C.: *Reformas al régimen*..., cit., págs. 22 y 23; quien insiste en la poca seguridad que brinda el silencio administrativo positivo no sólo cuando se trata de ejercer derechos del particular en forma aislada, sino cuando "habilita ejercer derechos subjetivos de necesaria interrelación y acreditación frente a terceros (ejemplo, licencia de construcción) y a ejercer derechos subjetivos que necesiten de un título administrativo o de una prestación administrativa complementaria" (Pág. 23).

[38] DANÓS ORDÓÑEZ, J.: *¿Era necesaria*..., cit., pág. 8.

uso sea excepcional, ante instituciones como la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (SUNARP), que (sin contar con ninguna habilitación legal para ello) se negaban a registrar habilitaciones urbanas o licencias de construcción obtenidas en base al silencio administrativo positivo, pues exigían una resolución expresa.

En realidad, si el silencio positivo opera realmente *ope legis*, SUNARP estaría tan obligada como antes a registrar sin necesidad de que el particular adjunte la declaración jurada, aún cuando el silencio se haya producido en un procedimiento seguido ante una Administración distinta. No obstante, si que habría una diferencia, en torno al régimen disciplinario, pues para que incurra en responsabilidad un funcionario de la misma entidad en que se produjo el silencio administrativo no sería necesario haber presentado dicha declaración, pero sí sería exigible cuando se trate de funcionarios de entidades distintas (art. 4 LSilA). Lógicamente, la consecuencia inmediata de este régimen será que los funcionarios de entidades distintas exigirán la declaración jurada, sabiendo que si lo hacen (y desconocen el silencio administrativo automáticamente producido) no incurrirían en responsabilidad alguna.

Sin embargo, había algunas disposiciones enigmáticas en la LSilA, no del todo acordes con el carácter automático del silencio positivo. En primer lugar, de acuerdo al segundo párrafo del art. 4, incurrirían en responsabilidad disciplinaria los funcionarios de entidades distintas a aquellas en que se hubiera producido el silencio administrativo que cometerán una infracción si no cumplen la "resolución aprobatorio ficta derivada de la Declaración jurada a que hace referencia el art. 3". Sin embargo, si dicha declaración tiene efectos probatorios, no derivaría de ella resolución alguna, sino que en realidad la precedería, por lo que dicha norma carece de sentido[39].

Además, esta misma norma establece que los funcionarios sólo incurrirán en responsabilidad cuando se nieguen *injustificadamente* a reconocer los efectos del silencio administrativo o de la declaración jurada, lo que parece abrir la puerta a un desconocimiento *justificado*. Pero, ¿cuándo existiría éste? Como bien afirma MORÓN URBINA, no puede ser el caso de una resolución ficta que hubiera conferido derechos en contra del ordenamiento, porque sólo puede ser desconocida luego de ser anulada... y luego de la anulación ya no hay nada que desconocer[40].

Una de las posibles interpretaciones, bastante forzada, del texto de la LSilA es que se estaría admitiendo la posibilidad de que los funcionarios desconozcan actos presuntos contrarios al ordenamiento jurídico sin necesidad de una previa

[39] Ibídem, pág. 9.
[40] MORÓN URBINA, J. C.: *Reformas al régimen*..., cit., págs. 25 y 26.

anulación, algo que ha sido defendido por quienes entienden que estamos ante un supuesto de inexistencia. Sin embargo, esta posición, además de no encontrar gran eco doctrinal, es directamente contraria a lo dispuesto por el art. 10.3 LPAG, que consagra como un supuesto de nulidad el de los actos que resulten como consecuencia del silencio positivo contrarios al ordenamiento jurídico[41]. En consecuencia, no queda muy claro lo que ha querido decir la LSilA y, en todo caso, no es muy correcto lo que ha dicho.

Pese a estas críticas, que formulamos hace algún tiempo[42], la legislación ha profundizado en la confusión. Así, a partir de la modificación introducida por el Decreto legislativo 1029, "La declaración jurada a la que se refiere el artículo 3 de la Ley del Silencio Administrativo, Ley Nº 29060 no resulta necesaria para ejercer el derecho resultante del silencio administrativo positivo ante la misma entidad". Lógicamente, en sentido contrario cabría interpretar que dicha declaración sí es necesaria cuando se pretenda ejercer el derecho ante otra entidad.

Así, la declaración ya no sólo justificaría la no imposición de una sanción disciplinaria al funcionario que no reconozca el silencio producido por la inactividad formal de una entidad distinta, que sin embargo podría reconocerle efectos; sino que incluso sería necesaria para otorgárselos, perdiendo así el carácter facultativo que se le ha atribuido. Por tanto, entre entidades distintas, sin declaración jurada, no hay acto presunto, no ya como un efecto práctico indeseado de la regulación, sino por expresa previsión de ésta. Pero, ¿y el carácter *ope legis* del silencio? Formalmente, se reconocería... pero sin declaración, podría ser inútil.

[41] Uno de los campos en donde se ha pretendido aplicar la teoría de la inexistencia ha sido el del silencio administrativo positivo Así, para GARCÍA-TREVIJANO GARNICA (*El silencio administrativo en el Derecho español, cit.*, págs. 293 y sigs., en especial pág. 303, sobre cómo paliar la inseguridad jurídica que su posición produce), el silencio positivo no se producía cuando se solicitaba un acto contrario a la legalidad, de modo que en este caso no podía hablarse de un acto administrativo, y la Administración podía desconocerlo sin necesidad de recurrir a los procedimientos de revisión de oficio (en este sentido, MORILLO-VELARDE PÉREZ, J. I.: *Los actos presuntos, cit.*, pág. 29. Por el contrario, se posicionan en contra de este posible desconocimiento, negando que se trate de un acto inexistente, BOQUERA OLIVER, J. Mª.: *La naturaleza de la denegación...*, cit., págs. 607 y 608; y FERNÁNDEZ PASTRANA, J. Mª.: "Reivindicación del silencio positivo: reflexiones para su recuperación en el ámbito de las autorizaciones administrativas", *RAP* 127, 1992, págs. 138 y sigs.). Sin embargo, esta situación cambió con la Ley 30/1992, que establece en su art. 62.1.f — al igual que la LPAG peruana — que serán nulos de pleno derecho "los actos expresos *o presuntos* contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieran facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición". En consecuencia, como el propio GARCÍA-TREVIJANO GARNICA reconoce (*El silencio administrativo en la nueva Ley..., cit.*, págs. 34 y sigs.), el cambio normativo ha determinado que su interpretación ya no sea aplicable en el ordenamiento vigente. Sobre este tema, con más detalle, puede verse también BACA ONETO, V. S.: *La invalidez..., cit.*, págs 67 (por nota) y 173 y sigs.

[42] ABRUÑA PUYOL, A. y BACA ONETO, V. S., "El silencio administrativo en el Derecho peruano", cit., págs. 71 y 72.

a. Los límites al silencio administrativo: la invalidez de pleno derecho de los actos que hubieren conferido derechos más allá de lo que la norma hubiera permitido

Es quizá el contenido del acto presunto estimatorio el aspecto que tiene más trascendencia en esta institución. En nuestro ordenamiento la solución viene dada por el artículo 188.1 LPAG que dispone que "quedarán automáticamente aprobados en los términos en que fueron solicitados", disposición que deben ser interpretada en conjunto con el art. 10.3 LPAG, según el cual serán inválidos "Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o tramites esenciales para su adquisición". Es una solución clara y coherente con la técnica aprobatoria del silencio positivo.

Aún así, no tanto por cómo está configurada la técnica del silencio administrativo positivo en nuestro ordenamiento sino por la misma técnica en sí, es una solución que no está exenta de dificultades, ya que crea cierta inseguridad en el administrado, pues ¿se puede estar seguro de no haber incurrido en algún vicio que pueda acarrear la declaración de invalidez del acto obtenido por silencio administrativo[43]?

Esta relativa inseguridad que genera la técnica del silencio administrativo positivo, se debe a una diversidad de razones, entre las cuales cabe mencionar: (a) la configuración amplísima de la invalidez por la que los actos que resulten aprobados como consecuencia de silencio positivo son nulos de pleno derecho (artículo 10.3 LPAG); y (b) el régimen extremadamente sencillo de la revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho (artículos 188.2 y 202 LPAG).

Con independencia de estas dudas, lo que es claro, insistimos, es el contenido de lo que se aprueba por medio del silencio administrativo positivo: lo solicitado por el interesado en sus mismos términos. Ahora bien, si de acuerdo al art. 32.3 LPAG, el procedimiento aprobado por un acto administrativo obtenido mediante la técnica del silencio administrativo positivo es fiscalizado, en el plazo de fiscalización previsto en el art. 32 LPAG o en los plazos más amplios señalados para la revisión de oficio en el art. 202 LPAG y se comprueba la existencia de algún vicio el acto en aquello que sea contrario al ordenamiento jurídico deberá ser declarado inválido y en consecuencia ineficaz, pero una vez hayan transcurrido los plazos señalados el acto emanado por silencio administrativo que contenga vicios se vuelve inatacable[44].

[43] Al respecto, véase ROJAS LEO, J. F.: *El silencio administrativo positivo*..., cit. págs. 29 y 30.

[44] Ya hemos puesto de relieve las deficiencias de la regulación de la invalidez en nuestro ordenamiento, fruto de las estrictas limitaciones temporales a la anulación, especialmente a

Cont.

III. Los supuestos de silencio administrativo positivo y negativo (crónica de una incongruencia)

A. Los supuestos de silencio administrativo positivo y de silencio negativo establecidos en la legislación: visto de lejos, la clasificación es irreprochable

La LSilA se dictó con un objetivo confeso: ampliar los supuestos de silencio administrativo positivo, asumiendo que era más favorable para los administrados, con el fin de hacer realidad lo dispuesto por la LPAG. El art. 33 de dicha norma establecía una lista de supuestos en que sería aplicable el silencio positivo, que culminaba con una cláusula general de silencio positivo, que sería aplicable en todos los procedimientos a instancia de parte no sujetos a silencio negativo[45], e incluso en éstos si no se exponía significativamente el interés general y el TUPA así lo establecía (art. 34.2).

La otra cara de esta enumeración se encontraba en el art. 34 LPAG, que establecía los supuestos de silencio administrativo negativo: En este sentido, de acuerdo al derogado art. 34 LPAG, se aplicaba el silencio administrativo negativo: (1) Cuando la solicitud verse sobre asuntos de interés público, incidiendo en la salud, medio ambiente, recursos naturales, la seguridad ciudadana, el sistema financiero y de seguros, el mercado de valores, la defensa nacional y el patrimonio histórico cultural de la nación. (2) Cuando cuestionen otros actos administrativos anteriores, salvo los recursos en el caso del numeral 2

pedido de parte pero también de oficio, que hacen discutible que se haya reconocido realmente la figura de la nulidad de pleno derecho. Sobre estas cuestiones, pueden verse mis trabajos: "La Ley 27444, de Procedimiento Administrativo General, y la mal llamada "nulidad de pleno derecho", en *Revista Peruana de Jurisprudencia* 48, 2006, Compendio especializado, Págs. 7 y sigs.; y "La inexistencia. Una noción instrumental necesaria en el Derecho peruano", publicado en *Derecho administrativo contemporáneo. Ponencias del II Congreso Nacional de Derecho administrativo*, Palestra, Lima, 2007, págs. 251 y sigs.; y "La anulación de los contratos públicos regulados en la nueva ley de contrataciones del Estado y su reglamento", en *Revista de Derecho administrativo del Círculo de Derecho administrativo*, 7, 2009, en prensa.

[45] Art. 33 LPAG.- Procedimientos de evaluación previa con silencio positivo.
Los procedimientos de evaluación previa están sujetos a silencio positivo, cuando se trate de algunos de los siguientes supuestos:
1. Solicitudes cuya estimación habilite para el ejercicio de derechos preexistentes, salvo que mediante ella se transfiera facultades de la administración pública o que habilite para realizar actividades que se agoten instantáneamente en su ejercicio.
2. Recursos destinados a cuestionar la desestimación de una solicitud cuando el particular haya optado por la aplicación del silencio administrativo negativo.
3. Procedimientos en los cuales la trascendencia de la decisión final no pueda repercutir directamente en administrados distintos del peticionario, mediante la limitación, perjuicio o afectación a sus intereses o derechos legítimos.
4. Todos los otros procedimientos a instancia de parte no sujetos al silencio negativo taxativo contemplado en el artículo siguiente, salvo los procedimientos de petición graciable y de consulta que se rigen por su regulación específica.

del artículo anterior. (3) Cuando sean procedimientos trilaterales y los que generen obligación de dar o hacer a cargo del Estado. (4) Los procedimientos de inscripción registral. (5) Aquellos a los que, en virtud de la ley expresa, sea aplicable esta modalidad de silencio administrativo.

La LSilA derogó los arts. 33 y 34 LPAG, reemplazándolos con una regulación no demasiado distinta, aunque con alguna importante diferencia. Así, de acuerdo a la redacción original del art. 1 LSilA eran supuestos de silencio positivo "a) Solicitudes cuya estimación habilite para el ejercicio de derechos preexistentes o para el desarrollo de actividades económicas que requieran autorización previa del Estado, y siempre que no se encuentren contempladas en la Primera Disposición Transitoria, Complementaria y Final (en adelante, PDTCF) [...] b) Recursos destinados a cuestionar la desestimación de una solicitud o actos administrativos anteriores [...] c) Procedimientos en los cuales la trascendencia de la decisión final no pueda repercutir directamente en administrados distintos del peticionario, mediante la limitación, perjuicio o afectación a sus intereses o derechos legítimos". Posteriormente, esta norma fue modificada por el Decreto legislativo 1029, que restringió el silencio positivo a los recursos "destinados a cuestionar la desestimación de una solicitud o actos administrativos anteriores, *siempre que no se encuentren contemplados en la Primera disposición Transitoria, Complementaria y Final*", que regula los procedimientos sometidos a silencio negativo.

Por otro lado, de acuerdo a la PDTCF, "excepcionalmente, el silencio administrativo negativo será aplicable en aquellos casos en los que se afecte significativamente el interés público, incidiendo en la salud, el medio ambiente, los recursos naturales, la seguridad ciudadana, el sistema financiero y de seguros, el mercado de valores, la defensa comercial; la defensa nacional y el patrimonio histórico cultural de la nación, en aquellos procedimientos trilaterales y en los que generen obligación de dar o hacer del Estado; y autorizaciones para operar casinos de juego y máquinas tragamonedas [...] Asimismo, será de aplicación para aquellos procedimientos por los cuales se transfiera facultades de la administración pública, y en aquellos procedimientos de inscripción registral [...] En materia tributaria y aduanera, el silencio administrativo se regirá por sus leyes y normas especiales. Tratándose de procedimientos administrativos que tengan incidencia en la determinación de la obligación tributaria o aduanera, se aplicará el segundo párrafo del artículo 163° del Código Tributario".

B. La clasificación de los supuestos de silencio y sus problemas: visto desde cerca, no todo lo que brilla es oro

1. El silencio administrativo en los procedimientos de recurso

En su redacción original, el único nuevo supuesto de silencio era el referido a los recursos administrativos, respecto de los cuales cambió la regla anterior, que prohibía el doble silencio negativo (sólo era positivo el silencio en caso de recurso cuando se impugnaba un silencio negativo) por otra distinta, según la cual en todo recurso (incluso cuando la decisión impugnada fuera expresa) el silencio sería positivo[46]. El objetivo de esta modificación estaba claro, pues buscaba obligar a la Administración a resolver en plazo los recursos interpuestos, pero es realmente discutible que la imposición general del silencio positivo sea lo más conveniente.

Esta regulación fue objeto de un gran rechazo, porque tenía como efecto no deseado la presentación automática de recursos contra cualquier decisión administrativa, con la esperanza de que se venciera el plazo para resolver y operara así el silencio positivo. En consecuencia, la norma en cuestión ha sido modificada por el Decreto legislativo 1029, de modo que se aplicará el silencio positivo a los "recursos destinados a cuestionar la desestimación de una solicitud o actos administrativos anteriores, *siempre que no se encuentren contemplados en la Primera disposición Transitoria, Complementaria y Final*", que regula los procedimientos sometidos a silencio negativo.

Es decir, de acuerdo al texto vigente, si se trata de un procedimiento sujeto a silencio positivo, y hay una respuesta expresa denegatoria, el silencio será positivo. Por el contrario, si se trata de un procedimiento sujeto a silencio negativo, y ya sea que la Administración responda expresamente o no lo haga, el recurso estaría sometido también a silencio negativo. Es decir, mientras que en el texto original de la LPAG estaba proscrito el doble silencio negativo,

[46] Sobre este supuesto, DANÓS ORDÓÑEZ ha criticado la redacción de la LSilA, por cuanto, sostiene, parece que limita únicamente el silencio positivo a la impugnación de actos administrativos *expresos*, pues establece su procedencia cuando se trate de recursos que cuestionen "la desestimación de una solicitud o actos anteriores". En consecuencia, no sería aplicable – a diferencia de lo establecido en la LPAG, cuando el recurso se hubiera planteado contra la desestimación por silencio negativo de lo solicitado previamente (véase DANÓS ORDÓÑEZ, J.: *¿Era necesaria…*, cit., págs. 5 y 6). Sin embargo, nos parece que la LSA pretende incluir dentro de la expresión "desestimación" no sólo a las expresas, sino también a las que se hubieran producido mediante silencio administrativo negativo —y así evitar el doble silencio negativo—, pues de otro modo se habría perjudicado seriamente a los administrados. Es de la misma opinión que nosotros MORÓN URBINA, J. C.: "Reformas al régimen del silencio administrativo positivo", en *Jus. Doctrina & Práctica*, 7, 2007, pág. 23; y ROJAS LEO, J. F.: El silencio administrativo positivo..., cit., pág. 37.

de acuerdo a la redacción vigente de la LSilA éste sí estaría permitido, por lo que la normativa vigente sería menos favorable para el administrado que su antecesora.

La aplicación indiscriminada del silencio a todos los recursos administrativos podía ser especialmente grave en el caso de los procedimientos trilaterales, conocidos en otros ámbitos como arbitramiento o arbitraje administrativo, en donde la Administración debe resolver una controversia entre dos particulares. Si bien de acuerdo a la PDTCF, en éstos se aplica el silencio administrativo negativo, no quedaba claro si el silencio cambiaba de sentido en el recurso, de acuerdo a lo establecido por el art. 1 LSilA, lo que evidentemente perjudicaría a quien se hubiera visto beneficiado en primera instancia[47]. A partir de la modificación introducida por el Decreto legislativo 1029, al estar incluidos dentro de la lista de la PDTCF, habría que entender que los recursos en los procedimientos trilaterales también estarán sometidos a silencio administrativo negativo.

Sin embargo, como se indicó más arriba, el Decreto legislativo 1029 ha establecido también un supuesto especial de aplicación del silencio positivo en el caso de recursos en materia sancionadora. Así, de acuerdo al vigente art. 188.4 LPAG, "en los procedimientos sancionadores, los recursos administrativos destinados a impugnar la imposición de una sanción estarán sujetos al silencio administrativo negativo. Cuando el administrado haya optado por la aplicación del silencio administrativo negativo, será de aplicación el silencio administrativo positivo en las siguientes instancias resolutivas". Es decir, en materia sancionadora se proscribe, como antes se hacía generalmente, el doble silencio negativo, de modo que el segundo siempre será positivo.

Sin embargo, debe indicarse que esta excepción será aplicable sólo en casos excepcionales. Al ser un procedimiento iniciado de oficio, si no se toma la decisión dentro del plazo establecido no se produce silencio alguno. Es más, al no estar regulada en Derecho peruano la caducidad del procedimiento, sólo sería aplicable el art. 233.2 LPAG, que prescribe el reinicio del cómputo de prescripción de la infracción si el procedimiento se paraliza por más de 25 días por causa no imputable al administrado. Por tanto, el primer silencio negativo tendría que producirse ya en vía de recurso, de modo que sólo habría silencio positivo si existe un segundo recurso, lo que puede suceder si se presenta primero la reconsideración y luego la apelación, o en los casos en donde se prevé un recurso de revisión ante una instancia nacional, después de la apelación.

[47] Véase GÓMEZ APAC, H. y HUAPAYA TAPIA, R.: *Lo bueno, lo malo y lo feo...*, cit., págs. 99 y 110.

En realidad, el problema se presenta en los que algunos llaman procedimientos trilaterales sancionadores[48]. Al ser trilaterales, se aplicaría la PDTCF de la LSilA, según la cual se aplicará el silencio administrativo negativo en primera instancia. Pero, al ser sancionadores, estaría proscrito el doble silencio negativo, de modo que en caso de recurso, el silencio sería positivo. Sirva esta mención como ejemplo de las dificultades que presenta esta categoría de procedimientos, de la en realidad debería prescindirse, distinguiendo entre dos procedimientos: uno sancionador, iniciado de oficio a raíz de una denuncia, y otro en donde el reclamante pide una prestación del reclamado, pero que sería accesorio al primero, de modo que se requiere la constatación de la infracción para el reconocimiento del derecho.

Obviamente, el reclamante podría decir que se encuentra en un estado de indefensión, debido que no podría entender producido el silencio negativo para acceder a la siguiente instancia, pero también cabe preguntarse si realmente tiene sentido aplicar la técnica de los silencios en los procedimientos trilaterales, que tan difícilmente pueden clasificarse como procedimientos de evaluación previa, más bien pensados en un particular que solicita un acto o una prestación de la Administración, no de otro particular.

2. ¿Es excepcional la aplicación del silencio administrativo negativo?

A diferencia de lo que ocurría en la legislación anterior, la LSilA no establece expresamente al silencio positivo como la regla general, aunque dicha conclusión se podía extraer de la redacción de la PDTCF, según la cual se aplica "excepcionalmente" en los supuestos en ella regulados. Además, dicha "excepcionalidad" parece quedar también patente en la séptima disposición complementaria y final de la LSilA, según la cual las entidades deben justificar ante la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM) su aplicación a un procedimiento por afectar significativamente el interés público. Se trata, por tanto, de una especie de control administrativo de la discrecionalidad de otras Administraciones públicas, cuya constitucionalidad no está muy clara en el caso de los Gobiernos locales o regionales[49].

[48] Ibídem, pág. 99.

[49] ROJAS LEO, J. F.: *El silencio administrativo positivo*..., cit., pág. 37. No obstante, pareciera que este control se limita a los TUPAs aprobados antes de la aplicación de la LSilA, pues se hará únicamente dentro de los 180 días de aprobada, por lo que no sería necesario llevarlo a cabo cuando se trate de TUPAs que se aprueben en el futuro, o cuando se trate de nuevos procedimientos, no regulados actualmente. Es decir, sólo se emplearía para la adecuación de los TUPAs vigentes, no de los que vengan después. En todo caso, no debe entenderse que dicho control impide un posible control judicial, incluso si la PCM hubiera dado el visto bueno para la aplicación del silencio negativo, aunque con los límites naturales del control de toda actuación discrecional. Finalmente, la propia LSilA admite la posibilidad de que mediante Decreto supremo se señalen procedimientos

Cont.

No obstante, este carácter "excepcional" del silencio negativo en nuestra normativa vigente ha sido puesto en duda, a partir de la generalidad de excepción establecida en la PDTCF, que podría servir para dar cobertura a gran cantidad de supuestos[50]. Además, de la sola lectura de esta norma y su comparación con el original art. 34 LPAG se desprende que hay más supuestos de silencio negativo, como es el caso de las autorizaciones para casinos y tragamonedas, que antes no es estaban incluidas en dicha lista.

En realidad, es discutible que sea conveniente que el silencio positivo se aplique siempre en todos los casos, y la propia LSilA así lo reconoce. Así, en la citada PDTCF, se contempla como un supuesto de aplicación del silencio negativo cuando "se afecte significativamente el interés público, incidiendo en la salud, el medio ambiente, los recursos naturales, la seguridad ciudadana, el sistema financiero y de seguros, el mercado de valores, la defensa comercial, la defensa nacional y el patrimonio histórico cultural de la nación". Es decir, hay algunos casos en donde, pese a tratarse de ámbitos en que existen derechos preexistentes, y debería recurrirse al silencio positivo, puede aplicarse el silencio administrativo negativo, siempre que el interés general así lo exija.

Por tanto, la claridad en torno a las normas efectivamente vigentes que debe exigirse en todo ordenamiento jurídico brillaría por su ausencia, pues en estos supuestos las normas "sectoriales" contrarias al artículo 1 de la LSilA no habrían quedado derogadas. Le correspondería al juez determinar en cada caso el tipo de silencio aplicable, con el agravante de que no estaría controlando solamente la discrecionalidad de la Administración (en caso el silencio negativo haya sido establecido en un TUPA), sino del propio legislador, al verificar si una ley que hubiera establecido el silencio administrativo negativo en un ámbito específico se justifica realmente en el interés general exigido por la LSilA. Se trata, en realidad, de los efectos de olvidar la regla según la cual la ley sectorial prima sobre la ley general, sin tomar en cuenta además que el legislador perfectamente puede introducir nuevas limitaciones a la regla del silencio positivo, sin que en estos casos puede alegarse nada en su contra, ya que las leyes posteriores habrían derogado la anterior (en este caso, la LSilA).

administrativos especiales, "que requieran una tramitación distinta a lo establecido en la presente ley". Es decir, termina por abrir una ventana —que podría convertirse en una puerta abierta de par en par si se olvida su carácter excepcional— para que la Administración aplique el silencio negativo. Al respecto, DANÓS ORDÓÑEZ afirma que seria conveniente atribuirle a la PCM el control de estos supremos, para garantizar su excepcionalidad (*¿Era necesaria...*, cit., págs. 12 y 13). Sin embargo, la LSilA no lo ha hecho, entre otras razones, porque, como se ha indicado en el texto, se le ha atribuido a la PCM la potestad de controlar la adecuación de los TUPAs vigentes, no de las normas que se aprueben en el futuro.

[50] GÓMEZ APAC, H. y HUAPAYA TAPIA, R.: *Lo bueno, lo malo y lo feo...*, cit., págs. 91 y 102.

IV. Conclusiones

Nuestra legislación, como no puede ser de otro modo, ha buscado soluciones contra la inactividad formal de la Administración, y las ha encontrado en la técnica de los silencios administrativos. Así, en primer lugar, el silencio negativo permite a los particulares recurrir ante la falta de respuesta de la Administración, aunque no están obligados a ello, ya que es una institución establecida a su favor, como ficción con efectos procesales, por lo que pueden seguir esperando a que la Administración dicte una resolución expresa.

Por su parte, el silencio positivo sí que da origen a un verdadero acto administrativo, mediante el cual el particular puede entender aprobado aquello que hubiera solicitado, pero no debe olvidarse que también aquél es consecuencia de un previo incumplimiento de la Administración pública y no brinda la misma seguridad que una resolución expresa, por lo que no se trata tampoco de una situación deseable.

No obstante, el régimen existente no se libra de críticas, especialmente por la dispersión normativa que implica la regulación del silencio administrativo en dos normas: la LSilA y la LPAG. Además, si bien el Decreto legislativo 1029 ha corregido alguno de los más notorios defectos de la legislación previa, como era la existencia de un plazo para presentar el recurso contencioso administrativo en los casos de silencio administrativo negativo, quedan aún algunas cuestiones que deben ser modificadas o aclaradas, como el alcance de la declaración jurada que puede presentar el administrado, que parece haberse convertido en obligatoria para alegar el silencio ante una Administración distinta a aquella que dicta el acto presunto.

Finalmente, cabe indicar que pese a la declarada intención del legislador, tanto la LSilA como el posterior Decreto legislativo 1029 han mantenido, e incluso ampliado, los supuestos en los que es aplicable el silencio negativo. Es el caso, por ejemplo, de los procedimientos de recurso, en los cuales actualmente puede ocurrir un doble silencio negativo, antes proscrito. Sin embargo, no todas son malas noticias, pues la obligación impuesta a las entidades de enviar los textos de sus TUPAs a la Presidencia del Consejo de Ministros, con la debida justificación de las razones que le llevan en cada caso a aplicar el silencio negativo, ha permitido una disminución real de los supuestos en que se acudía a éste injustificadamente.

PORTUGAL

O NOVO REGIME DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EM PORTUGAL

Mário Aroso de Almeida

I. Enquadramento

A apreciação dos litígios em matéria administrativa é atribuída, em Portugal, a uma ordem de tribunais especializados, que constituem a jurisdição administrativa. São tribunais que, nos termos da CRP, integram o Poder Judicial, dotados de juízes que, hoje, são recrutados e formados pelo Centro de Estudos Judiciários, tal como sucede com os juízes dos tribunais judiciais. O contencioso administrativo português foi recentemente objecto de uma importante reforma, introduzida pela Lei nº 13/2002, de 19 de Fevereiro, que aprovou um novo Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais (ETAF), e pela Lei nº 15/2002, de 22 de Fevereiro, que aprovou um inovador Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA)[1]. O novo Estatuto e o Código entraram em vigor em 1 de Janeiro de 2004.

Sucessivamente prometida e adiada ao longo de quase vinte anos, a reforma do contencioso administrativo era considerada indispensável à plena instituição do Estado de Direito democrático em Portugal. Com efeito, o contencioso administrativo ainda não tinha sido objecto, desde a instituição da democracia, com a aprovação da Constituição da República Portuguesa (CRP) de 1976, da reforma profunda que se impunha.

Tratou-se, pois, de dar resposta a uma necessidade que desde há muito era sentida, nos dois planos em que a questão se colocava.

Em primeiro lugar, no plano da organização e funcionamento dos tribunais. O enorme crescimento do volume dos litígios em matéria administrativa ocorrido desde a instituição do regime democrático exigia que se procedesse à reorganização do quadro das competências dos tribunais, libertando os tribunais superiores das vastas competências de julgamento em primeira instância de que ainda dispunham e criando uma rede de tribunais administrativos que permitisse uma adequada cobertura do território nacional. Por outro lado, impunha-se transferir os tribunais tributários (ou fiscais) da dependência funcional do Ministério das Finanças para a dependência funcional do

[1] O CPTA foi, entretanto, alterado pela Lei nº 4-A/2003, de 19 de Fevereiro, e o ETAF pela Lei nº 107-D/2003, de 31 de Dezembro.

Ministério da Justiça, incorporando-os na nova rede de tribunais, que passaram, portanto, a ser, todos eles, tribunais administrativos e tributários (ou fiscais).

Em segundo lugar, no plano da regulação do regime processual.

Apesar de algumas inovações entretanto introduzidas, o regime do contencioso administrativo português, no essencial, tinha-se mantido fiel a um modelo assente, à maneira francesa, num meio de impugnação anulatória dos actos administrativos (o chamado *recurso contencioso de anulação)*, complementado, no plano cautelar, pelo instituto da suspensão da eficácia de actos administrativos. Por outro lado, era marcado pela existência de inaceitáveis limitações quanto aos meios de prova admitidos em juízo e por um formalismo exagerado, que dificultava o acesso à justiça, dando origem a um elevado número de decisões em que o tribunal não chegava a pronunciar-se sobre o mérito das causas[2].

Também neste plano, a reforma era indispensável à concretização do direito à tutela jurisdicional efectiva dos cidadãos perante os poderes públicos, que resultava do novo modelo jurídico-constitucional.

Com efeito, logo na revisão constitucional de 1982, a CRP tinha assumido no nº 4 do artigo 268º que a garantia constitucional da tutela jurisdicional perante os poderes públicos não se devia esgotar na formulação de pedidos de estrita anulação de actos administrativos. E acabou por avançar, na revisão constitucional de 1997, para a explicitação, nos nºs 4 e 5 do artigo 268º, das principais pretensões que deviam poder ser deduzidas perante os tribunais administrativos: reconhecimento de direitos ou interesses legalmente protegidos, impugnação de actos e de normas administrativas, determinação judicial da prática de actos administrativos legalmente devidos e adopção das providências cautelares adequadas.

A redefinição do quadro dos meios processuais existentes, de modo a assegurar que estas pretensões pudessem ser accionadas, constituía, assim, uma exigência que era formalmente imposta pelo próprio texto constitucional[3]. E que, com o tempo, se foi tornando tanto mais urgente, na medida em que, ao

[2] Para a descrição do modelo de contencioso administrativo anteriormente vigente na ordem jurídica portuguesa, cfr., por todos, VIEIRA DE ANDRADE: *A Justiça Administrativa*, 3ª ed., ed. Almedina, Coimbra, 2000. Para o diagnóstico crítico dos seus principais pontos de estrangulamento, cfr. o número 16 (especialmente dedicado ao tema) da revista *Cadernos de Justiça Administrativa* (ed. Cejur, Braga), que é a mais importante revista sobre contencioso administrativo que é publicada em Portugal.

[3] Cfr. VASCO PEREIRA DA SILVA: *O contencioso administrativo como "direito constitucional concretizado" ou "ainda por concretizar"?,* ed. Almedina, Coimbra, 1999.

contrário do que, em contexto similar, sucedeu em Espanha, nem o Supremo Tribunal Administrativo, nem o Tribunal Constitucional, se revelaram capazes de fazer evoluir o sistema por via jurisprudencial, procedendo, como se impunha, a uma interpretação da legislação ordinária em conformidade com a Constituição, enquanto os projectos legislativos se iam sucedendo, sem que a reforma se concretizasse[4].

Foi ao conjunto de exigências que acabam de ser enunciadas que a recente reforma procurou dar resposta. Procuraremos dar conta, de seguida, do conteúdo da reforma, numa síntese tão breve quanto possível. Dada a amplitude das inovações introduzidas, a exposição procurará cingir-se aos aspectos mais significativos e, ainda assim, sem os aprofundamentos que, noutro contexto, seriam devidos[5].

II. Aspectos orgânicos

No plano da organização dos tribunais, pode dizer-se que a reforma procedeu a uma verdadeira *refundação do contencioso administrativo português*.

Com efeito, tratou-se de criar e instalar uma rede inteiramente nova de tribunais administrativos (e fiscais), dimensionada para cobrir todo o território nacional, por forma a dar finalmente resposta ao crescimento exponencial de litígios que, nesta área, se registou ao longo dos últimos trinta anos.

a) A jurisdição administrativa portuguesa era constituída por cinco tribunais de primeira instância[6], o Tribunal Central Administrativo[7] e o Supremo

[4] Pode dizer-se que o longo e atribulado processo de reforma se desencadeou com a constituição de uma comissão presidida pelo Professor D. FREITAS DO AMARAL, que apresentou um primeiro projecto em 1990. Sobre esse projecto, cfr. o artigo de DIOGO FREITAS DO AMARAL: "Projecto de Código do Contencioso Administrativo", publicado na revista *Scientia Ivridica*, tomo XLI (nº 235/237). Esse projecto acabou, porém, por ser abandonado, tendo-se-lhe sucedido vários outros, de proveniências várias, até, por fim, se proceder, em 2001, à elaboração das propostas de Lei que conduziram à reforma de 2002.

[5] Para mais desenvolvimentos, podem consultar-se, especificamente sobre o tema: FREITAS DO AMARAL, D.y AROSO DE ALMEIDA, M.: *Grandes linhas da reforma do contencioso administrativo*, ed. Almedina, 3ª ed., Coimbra, 2004; AROSO DE ALMEIDA, M.: *O novo regime do processo nos tribunais administrativos*, ed. Almedina, 4ª ed., Coimbra, 2005; VIEIRA DE ANDRADE: *A Justiça Administrativa*, ed. Almedina, 9ª ed., Coimbra, 2007. Para o enunciado sistemático das inovações introduzidas, cfr., entretanto, o artigo de síntese de J. TIAGO V: A. DA SILVEIRA: "A reforma do contencioso administrativo", publicado no nº 25 da *Revista Jurídica da Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa* (ed. AAFDL, Lisboa, 2002).

[6] Tratava-se dos *tribunais administrativos de círculo*, que funcionavam como tribunais de primeira instância apenas para um conjunto limitado de matérias, com possibilidade de recurso, dependendo dos casos, ou para o Tribunal Central Administrativo, ou para o Supremo Tribunal Administrativo.

[7] O Tribunal Central Administrativo era um tribunal que, para certas matérias, funcionava como tribunal de segunda instância, sem possibilidade de recurso, e para outras como tribunal de primeira instância, com possibilidade de recurso para o Supremo Tribunal Administrativo.

Tribunal Administrativo. Com a reforma, passaram a existir quinze tribunais de primeira instância, dois Tribunais Centrais Administrativos e o Supremo Tribunal Administrativo.

No que toca à distribuição das competências entre estes tribunais, a principal inovação introduzida pela reforma residiu na eliminação praticamente total das competências em primeira instância que anteriormente eram atribuídas, quer ao Tribunal Central Administrativo, quer ao Supremo Tribunal Administrativo. Praticamente todos os processos passaram, assim, a ser julgados, em primeiro grau, pelos novos tribunais de primeira instância (cfr. artº 44º do ETAF), que passaram a cobrir a totalidade do território português.

Por regra, todos os tribunais têm competências de natureza administrativa e tributária (ou fiscal), dispondo de uma secção especializada de contencioso administrativo e outra de contencioso tributário (ou fiscal). Cada tribunal tem, portanto, secções separadas para os processos administrativos e para os processos tributários (ou fiscais) e juízes separadamente afectos a cada um dos dois tipos de processos. Só não é assim nos tribunais de pequena dimensão, em que a divisão em secções não se justifica ou não é possível. Do que se trata é, portanto, de partilhar o mesmo espaço físico e as estruturas de uso comum do tribunal, criando economias de escala que assegurem uma maior eficácia e eficiência na gestão dos recursos, sem perda da tradicional especialização, neste domínio, de juízes e de funcionários, nas matérias administrativas e tributárias (ou fiscais).

Como é da tradição do contencioso administrativo português, os tribunais de primeira instância funcionam com juiz singular, a cada juiz competindo o julgamento, de facto e de direito, dos processos que lhe sejam distribuídos. Nas acções em que esteja em causa o exercício de poderes de autoridade da Administração e que tenham valor mais elevado, que possibilita o recurso para tribunal superior, o tribunal funciona, contudo, em formação de três juízes, à qual compete o julgamento da matéria de facto e de direito (cfr. artº 40º do ETAF). Nas acções de valor mais elevado, o julgamento da matéria de facto também pode ter lugar perante tribunal colectivo, se tal for requerido por qualquer das partes.

b) Foi, entretanto, assumida a opção de extinguir o Tribunal Central Administrativo, substituindo-o por dois tribunais, um Tribunal Central Administrativo Norte e um Tribunal Central Administrativo Sul, com sede nas cidades do Porto e de Lisboa. Esta opção inscreve-se na filosofia geral da reforma, orientada no sentido de aproximar os tribunais administrativos das populações que, por todo o país, a eles se dirigem.

Os novos Tribunais Centrais Administrativos passaram a ser a instância normal de recurso (de apelação) das decisões proferidas pelos tribunais de primeira instância (cfr. artº 37º do ETAF), sem prejuízo da existência de vias excepcionais de recurso de revista para o Supremo Tribunal Administrativo, circunscritas à apreciação de questões de direito: um recurso das decisões dos Tribunais Centrais Administrativos, proferidas em segundo grau de jurisdição (cfr. artº 150º do CPTA), e um recurso directo (*per saltum)* de decisões proferidas pelos tribunais de primeira instância (cfr. artº 151º do CPTA). Estes recursos só são admitidos, porém, em circunstâncias muito limitadas.

Para além dos referidos recursos excepcionais de revista, o Supremo Tribunal Administrativo continua a conhecer dos recursos para uniformização de jurisprudência, fundados na contradição entre acórdãos proferidos pelos tribunais superiores (cfr. artº 152º do CPTA) e pode ser chamado por um tribunal de primeira instância a pronunciar-se, a título prejudicial, sobre o sentido em que deve ser decidida uma questão de direito nova, que suscite dificuldades sérias e se possa vir a colocar noutros litígios (cfr. artº 93º do CPTA).

III. Âmbito da jurisdição administrativa

Como já foi referido, a apreciação dos litígios em matéria administrativa é atribuída, em Portugal, a uma ordem específica de jurisdição, constituída pelos tribunais administrativos. No artigo 212º, a CRP identifica a jurisdição administrativa como o complexo de tribunais incumbidos de "dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas".

Embora não tenha ido tão longe quanto seria porventura desejável, a reforma procedeu a uma significativa ampliação do âmbito da jurisdição administrativa, eliminando diversas soluções avulsas que, sem qualquer explicação lógica, atribuíam aos tribunais judiciais o poder de dirimir litígios materialmente administrativos. As principais novidades introduzidas neste domínio foram as seguintes:

1º. Compete aos tribunais administrativos proceder à fiscalização da legalidade dos actos materialmente administrativos praticados por órgãos não administrativos do Estado ou das Regiões Autónomas, o que inclui os actos materialmente administrativos praticados pelo Presidente da República e pelo Presidente do Parlamento, assim como a generalidade dos actos materialmente administrativos praticados pelos tribunais judiciais, cuja apreciação era excluída do âmbito da jurisdição administrativa (artigo 4º, nº 1, alínea c), do ETAF).

2º. No que se refere à competência contenciosa em matéria de contratos públicos, o legislador do ETAF preferiu não avançar para a solução mais radical e inovadora da uniformização e manter a solução tradicional segundo a qual a competência para a apreciação das questões emergentes de contratos públicos se reparte entre os tribunais administrativos e os tribunais judiciais. Procurou, contudo, identificar com maior grau de precisão o universo dos contratos cujo contencioso fica sujeito aos tribunais administrativos, recorrendo, para o efeito, à conjugação de dois critérios.

Em primeiro lugar, conferiu à jurisdição administrativa o poder de apreciar as questões relativas à interpretação, validade e execução dos contratos a respeito dos quais exista lei que expressamente os submeta, ou admita que eles possam ser submetidos, a um procedimento de formação específico de direito público (cfr. artigo 4º, nº 1, alínea e), do ETAF). E repare-se que tanto podem estar aqui em causa contratos celebrados por entidades públicas, como contratos celebrados por entidades privadas controladas por entidades públicas, que, em conformidade com o Direito da União Europeia, estão submetidas à aplicação de regras de direito público quanto à formação de alguns dos seus contratos. Compete, assim, aos tribunais administrativos, não só apreciar a conformidade com essas regras das decisões dessas entidades que fundamentem a celebração desses contratos (cfr., a propósito, artigos 100º, nº 3, e 132º, nº 2, do CPTA), como também dirimir os próprios litígios que possam emergir dos contratos.

Em segundo lugar, conferiu à jurisdição administrativa o poder de apreciar as questões relativas à interpretação, validade e execução dos contratos administrativos, que, como diz a lei, podem ser contratos que substituam ou tenham por objecto a prática de actos administrativos, contratos administrativos típicos, a respeito dos quais existem normas de direito público que regulam aspectos do respectivo regime substantivo, ou contratos que as partes tenham expressamente submetido a um regime substantivo de direito público (cfr. artigo 4º, nº 1, alínea f), do ETAF).

Acrescente-se que ainda se estendeu a competência dos tribunais administrativos à verificação da invalidade de quaisquer contratos celebrados por entidades públicas que directamente resulte da invalidade de actos administrativos em que se tenha baseado a respectiva celebração (artº 4º, nº 1, alínea b), do ETAF). No novo regime processual, esta invalidade pode ser suscitada e pronunciada no âmbito e ao longo da pendência do processo de impugnação do acto administrativo cuja invalidade esteja na origem da invalidade do contrato (cfr. artº 63º, nº 2, do CPTA).

3º. Sem prejuízo de algumas restrições pontuais, os tribunais administrativos passam a ser competentes para dirimir todas as questões de responsabilidade civil extracontratual que envolvam pessoas colectivas de direito público, não só por danos resultantes do exercício da função administrativa, mas também por danos resultantes do exercício das funções legislativa e judicial, assim como as que envolvam a responsabilidade dos titulares de órgãos, funcionários, agentes e demais servidores públicos, incluindo acções de regresso contra si intentadas pelas entidades públicas às quais préstam serviço (cfr. artigo 4º, nº 1, alíneas g) e h), do ETAF).

Compete, assim, à jurisdição administrativa apreciar todas as questões de responsabilidade civil extracontratual dos órgãos da Administração Pública, independentemente da questão de saber se essa responsabilidade emerge de uma *actuação de gestão pública* ou de uma *actuação de gestão privada* e, portanto, de saber se, em termos substantivos, essa responsabilidade se rege por normas de direito público ou de direito privado: ao contrário do que sucedia até aqui, essa distinção deixa de ser relevante, para o efeito de determinar a jurisdição competente, que passa a ser, em qualquer caso, a jurisdição administrativa.

4º. Os tribunais administrativos passaram a ser competentes para julgar todos os processos intentados contra entidades públicas que se dirijam a promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial de infracções cometidas contra valores e bens constitucionalmente protegidos como a saúde pública, o ambiente, o urbanismo, o ordenamento do território, a qualidade de vida, o património cultural e os bens do Estado, das Regiões Autónomas e das autarquias locais (artigo 4º, nº 1, alínea l), do ETAF).

IV. Pretensões dedutíveis e poderes de pronúncia dos juízes

No plano da regulação do processo, o aspecto mais relevante da reforma tem que ver com a concretização do imperativo constitucional de assegurar que os tribunais administrativos proporcionam uma tutela jurisdicional efectiva, plena e sem lacunas, a quem a eles se dirige em busca de protecção.

1. O propósito de cumprir esse imperativo é assumido no artigo 2º do CPTA[8], que consagra o princípio de que toda a situação jurídica substantiva tem o modo adequado de ser accionada perante os tribunais administrativos. Todos os direitos subjectivos e interesses legalmente protegidos podem ser objecto da acção adequada à sua prótecção jurisdicional, sem que continuem a existir limitações, no plano processual, que ponham em causa a efectividade da sua actuação em juízo.

[8] Todos os artigos que, a partir deste momento, sejam citados sem outra indicação pertencem ao CPTA.

Neste sentido, um extenso elenco exemplificativo de pretensões, enunciado no artigo 2º, nº 2, torna claro que todo o tipo de pretensões substantivas podem ser deduzidas perante os tribunais administrativos. Isto significa, por exemplo, que é possível pedir a condenação da Administração à abstenção de comportamentos e, em especial, à abstenção da prática de actos administrativos, em situações em que exista a ameaça de uma lesão futura que não possa ser protegida de outro modo; a condenação à prática de actos administrativos ilegalmente recusados ou omitidos; a condenação ao pagamento de quantias em dinheiro, à entrega de coisas ou à prestação de factos (cfr., em geral, o artº 2º, nº 2, e, em especial, os artigos 37º, nº 2, e 46º, nº 2).

Os diferentes tipos de pretensões deixaram, entretanto, de ser artificialmente associados a específicos meios processuais. Deixou, assim, de vigorar o tradicional sistema de tipicidade dos meios processuais, de acordo com o qual cabia às leis do processo identificar os tipos de conduta (activa ou omissiva) da Administração a que correspondia um elenco tipificado de meios de actuação em juízo — o que fazia com que não existisse, no contencioso administrativo, o meio de tutela adequado para reagir contra os tipos de condutas administrativas a que as leis do processo não faziam corresponder um meio processual específico. No novo modelo, a mesma forma de processo (isto é, o mesmo modelo de tramitação processual) passou a poder ser utilizado para fazer valer diferentes tipos de pretensões, sendo possível cumular diferentes pedidos num mesmo processo, desde que entre os pedidos exista uma conexão que justifique a cumulação (cfr. artigos 4º, 5º e 47º).

Em correspondência com o que acaba de ser dito, o artigo 3º veio esclarecer que os tribunais administrativos deixaram de ter poderes limitados de pronúncia. A jurisdição administrativa deixou de ser uma jurisdição de poderes limitados, a cujos juízes não era reconhecida a possibilidade de emitir todo o tipo de pronúncias, o que implica a superação da tradicional inibição em reconhecer aos tribunais administrativos certos poderes de condenação da Administração. Na verdade, a tutela jurisdicional só é efectiva se for capaz de proporcionar a emissão de sentenças de condenação dirigidas contra a Administração sempre que seja essa a providência que melhor corresponde à configuração concreta da situação em juízo. A partir do momento em que passa a ser possível deduzir todo o tipo de pretensões, não pode deixar de ser possível a emissão de todo o tipo de pronúncias, com a única limitação que resulta do respeito pelos limites decorrentes da discricionariedade administrativa, nos domínios reservados à formulação de juízos de conveniência ou de oportunidade por parte da Administração.

2. A Administração deixou, pois, de só poder ser condenada ao pagamento de indemnizações, no âmbito das acções de responsabilidade civil, para passar a poder (e a dever) sê-lo sempre que esteja constituída em deveres jurídicos.

Cumpre, neste contexto, realçar a enorme importância da introdução da possibilidade da existência de processos de condenação à prática de actos administrativos.

Como claramente estabelece o artigo 66º, nº 2, neste novo tipo de processos, "ainda que a prática do acto devido tenha sido expressamente recusada, o objecto do processo é a pretensão do interessado e não o acto de indeferimento, cuja eliminação da ordem jurídica resulta directamente da pronúncia condenatória". Isto significa que, mesmo quando confrontado com um acto administrativo de indeferimento ou de recusa da própria apreciação de um requerimento, o autor não é forçado a discutir em juízo o acto de recusa, por estrita referência aos termos em que ele se possa ter baseado, mas tem a possibilidade de fazer valer a posição subjectiva de conteúdo pretensivo de que é titular, pedindo o seu cabal reconhecimento. Esta é uma transformação profunda em relação ao tradicional recurso contencioso de anulação de actos (expressos ou tácitos) de indeferimento, em que o objecto do processo se definia por referência ao acto impugnado e era, portanto, logo à partida pré-delimitado pela Administração.

Assim, se, num caso concreto, a recusa se tiver (infundadamente) baseado na falta do preenchimento de um requisito prévio, sem que, portanto, a Administração tenha sequer chegado a apreciar o mérito da pretensão do requerente, o processo de condenação, dotado de um objecto alargado, permite que a questão prévia em que o acto de indeferimento se tinha baseado seja ultrapassada e, por isso, que a discussão em juízo se centre na questão de fundo, que aquele acto nem sequer tinha considerado. Outra consequência de o objecto do processo ser definido deste modo é a de que ele não se vai reportar ao momento em que o eventual acto de indeferimento tenha sido praticado, mas nele vai ser reconhecida a relevância das eventuais superveniências atendíveis de acordo com o direito material aplicável[9].

[9] Outra consequência ainda projecta-se no plano da prova. Como o interessado faz valer em juízo a posição subjectiva de conteúdo pretensivo de que é titular, é natural que sobre ele recaia o ónus de demonstrar o bem fundado da sua pretensão, o preenchimento dos respectivos elementos constitutivos, ao que a Administração caberá contrapor a demonstração dos eventuais factos impeditivos ou extintivos que lhe possam ser oponíveis. No momento em que venha a ser proferida, a sentença definirá a posição do interessado e os termos da conduta a adoptar pelas partes, com o alcance de precludir a possibilidade de a Administração ainda vir depois a invocar novos argumentos em novo acto de indeferimento, subsequente ao trânsito em julgado da sentença.

A condenação à prática de actos administrativos tanto pode concretizar-se numa condenação no puro dever de decidir, no exercício de poderes discricionários, como na condenação à prática de um acto com um determinado conteúdo ou ainda na determinação das vinculações a observar na prática do acto administrativo. Tudo depende, naturalmente, do quadro normativo e das concretas circunstâncias de facto que vierem a ser apuradas em juízo. Do artigo 71º resulta, nesta matéria, que, mesmo quando esteja em causa a emissão de um acto de conteúdo discricionário, o tribunal deve determinar o conteúdo do acto a praticar sempre que a apreciação do caso concreto permita identificar apenas uma solução como legalmente possível — é o que os alemães qualificam como *redução da discricionariedade a zero*. Nos demais casos, o tribunal deve pelo menos "explicitar as vinculações a observar pela Administração na emissão do acto devido"[10].

3. Os poderes de condenação dos tribunais administrativos tanto podem ter por objecto o dever de a Administração praticar actos jurídicos, como o dever de realizar prestações materiais. Este aspecto deve ser sublinhado, na medida em que há muitas situações em que as pretensões dos particulares não se dirigem ao exercício, por parte da Administração, de poderes de decisão que a lei lhe tenha conferido e, portanto, à prática de actos administrativos, entendidos como manifestações de autoridade, mas ao cumprimento de deveres de prestar que decorrem directamente da lei ou de acto jurídico praticado pela própria Administração: deveres de prestar que podem consistir no pagamento de quantias em dinheiro, na entrega de coisas ou na prestação de factos, sem envolverem a prática de actos administrativos de autoridade (cfr., em especial, o artº 37º, nº 2, alínea e))[11].

[10] Mais não se trata do que de transpor soluções consagradas pela lei e pela jurisprudência alemãs, no âmbito da *Verpflichtungsklage:* a propósito, cfr., por todos, SCHENKE: *Verwaltungsprozeßrecht*, 6ª ed., Heidelberg, 1998, pág. 261; KOPP/SCHENKE: *Verwaltungsgerichtsordnung*, 11ª ed., Munique, 1998, págs. 298-299.

[11] Faz-se apelo no texto à distinção entre *actos administrativos* — entendidos, em sentido estrito, como actos susceptíveis de impugnação, contra os quais se impõe reagir dentro de prazos relativamente curtos, sob pena de se consolidarem na ordem jurídica — e as declarações jurídicas que, adaptando a terminologia alemã, podem ser qualificadas como *simples actuações* da Administração, na medida em que são emitidas em domínios em que o ordenamento jurídico não lhe confere o poder de dizer o Direito do caso concreto, no exercício de poderes de autoridade. Cultivada no direito alemão, esta distinção constitui, para nós, um importante instrumento para a construção de um direito administrativo mais paritário, em que as entidades administrativas não sejam necessariamente vistas, por definição, como titulares de poderes de autoridade, mas antes como sujeitos que o ordenamento jurídico dota, é verdade, de certos poderes, na estrita medida em que o considera necessário à adequada prossecução dos fins públicos, mas que, em muitas situações e contextos, se movem no âmbito de relações jurídicas paritárias. Sobre o tema e suas implicações no plano processual, cfr., por todos, STEINER, U.: "Die allgemeine Leistungsklage im Verwaltungsprozeß", *JuS* 1984, págs. 853 segs.; FRIEDHELM HUFEN, *Verwaltungsprozeßrecht*, 2ª ed., Munique, 1996, pág. 252; SCHMITT GLAESER: *Verwaltungsprozeßrecht*, 14ª ed., Stuttgart/Munique/Hannover, 1997, pág. 186.

Como refere o artigo 3º, nº 2, os tribunais administrativos, quando sejam chamados a condenar a Administração, também passaram a ter o poder de fixar o prazo dentro do qual os deveres impostos devem ser cumpridos e, quando tal se justifique para assegurar o cumprimento, o poder de imporem *directamente aos titulares dos órgãos responsáveis* o dever pessoal de pagarem uma *astreinte*, que em Portugal toma o nome de *sanção pecuniária compulsória*, e que consiste no dever de pagarem uma quantia em dinheiro por cada dia de atraso em relação ao prazo fixado para o cumprimento (cfr. artº 169º)[12].

V. Traços objectivistas do sistema

De tudo o que acaba de ser dito resulta clãramente que, com a recente reforma, o contencioso administrativo português avançou no sentido da *subjectivização*, na medida em que se veio permitir que os titulares de direitos subjectivos e de interesses legalmente protegidos os façam valer em processos que podem ter por objecto a própria condenação da Administração à satisfação desses direitos e interesses. Não se pode deixar, contudo, de notar que o sistema conserva muitos dos traços objectivistas tradicionais, considerados úteis na medida em que não põem em causa a efectividade da tutela que, como impõe o artº 268º, nº 4, da CRP, deve ser proporcionada às situações subjectivas individuais.

É, assim, desde logo de assinalar que a legitimidade para a impugnação de actos administrativos continua a ser definida apenas por referência à titularidade de um *interesse directo e pessoal (*cfr. artº 55º, nº 1, alínea a)), o que significa que ela não tem necessariamente de se fundar na ofensa de um direito ou interesse legalmente protegido, mas pode bastar-se com a circunstância de o acto provocar consequências desfavoráveis na esfera jurídica do autor, de modo que a anulação ou a declaração de nulidade desse acto lhe traz uma vantagem jurídica ou económica.

É, por outro lado, de realçar a generosa previsão, no artº 9º, nº 2, do direito de *acção popular*, que pode ser exercido para defesa de "valores e bens constitucionalmente protegidos como a saúde pública, o ambiente, o urbanismo, o ordenamento do território, a qualidade de vida, o património cultural e os bens do Estado, das Regiões Autónomas e das autarquias locais".

[12] O poder de impor sanções pecuniárias compulsórias aos titulares dos órgãos responsáveis pelo cumprimento das decisões dos tribunais está previsto nos artigos 66º (no domínio da condenação à prática de acto administrativo devido), 84º (para o caso de o processo administrativo não ser tempestivamente enviado ao tribunal), 108º e 110º (para o caso do incumprimento de intimações), 127º (no domínio das providências cautelares), 168º (no âmbito do processo de execução de sentenças para prestação de facto infungível) e 179º (no âmbito do processo de execução das sentenças de anulação de actos administrativos).

Este direito está ao acesso de qualquer cidadão, no gozo dos seus direitos civis e políticos, assim como de associações e fundações defensoras dos interesses em causa (cfr. artº 2º, nº 1, da Lei nº 83/95, de 31 de Agosto, por remissão do artº 9º, nº 2).

Como é da tradição do contencioso administrativo português, é, entretanto, reconhecida em amplos termos a legitimidade do Ministério Público para propor acções em defesa da legalidade, do interesse público e dos direitos fundamentais dos cidadãos. O artº 9º, nº 2, permite, desde logo, ao Ministério Público o exercício da acção pública em defesa dos valores aí mencionados. O Ministério Público tem ainda legitimidade para propor acções sobre contratos celebrados pela Administração (artº 40º, nº 1, alínea b), e nº 2, alínea d)) e para impugnar actos administrativos (artigo 55º, nº 1, alínea b)) e normas regulamentares (artigo 73º), assim como para pedir, em certas condições, a condenação da Administração à prática de actos administrativos (artº 68º, nº 1, alínea c)). Refira-se que o Ministério Público também tem intervenção em certos tipos de processos intentados por particulares e pode dar seguimento a processos de impugnação de actos administrativos que se extingam por desistência do autor (cfr. artigos 85º e 62º).

VI. Formas do processo

Para a actuação das diferentes pretensões materiais perante os tribunais administrativos, o CPTA institui duas formas principais de processo, isto é, dois modelos quanto à tramitação a seguir, a forma da *acção administrativa comum* e a forma da *acção administrativa especial*, delimitando os tipos de pretensões cuja actuação processual deve seguir cada uma delas (cfr. artºs 35º, 37º e 46º). O Código admite, no entanto, a cumulação, num mesmo processo, de pretensões que, à partida, deveriam seguir diferentes modelos de tramitação, determinando que, quando tal cumulação tenha lugar, se siga a forma da acção administrativa especial, com as adaptações que porventura se revelem necessárias (cfr. artºs 4º e 5º).

A qualquer uma das duas referidas formas de processo podem, entretanto, sobrepor-se, quando se preencham os respectivos pressupostos, as formas previstas para os processos urgentes (cfr. artºs 97º segs.). Quando se verifique uma situação típica correspondente a algum dos quatro tipos de processos urgentes, deve ser observada a tramitação que o Código lhe faz corresponder.

a) A dualidade de formas de processo que o CPTA estabelece entre a *acção administrativa comum* e a *acção administrativa especial* assenta basicamente no seguinte critério.

Devem seguir o modelo de tramitação da acção administrativa especial, que o Código estabelece nos artigos 78º e seguintes, os processos em que, isoladamente ou em eventual cumulação com outros (cfr. artº 5º), sejam deduzidos pedidos que directamente contendam com o exercício de poderes de autoridade por parte da Administração, por terem por objecto: (a) a impugnação de actos administrativos; (b) a impugnação de normas regulamentares; (c) a condenação à prática de actos administrativos; (d) a declaração da ilegalidade da omissão de normas regulamentares (cfr. artº 46º).

Quando, pelo contrário, não esteja em causa nenhum destes quatro tipos de pretensões e, portanto, o exercício de poderes de autoridade por parte da Administração, mas a apreciação de litígios inseridos no âmbito de relações paritárias entre entidades públicas, entre privados ou entre entidades públicas e privados, a forma processual a seguir é a da acção administrativa comum (cfr. artº 37º). É o que paradigmaticamente sucede nas acções de responsabilidade por danos e nas acções sobre contratos em que não se proceda à impugnação de actos administrativos destacáveis. Por se considerar que não existem, neste domínio, especificidades de relevo, os processos submetidos à forma da acção administrativa comum seguem a tramitação do processo declarativo comum prevista no Código de Processo Civil, que é a forma a que obedece a generalidade dos processos relativos a litígios de direito privado que são intentados nos tribunais judiciais (cfr. artigos 35º, nº 1, e 42º)[13].

b) Ao lado das duas formas processuais que acabam de ser referidas, o CPTA autonomiza no Título IV o regime dos principais processos urgentes do contencioso administrativo, que, como já foi referido, são quatro: o "contencioso eleitoral" (artºs 97º a 99º); o "contencioso pré-contratual", que resulta da transposição para o ordenamento jurídico português das Directivas comunitárias nº 89/665/CEE, de 21 de Dezembro, e nº 92/13/CEE, de 25 de Fevereiro; e os processos de "intimação para a prestação de informações, consulta de processos ou passagem de certidões", dirigido a garantir o exercício do direito à informação procedimental (cfr. artºs 61º a 64º do Código do Procedimento Administrativo) e à informação extra-procedimental (cfr. artigo 268º, nº 2, da Constituição e Lei nº 65/93, de 26 de Agosto, na

[13] O desenho do modelo adoptado foi proposto por SÉRVULO CORREIA no seu importante artigo "Unidade ou pluralidade de meios processuais principais no contencioso administrativo", publicado no nº 22 da revista *Cadernos de Justiça Administrativa* e recentemente republicado em CORREIA, S.; DINIZ DE AYALA, B.; MEDEIROS, R.: *Estudos de Direito Processual Administrativo,* ed. Lex, Lisboa, 2002.

redacção que lhe foi dada pelas Leis nº 8/95, de 29 de Março, e nº 94/99, de 16 de Julho) dos cidadãos perante a Administração, e a "intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias".

Em qualquer dos casos, trata-se de reconhecer que há tipos de situações em que é urgente a obtenção de uma pronúncia sobre o mérito da causa, pelo que se justifica prever a existência de processos que, através da simplificação ou, pelo menos, do aceleramento da tramitação, permitam a emissão mais rápida de uma sentença.

Reveste-se de especial interesse, no conjunto dos quatro tipos de processos em referência, a nova intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias. Pense-se na situação paradigmática em que é proibida a realização de uma manifestação, por ocasião da visita, em data próxima, de um estadista estrangeiro. Numa situação deste tipo, não faz sentido uma providência cautelar porque a realização da manifestação não pode ser autorizada a título precário e provisório, sem prejuízo da decisão a proferir no processo principal. Com efeito, se a realização da manifestação fosse permitida pelo tribunal a título cautelar, isso teria, na verdade, consequências irreversíveis, fazendo com que, uma vez realizada a manifestação, o processo principal se tornasse automaticamente inútil. O que importa, em situações deste tipo, é obter, em tempo útil e, por isso, com carácter de urgência, uma pronúncia definitiva sobre o mérito da causa. É o que este processo urgente de intimação visa possibilitar.

Este processo denuncia a influência do *référé-liberté,* que foi introduzido no contencioso administrativo francês pelo artigo 4º da Lei de 30 de Junho de 2000, e apresenta uma configuração que, em alguns aspectos, é semelhante. Refira-se que, em situações de extrema urgência, este processo pode seguir termos muito simplificados, que podem resumir-se à realização, em 48 horas, de uma audiência oral, no termo da qual o juiz decide de imediato (cfr. artº 111º, nº 1), ou passar pela audição do requerido por qualquer meio de comunicação, o que inclui o próprio telefone (cfr. artº 111º, nº 2).

VII. Instrumentos de agilização processual

Ainda no que se refere aos aspectos relacionados com o regime do processo declarativo, importa fazer duas últimas referências.

1. A primeira diz respeito à flexibilização do objecto do processo que resulta da previsão, nos artigos 63º e 70º, de um conjunto de situações em que o objecto dos processos de impugnação de actos administrativos e de condenação à prática de actos administrativos pode ser estendido à impugnação de actos

administrativos que venham a ser praticados, ou de contratos que venham a ser celebrados, na pendência do processo.

Pense-se nas situações em que o acto impugnado não é o acto final do procedimento administrativo ou está inserido num procedimento de formação de um contrato e naquelas em que a Administração decide responder à pretensão do interessado já na pendência de um processo de condenação à prática do acto devido intentado perante o seu silêncio. Mas pense-se também nas situações em que, durante a pendência do processo impugnatório, são praticados outros actos administrativos que, embora produzidos no âmbito de procedimentos autónomos, se baseiam no acto impugnado ou, pelo menos, na situação jurídica por ele criada (são os chamados *actos consequentes* do acto impugnado, cuja eventual consolidação na ordem jurídica pode pôr em risco a utilidade da anulação a obter no processo impugnatório); ou pense-se ainda na hipótese de, durante a pendência do processo impugnatório, a Administração praticar actos administrativos que, mesmo sem reincidir nos vícios cometidos pelo acto impugnado, têm o sentido ou pelo menos o alcance de conduzir à ilegítima manutenção da situação que esse acto tinha constituído e, portanto, obstar ilegitimamente à reconstituição da situação que deveria existir na ausência do acto impugnado.

Em todas as situações enunciadas, justifica-se a possibilidade de estender o objecto do processo à apreciação dos actos supervenientes. Esta possibilidade constitui uma inovação da maior importância para a transformação do contencioso relativo a actos administrativos, de um contencioso eminentemente estático, em que a discussão se circunscrevia aos actos e à questão da sua validade, por referência ao momento em que eles foram praticados, num contencioso dinâmico, em que a discussão se estende ao quadro da relação jurídico-administrativa em que os actos estão inseridos, tal como ela se apresenta no momento do encerramento da discussão em juízo, e em que, por conseguinte, as sentenças se adequam melhor à realidade substantiva à qual vão ser aplicadas.

2. Referência ainda para a introdução, por influência da Lei nº 29/1998, de 13 de Julho, reguladora do contencioso administrativo espanhol, de mecanismos de resolução simplificada de processos em massa e de extensão de efeitos de sentenças a situações similares que não tenham submetidas à apreciação dos tribunais, consagrados nos artigos 48º e 161º.

Trata-se, por um lado, de introduzir a possibilidade de o tribunal determinar que, quando sejam propostas mais de vinte acções que, embora reportadas a diferentes pronúncias da mesma entidade administrativa, digam respeito à mesma relação jurídica material ou, ainda que respeitantes a diferentes

relações jurídicas existentes em paralelo, sejam susceptíveis de ser decididas com base na aplicação das mesmas normas a idênticas situações de facto, apenas seja dado andamento, com carácter de urgência, a uma ou a algumas das acções e se suspenda a tramitação das demais (cfr. artº 48º).

Trata-se, por outro lado, do regime de *extensão de efeitos das sentenças*, que confere a quem não lançou mão, no momento próprio, do meio processual adequado a fazer valer os seus interesses o direito de exigir que determinada entidade administrativa se comporte para com ele como se tivesse sido ele a obter uma sentença transitada em julgado que, na realidade, foi proferida contra essa mesma entidade num processo intentado por terceiro. Em primeira linha, a questão é colocada perante a própria entidade administrativa, podendo ser logo nessa sede resolvida. Se a Administração não der acolhimento à pretensão do interessado, ele pode fazê-la valer pela via judicial, pedindo que, uma vez comprovada a existência da necessária identidade de situações entre o caso que tinha sido julgado em tribunal e aquele que lhe diz respeito, seja determinada a extensão, em seu favor, dos efeitos da sentença que naquele caso foi proferida. A declaração judicial que determina a extensão dos efeitos equivale, em relação ao interessado, à sentença que este teria obtido se tivesse proposto uma acção como aquela em que a sentença foi proferida (cfr. artº 161º).

Para o público familiarizado com o contencioso administrativo espanhol, será interessante comparar os artigos 48º e 161º do Código português com os artigos 37º, nº 2, 110º e 111º da Lei espanhola nº 29/1998, de 13 de Julho, tal como será instrutivo para a doutrina de ambos os países acompanhar o desenvolvimento futuro da jurisprudência de ambos os países, na identificação da resposta para as dificuldades que poderá levantar a aplicação destes instrumentos de *agilização processual*.

VIII. Tutela cautelar

A necessidade de uma reforma do contencioso administrativo capaz de assegurar a efectividade da tutela jurisdicional dos cidadãos perante os poderes públicos era especialmente sentida no domínio da tutela cautelar. Com efeito, e sem prejuízo de algumas evoluções jurisprudenciais recentes, mas ainda assim pontuais, a tutela cautelar no contencioso administrativo português continuava centrada no clássico instituto da suspensão da eficácia dos actos administrativos, com todas as insuficiências que, no direito comparado, lhe são reconhecidas — ao que acresciam insuficiências específicas, resultantes do modo como o instituto se encontrava regulado na lei portuguesa e era concretamente aplicado pelos tribunais portugueses[14].

[14] Para uma síntese, cfr. AROSO DE ALMEIDA, M.: "Medidas cautelares no ordenamento contencioso — Breves notas", artigo correspondente ao texto de uma conferência proferida na

Cont.

Como é evidente, este estado de coisas não podia manter-se e, nesse sentido, o artº 112º veio introduzir uma cláusula aberta pela qual se reconhece a todo aquele que possua legitimidade para intentar um processo junto dos tribunais administrativos o poder de solicitar a adopção de toda e qualquer providência cautelar, antecipatória ou conservatória, que se mostre adequada a assegurar a utilidade da sentença que pretende obter nesse processo.

Como refere o artigo 112º, nº 2, as providências cautelares a adoptar podem designadamente consistir na suspensão da eficácia de actos administrativos ou de normas regulamentares (cfr. artºs 128º a 130º), na admissão provisória em concursos e exames, na atribuição provisória da disponibilidade de um bem ou da autorização para iniciar ou prosseguir uma actividade ou adoptar uma conduta, na regulação provisória de uma situação (designadamente a regulação provisória da obtenção de prestações pecuniárias ou do pagamento de indemnizações: cfr. artº 133º) ou na intimação da Administração ou de particulares à adopção ou abstenção de condutas. O artigo 112º, nº 2, apresenta, porém, um elenco meramente exemplificativo das providências cautelares que podem ser adoptadas.

Os novos critérios de que, nos termos do artigo 120º, passou, entretanto, a depender a concessão das providências cautelares articulam o critério do *periculum in mora* com o do *fumus boni iuris* e determinam que o tribunal proceda à ponderação em conjunto dos vários interesses, públicos e privados, em presença. Por regra, a atribuição de uma providência cautelar depende, assim, da avaliação, por parte do juiz, sobre, por um lado, a existência do risco da constituição de uma situação de facto irreversível ou da produção de prejuízos de difícil reparação para o requerente e, por outro lado, o grau de viabilidade da pretensão deduzida ou a deduzir no processo principal, tal como ele resulta de uma apreciação perfunctória sobre o mérito da causa.

De acordo com o artigo 112º, nº 2, o tribunal não deve deixar, em todo o caso, de ponderar todos os interesses, públicos e privados, em presença para avaliar se os danos que resultariam da concessão da providência não se mostram superiores àqueles que podem resultar da sua recusa. Quando for este o caso, o tribunal pode adoptar outra ou outras providências, em cumulação com aquela que foi requerida, se isso permitir evitar ou atenuar os inconvenientes que desta resultam. Caso essa solução não seja viável, o tribunal deve recusar a providência, podendo adoptar outra ou outras, em substituição daquela, quando essa seja a solução adequada para conciliar os interesses em presença (cfr. artº 112º, nº 3).

Galiza, publicado na revista *Direito e Justiça* (ed. Universidade Católica Portuguesa), vol. XI (1997), tomo 2, Págs. 139 segs.

Acrescente-se apenas que a providência cautelar requerida pelo interessado não pode ser recusada se o bem fundado da sua pretensão for evidente. Pode dizer-se que, neste caso, o *fumus boni iuris* tem uma prevalência absoluta, sem necessidade da própria demonstração do *periculum in mora*. Também não há, neste caso, lugar à ponderação dos interesses em presença a que se refere o artigo 112º, nº 2.

IX. Execução das sentenças

Outro plano no qual se joga de modo decisivo a efectividade da tutela jurisdicional é o da execução das sentenças. Ora, o contencioso administrativo português não previa nenhum processo executivo. As sentenças de condenação da Administração ao pagamento de quantias em dinheiro podiam ser objecto de execução segundo os trâmites da penhora e venda dos bens penhoráveis, nos termos do processo de execução para pagamento de quantia certa, tal como ele se encontra regulado no Código de Processo Civil. Todas as outras sentenças não tinham, porém, um verdadeiro processo de execução que lhes correspondesse. Uma vez obtida a anulação de um acto administrativo, apenas era possível, em novo processo declarativo, pedir ao tribunal que decretou a anulação que se pronunciasse sobre o conteúdo dos actos que a Administração devia adoptar para extrair as devidas consequências da anulação. Mas não era possível obter nenhuma providência de execução, destinada a conseguir que essas consequências fossem efectivamente extraídas[15].

Com a reforma, pelo contrário, foi pela primeira vez consagrado o poder de os tribunais administrativos adoptarem verdadeiras providências de execução das suas decisões.

A execução de sentenças de condenação ao pagamento de quantias em dinheiro passa, assim, a poder ter lugar por três vias alternativas:

1ª. Pode pedir-se ao tribunal que decrete a compensação do crédito detido sobre a Administração com eventuais dívidas que onerem o exequente para com a mesma pessoa colectiva ou o mesmo ministério. A compensação decretada pelo juiz funciona como título de pagamento total ou parcial da divida que o exequente tinha para com a Administração, sendo oponível a eventuais reclamações futuras do respectivo cumprimento (cfr. artigos 170º, nº 2, alínea a), e 172º, nº 2).

[15] Para a síntese do modelo anterior, cfr. FREITAS DO AMARAL, D.: "Regimen jurídico de la ejecución de las sentencias de los tribunales administrativos", in *Civitas — Revista española de Derecho Administrativo* nº 70 (Abril/Junho 1991), págs. 157 segs., e *A execução das sentenças dos tribunais administrativos*, 2ª ed., ed. Almedina, 1997; AROSO DE ALMEIDA, M.: "Execução de sentenças", in *Seminário Permanente de Direito Constitucional e Administrativo*, vol. I, Braga (ed. Associação Jurídica de Braga/Universidade do Minho), 1999.

2ª. Pode pedir-se que o tribunal proceda ao pagamento através da emissão de uma ordem de pagamento por conta da dotação anualmente inscrita no Orçamento Geral do Estado, à ordem do Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais, afecta ao pagamento de quantias devidas a título de cumprimento de decisões jurisdicionais (cfr. artºs 170º, nº 2, alínea b), e 172º, nºs 3 a 7).

3ª. No caso de as outras duas vias não funcionarem, pode adoptar-se o regime da execução para pagamento de quantia certa do Código de Processo Civil para obter a penhora e venda em hasta pública de bens pertencentes à entidade devedora (cfr. artº 172º, nº 8). Refira-se que, por força do artigo 823º do Código de Processo Civil, vigora em Portugal, desde os anos sessenta do século passado, a regra de que só não são penhoráveis os bens do Estado e das restantes pessoas colectivas públicas que se encontrem especialmente afectados à realização de fins de utilidade pública.

No domínio das execuções para prestação de factos ou de coisas, destaca-se, pela sua importância, a introdução do poder de o tribunal providenciar a concretização material do que foi determinado na sentença — seja determinando a entrega judicial de coisas devidas, seja determinando a prestação por entidades públicas ou por privados de factos materiais devidos, a expensas da entidade obrigada, se tais factos forem fungíveis (pense-se no exemplo paradigmático das demolições) —, podendo, para o efeito, recorrer, com as adaptações que forem devidas, à aplicação das disposições que, no Código de Processo Civil, regulam os processos executivos para entrega de coisa certa e para prestação de facto fungível (cfr. artº 167º, nº 5). Também merece, entretanto, realce o poder conferido ao tribunal de emitir um título capaz de produzir efeitos em substituição do acto administrativo ilegalmente omitido ou recusado, quando o conteúdo do acto não envolva o exercício de poderes discricionários (cfr. artº 167º, nº 6).

X. Considerações finais

A reforma do contencioso administrativo português que entrou em vigor em 1 de Janeiro de 2004 é muito profunda, podendo mesmo dizer-se que se trata de uma *verdadeira revolução* mediante a qual se institui um *novo contencioso administrativo*, que se afasta da primitiva matriz francesa para se aproximar do modelo alemão da *Verwaltungsgerichtsordnung* de 1960.

A reforma lançou um desafio de enormes proporções a todos os operadores do sistema, que passaram a confrontar-se com um sistema que, por ser mais rico e mais dinâmico, se tornou mais exigente, sobretudo para a Administração, que se manteve durante demasiado tempo adormecida à sombra de um sistema que a protegia das consequências das suas insuficiências.

As novas soluções introduzidas foram, em todo o caso, no caminho correcto para aquela que foi a primeira grande reforma do contencioso administrativo europeu do século XXI. Nela estão, na verdade, presentes as grandes tendências de convergência que marcaram a evolução dos diferentes ordenamentos jurídicos europeus nas últimas décadas do século XX. Fez-se, assim, corresponder o contencioso administrativo português ao modelo mais consentâneo com os modernos padrões de relacionamento dos cidadãos com a Administração Pública (e das próprias Administrações Públicas entre si) que resultaram da evolução por que passaram as democracias ocidentais desde o termo da Segunda Guerra Mundial.

EL SALVADOR

CONTROL JURISDICCIONAL DEL REGULADOR MEDIOAMBIENTAL EN MATERIA DE ESTUDIOS DE IMPACTO AMBIENTAL Y LA RESPONSABILIDAD EXIGIBLE A LOS INFRACTORES DE LAS NORMAS PROTECTORAS DE LOS ECOSISTEMAS*

Henry Alexander Mejía

I. Presentación

En la actualidad el fenómeno ambiental ha cobrado fuerza, y ha generado en las sociedades una elevada inquietud a fin a proteger ese conjunto de componentes necesarios para existencia humana. La realidad a través de los años nos refleja de forma fehaciente la magnitud del problema y la necesidad de implementar, medidas de carácter científico, técnico y jurídico, la Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) y responsabilidad ambiental puede jugar un papel importante, fundamentalmente porque se demanda en el orden mundial la aplicación de los principios de "Prevención" y "quien contamina paga", es decir existe obligación de los poderes públicos de prevenir el daño ambiental y quien lo dañe deberá de resarcir los daños ocasionados.

En consecuencia, el objeto de esta ponencia es determinar la regulación jurídica de ambos institutos jurídicos, obviamente de manera específica en el Derecho Salvadoreño. Ésta se divide básicamente en tres partes, la primera haremos un análisis descriptivo de la regulación jurídica de la EIA; la segunda en determinar los casos contenciosos ambientales, poniendo en relieve el poco nivel de litigiosidad y por tanto poca aplicación de la Ley del Medio Ambiente (LMA) a los infractores; y la tercera el desarrollo de la responsabilidad por daños al medio ambiente y la forma de reparar tales daños en el orden salvadoreño. Finalmente pongo de manifiesto con reflexiones conclusivas el poco papel del ente administrativo protector del medio ambiente.

Se escribe en el marco del Congreso del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, nuevamente reitero mis agradecimientos por la oportunidad que se me da para participar en este extraordinario evento, donde reúne a los juristas de Derecho Administrativo de mayor abolengo académico de Iberoamérica, en esta linda Ciudad de Panamá.

---

* Dedico este ensayo a mi hija Alejandra por el tiempo que le robé para hacer este trabajo.

II. Consideraciones generales

Desde los orígenes mismos de la especie humana se inició todo un proceso de transformación en el ambiente natural, fenómeno que con el tiempo, ha llegado afectar y ocasionar efectos nocivos en la calidad de vida de los seres humanos. Todo con el propósito de lograr la satisfacción de sus necesidades inmediatas, pues es por ello que se explotan los recursos que la naturaleza le ha dotado. Los recursos naturales, hace algún tiempo era posible que fueran recuperados, pero en los últimos años esta situación cada día suele ser mas difícil[1], dado que la tasa de utilización es de mayor magnitud, en relación a su recuperación, de ahí se cuestiona la forma de explotación de los recursos petrolíferos, que ha conllevado el encarecimiento de los mismos y ahora es preocupante la problemática que se ha originado en relación a la escasez de alimentos. Esto ha conllevado a reflexionar sobre la necesidad de cambiar la interrelación de la especie humana con la naturaleza[2], porque nosotros los seres humanos formamos parte de un ecosistema conjunto con el resto las demás especies que todo el planeta acoge.

Los diversos sectores científicos fueron los primeros en advertir los riesgos en que se encontraba el planeta de continuar con la utilización irracional de los recursos y de la contaminación del medio ambiente[3], sobre todo las consecuencias de efecto invernadero y el calentamiento global, porque constituye una temible realidad que pone en peligro, no solo a la especie animal y vegetal, sino también a la supervivencia humana a corto plazo. Como consecuencia de esto, surge la toma de conciencia generalizada, por lo tanto se hace necesario instrumentalizar al Derecho como medio regulador, a fin de lograr detener la degradación del medio ambiente y establecer los

[1] El documento que pone de manifiesto la degradación ambiental en nuestro país, y nos ubica en una posición preocupante, al respeto, *Vid*., al respecto los Pronunciamientos de la PDHH, en *Cuadernos de Derechos Humanos, Resoluciones e Informes de la PDHH*, 2002, El Salvador, pág. 11.

[2] La naturaleza por sí misma produce grandes fluctuaciones en su propio curso evolutivo, tales como erupciones volcánicas, terremotos inundaciones y huracanes. También existen alteraciones del medio de carácter espontáneo y permanente, determinadas por radiaciones solares particularmente intensas, según las circunstancias geográficas y estaciónales que suelen ser nocivas para el hombre e incluso mortíferas. Lo que se diferencia de estas alteraciones incluidas por el hombre, es que estas desconocen y no respetan los mecanismos de autorregulación natural y puedan alterar gravemente los sistemas terráqueos, que amenazan cada vez más a la humanidad entera. *Vid*. MARTIN MATEO, R.: *Tratado de Derecho Ambiental*, Vol. I, Ed., Trivium, Madrid, 1991, págs. 6-7.

[3] Para el caso se tienen los accidentes industriales tales como: el de la planta química de Seveso, en 1976, accidente nuclear de la central Chernobil, en 1986, accidente petrolero "Exxon Valdez" en las costas de Alaska de 1989, accidente del Parque Natural de *Doñana* de 1998, y el desastre mundial sufrido en los últimos años del hundimiento del Buque *Prestige* que contenía vertidos de petróleo, en las costas gallegas en España, en el 2003, algo parecido con lo que sucedió con el Buque petrolero Erika en 1999.

mecanismos de la protección y conservación del mismo, para garantizar el bienestar colectivo de las generaciones venideras.

III. El Derecho Ambiental como protector del medio ambiente

En virtud de lo anterior, es así que a mediado del siglo XX nace lo que hoy se conoce como Derecho Ambiental, como resultado de un proceso histórico, cuyos antecedentes datan desde tiempos antiguos de la humanidad[4], pues desde siempre los seres humanos han sentido la necesidad de dar una respuesta a los problemas que afectan a su entorno. El Derecho Ambiental, por su amplitud en su objeto de regulación: el medio ambiente, surge de la confluencia de varias ramas del Derecho entorno a una problemática común: La conservación del medio ambiente. En este sentido, sólo para fines didácticos, nos permitimos delimitar conceptualmente el Derecho ambiental siguiendo a JAQUENOD DE ZSÖGÖN, definiéndolo de la manera siguiente:

[4] GONZALEZ BALLAR, R.: *El Derecho Ambiental en Costa Rica: Límites y Alcances,* San José, 1994, pág. 1999. Describen algunos antecedentes muy remotos que pueden considerarse reguladores de aspectos medioambientales, tales como: En Roma el Emperador Julio Cesar, prohibió la circulación dentro de los barrios romanos, para evitar el ruido que producían al rodar. En Oriente siguiendo la filosofía Taoísta, se estipulan el respeto de todas las formas de vida, salvo cuando haya necesidad absoluta del hombre de no respetarlas. En China en el siglo IX, se aprecian varias sentencias que tienen relación con la protección que el hombre le tenía que dar a los animales y las plantas. En el medioevo siglo XII Eduardo I reglamenta la emisión de humos en todo su reino. De igual forma, JAQUENOD DE ZSOGÖN, S.: *Iniciación al Derecho Ambiental,* segunda edición, Ed., Dykinson, 1999, págs. 41-42, dice que en la Ley de las XII Tablas se encuentra una disposición referida a los cuerpos de los hombres muertos no podían ser sepultados ni cremados en la ciudad, el Digesto Romano puede ser que sea el primer cuerpo de normas en mencionar el término contaminación tal como se le conoce en la actualidad estableciendo que "ofende las buenas costumbres quien echara estiércol a alguien o le manchara con cieno o lodo, o ensuciara las aguas y contaminara las cañerías y depósitos u otra cosa en perjuicio del público". Así también el autor español JORDANO FRAGA, J., establecen otros antecedentes remotos de normas protectoras del medio ambiente, destaca en ese sentido "normas *interdíctales*", tales como el interdicto de *Cloacis-Digesto* 43.23.3-que permitían al demandante limpiar y reparar la cloaca ajena que le causase molestias; las reclamaciones por daños en el patrimonio producidos en ocasión de daños al entorno..." "...así mismo se previa la represión criminal por daños ocasionados al entorno, y se castigaba el que ofendiere las buenas costumbres, el que echara estiércol a alguien o le manchara con lodo, o ensuciara las aguas y contaminara las cañerías y depósitos u otra cosa en perjuicio publico digesto 47.1.1)...", posteriormente en la edad medieval por medio de la Partida III, Titulo XXVIII, Ley III que determinó como "*res nullíus*" cosa sin dueño a los animales salvajes, y en la edad moderna se dictaron normas tendientes a proteger los recursos naturales, fundamentalmente el recurso maderero. Al mismo tiempo, la preocupación por la salubridad del medio urbano y la aparición de las industrias como agentes contaminantes dieron lugar a la creación de las primeras normas de control, limitación de actividades insalubres, desde de una perspectiva de la intervención de la tutela de la salud pública. (*La protección del Derecho a un Medio Ambiente Adecuado,* Ed. Bosch, Barcelona, 1995, págs. 31 y sigs.) en el mismo sentido *Vid.* LOZANO CUTANDA, B.: *Manual de Derecho Administrativo Ambiental,* tercera edición, Ed. Dykinson, Madrid, 2003, págs. 29-34.

> Es una rama del Derecho sustancialmente público y privado a la vez, en cuanto a protector de intereses colectivos, de carácter esencialmente preventivo y transnacional, se perfila como una combinación de técnicas, reglas e instrumentos jurídicos que se orienten a lograr la protección de todos los elementos que integran el ambiente natural y humano, mediante un conjunto integral de disposiciones jurídicas que, por su naturaleza interdisciplinaria, no admite regímenes divididos y recíprocamente condicionan e influye, en el ámbito de todas las ramas jurídicas y científicas existentes[5].

En virtud, de la anterior definición, siendo el Estado el contralor de las relaciones entre el ser humano y los Recursos Naturales, es por ello que el Derecho Ambiental tiene una gran parte del Derecho Público inspirado de forma especial en el Derecho Administrativo, principalmente en la utilización de los bienes de uso público, como las zonas costeras marinas y los recursos minerales. De igual manera tiene ingredientes del Derecho Privado especialmente donde se le añade la función ecológica al derecho a la propiedad[6], constituyéndose una limitante que tradicionalmente se ha concebido como un derecho absoluto[7]; a pesar que hay autores que niegan su autonomía, considerándolo como parte del Derecho Administrativo[8], es una rama del Derecho autónoma, con su propio objeto de tutela: el medio ambiente[9], y tiene sus características[10] y principios jurídicos que los distingue de cualquier disciplina jurídica. A esto

[5] *Vid*. JAQUENOD DE SÖGÖN, S.: *El Derecho Ambiental y sus principios rectores*, Ed. Dykinson, Madrid, 1991, p. 351.

[6] Esta es la idea que fundamenta la Constitución Colombiana, que estipula en el Art. 58 la función ecológica de la propiedad rústica.

[7] *Vid*. MADRIGAL CORDERO, P.: *Derecho Ambiental en Centro América*, Escuela Judicial de Costa Rica, San José, 1995, pág. 20.

[8] *Vid*. LOZANO CUTANDA, B., op. cit., pág. 21.

[9] Para la LMA en el Art. 5, el medio ambiente lo componen los elementos que conforman el medio ambiente natural como el agua, aire, suelo,(elementos abióticos), y la flora y fauna, (elementos bióticos), sino también el medio ambiente construido por los seres humanos como edificios, vías de comunicación, entre otros y el medio ambiente social compuesto por los sistemas sociales, culturales (donde puede incluirse los monumentos y el patrimonio cultural), económicos y políticos, constituyendo estos dos últimos el medio ambiente artificial, que ha sido creado para la satisfacción de las necesidades humanas fundadas para su existencia, en un determinado tiempo y espacio. Nuestra adopta una posición amplia de lo que constituye el medio ambiente, estando en esa línea doctrinal Vid. a LOPEZ MENUDO, F.: *Planteamiento Constitucional del Medio Ambiente. Distribución de competencias Estado-Comunidades Autónomas*, Cuadernos de Derecho Judicial, No. 28, 1994, pág. 15; MORENO TRUJILLO, E. *La Protección Jurídica-privada del medio ambiente y la Responsabilidad de su deterioro*, Ed., Bosch, Barcelona, 1991, pág. 20; ORTEGA ALVAREZ, L.: "El Concepto de Medio Ambiente", en AA.VV., dirigida por él mismo, *Lecciones de derecho del medio ambiente*, segunda edición, Ed. *Lex* Nova, Valladolid, 2000, pág. 47; VELASCO CABALLERO, F.: "El Medio Ambiente en la Constitución: ¿Derecho público subjetivo y/o principio rector?", en *Revista Andaluza de Administración Pública*, N° 19, 1994, pág. 77.

[10] Según LOPERENA ROTA, D.: *Los Principios del Derecho Ambiental*, Ed. Civitas, Madrid, 1998, pág. 32, establece dentro de las principales características del Derecho Ambiental, se destacan que es esencialmente preventivo, predominan los intereses colectivos, es multidisciplinario, y tiene vocación universal.

se le agrega la constitucionalización del reconocimiento del Derecho a un medio ambiente sano[11], en casi en todos los ordenamientos estatales, donde de manera suprema se instaura la conservación de mismo.

Además, ha llevado a que el Derecho Ambiental desarrolle nuevos instrumentos de carácter ambiental, a fin de adaptarse y hacerle frente a los constantes daños ambientales de escala mundial. Obviamente dentro de estas técnicas novedosas destacan especialmente la EIA, que responde a los principios de "prevención y precaución" del mismo modo tenemos la responsabilidad derivada del daño ambiental[12], que su fundamento está sobre la base del principio "contaminador

[11] A pesar del establecimiento, en el marco constitucional del Derecho a un ambiente sano, ha sido a finales de la década de los setenta, que se encuentran antecedentes en algunas constituciones, que fueron dictadas por los Estados Socialistas, tales como: La Constitución de Hungría de 1949 la cual pretendía hacer efectivo el derecho a los ciudadanos a la protección de su vida, su integridad corporal y su salud (Art.57.2). Después incluía entre los deberes de los ciudadanos el de proteger los valores naturales y culturales del país.(Art. 69) .La Constitución de Polonia de 1952 estableció que los ciudadanos tienen derecho al aprovechamiento de los valores del ambiente natural y el deber de defenderlo (Art. 71) La Constitución de Yugoslavia de 1974 preveía "...que todos (...) tiene el derecho y el deber de asegurar las condiciones para preservar y desarrollar los valores del medio ambiente humano creados por la naturaleza..."(Art. 87); insistía más adelante que "... el hombre tiene derecho a un ambiente salubre..." (Art. 192) y "... todos tendrán derecho a conservar la naturaleza y sus bienes, los objetos naturales de valor y los monumentos culturales..." (Art. 193), la Constitución de Grecia de 1975, expresa la configuración estatal de proteger al medio ambiente (Art. 24.1), la Constitución de Portugal de 1976, estipulaba "todos tienen derecho a un medio ambiente de vida humano, salubre y ecológicamente equilibrado y el deber de defenderlo" (Art. 66.1) *Vid*. LOPEZ RAMON, F.: "Derechos Fundamentales, Subjetivos y Colectivos al medio ambiente", en *REDA*, Madrid, 1997, Págs. 349-351. También sobre un análisis detallado de manera cronológica de la protección constitucional del medio ambiente a nivel comparado, puede consultarse en la doctrina española por todos: ESCOBAR ROCA, G.: *La ordenación constitucional del medio ambiente*, Ed., Dykinson, Madrid, 1995; en el ámbito latinoamericano puede verse para mencionar algunos :MEZZETTI, L.: "La Constitución ambiental en el derecho público comparado: Modelos normativos, organización administrativa y situaciones jurídicas subjetivas", en AA.VV.: *Lecturas sobre el derecho Al Medio Ambiente*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Tomo III, Bogotá 2002, y AMAYA NAVAS, O. D.: *La Constitución Ecológica de Colombia: Análisis Comparativo con el Sistema Constitucional Latinoamericano*, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2002.

[12] Nuestra LMA, en el Art. 5, "Conceptos y Definiciones básicas" define el daño ambiental de la manera siguiente: "Es toda pérdida, disminución, deterioro, o perjuicio que se ocasione al ambiente o a uno o más de sus componente, en contravención de las normas legales. El daño podrá ser grave cuando ponga en peligro la salud de grupos humano, ecosistemas o especies de flora y fauna, e irreversible, cuando los efectos que produzcan sean irreparables y definitivos.
Los daños ambientales se clasifican en daños denominados "puros", y el daño ambiental, consecutivo que se deriva de éste. El primero se identifican, en el sentido que los daños van dirigidos a los elementos que conforman el medio ambiente y que en consecuencia no afectan especialmente a una u otra persona determinada, sino exclusivamente al medio natural en si mismo considerado, es decir las cosas comunes que se denomina como "bienes ambientales" tales como: el agua, el aire, la flora, la fauna salvaje y al patrimonio cultural. Se trata entonces de aquello que ha convenido llamar perjuicios ecológicos puros. En consecuencia, el daño ambiental puro, como manifestación de un menoscabo a los bienes ambientales, está indudablemente relacionada con otro concepto que bien podríamos denominar daño ambiental consecutivo o personal, bajo

Cont.

pagador", los cuales en la presente ponencia dejaremos claro la importancia dentro del incipiente Derecho Ambiental.

IV. La evaluación de impacto ambiental

La EIA, constituye una técnica de intervención administrativa para la protección del medio ambiente, donde se evalúan los posibles efectos negativos que una determinada actividad humana puede desplegar sobre el medio ambiente. Los inicios de esta técnica los encontramos, a finales de la década del 60, el modelo económico de "costo-beneficio" imperante en los Estados Unidos de América de la posguerra entra en crisis. Esto en virtud, que las reglas del mercado no se tenía ninguna consideración ambiental, pues hasta entonces, la utilización racional de los recursos no se consideraba como variable de importancia para lograr lo que hoy se denomina desarrollo sostenible[13].

En consecuencia, en 1969, el Congreso de los Estados Unidos de América aprueba la *National Environmental Policy Act* (NEPA)[14]. Su promulgación

el cual se estudian las repercusiones de una agravio al medio ambiente, pero respecto de una persona determinada, es decir, los desenlaces que el deterioro ambiental generan en la persona, ya sea su salud, o integridad física o moral o sus bienes apropiables e intercambiables. Es esta una de las características de los daños ambientales, porque dicho daño se causa siempre a la colectividad, pero con repercusiones, en ocasiones, sobre la integridad o la salud de las personas o sus bienes individuales. Sobre este tema ampliamente puede consultarse a CONDE ANTEQUERA, J.: *El Deber jurídico de restauración ambiental*, Ed. Comares, Granada, 2004, págs. 23-26; DE MIGUEL PERALES, C.: *La responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, segunda edición, Ed. Civitas, 1997, págs. 90-91; GOMIS CATALA, L.: *Responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, Editorial Aranzadi, Alicante, 1998, pág. 67; HENAO PEREZ, J. C.: "La responsabilidad del Estado Colombiano por daño ambiental", en AA.VV.: *Responsabilidad por daños al medio ambiente*, Ed. Universidad de Externado de Colombia, 2000, op. cit., pág. 145.

[13] Respecto al tema del desarrollo sostenible, la declaración de Río en su articulado estipula: principio 2 "...los Estados tienen el derecho soberano de aprovechar sus propios recursos según sus políticas ambientales y de desarrollo y la responsabilidad de garantizar que las actividades realizadas en su jurisdicción o bajo control no causen daños al medio ambiente de otros estados o de regímenes que estén fuera de los límites de la jurisdicción nacional. Principio 3 El derecho al desarrollo debe ejercerse de tal manera que responda de forma equitativa a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras. Principio 4. A fin de alcanzar el desarrollo sostenible la protección del medio ambiente deberá constituir un elemento integrante del proceso de desarrollo y no puede considerarse de forma aislada...".

[14] Considerada por muchos como la primera ley de importancia en la "era de la formación del Derecho Ambiental". En Europa Occidental, la iniciativa norteamericana fue secundada primero por Suecia, que aprobó su Ley de Protección Ambiental de 1969. Posteriormente le siguió la República Federal Alemana, con su Programa Ambiental de 1971, y Francia aprobó la Ley de Protección de la Naturaleza en 1976. Dichas leyes enfocaban la Evaluación de Impacto Ambiental a la preparación, análisis y aprobación de Estudios de Impacto Ambiental. Esos países trataban de mejorar la calidad del proceso de toma de decisiones a través de una mejora en la calidad y cantidad de información técnica que requerían del proyectista, con el propósito de que las autoridades públicas que debían aprobar los proyectos, tuviesen un mayor conocimiento de base. En Latinoamérica, se considera al Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de

Cont.

no buscaba asegurar una protección ambiental a través de estándares técnicos vinculantes, sino que pretendía que las agencias federales responsables de acciones que requerían permisos, financiamiento o alguna otra acción clasificada como mayor o importante, prepararan una evaluación ambiental previa, para así analizar los impactos que sus proyectos podrían tener en el medio ambiente.

Esta técnica se instrumentaliza a escala universal, obviamente con un preventivo con la *Declaración sobre el Medio Humano 1972 de Estocolmo*, esta proclama la protección y mejoramiento del ambiente humano, aunque su texto no menciona expresamente el término de "Evaluación de Impacto Ambiental", debe considerarse que los principios 21 y 22, que establecen el derecho soberano de los Estados a explotar sus recursos en aplicación de una política ambiental y asegurar que las actividades que se lleven a cabo bajo su jurisdicción o control, no perjudiquen al medio de otros Estados.

Luego, veinte años más tarde la Declaración sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo 1992, dictada en Río de Janeiro, incluye un elemento decisivo a la institución de la EIA, ya que en el Principio 17, dice que "Deberá emprenderse una Evaluación de Impacto Ambiental, en calidad de instrumento nacional, respecto de cualquier actividad propuesta que probablemente haya de producir un impacto negativo considerable en el medio ambiente y que esté sujeta, a la decisión de una autoridad nacional competente". Sin embargo, dicho principio no establece taxativamente las actividades a las que deberá aplicarse la EIA, por lo que cada Estado tiene la responsabilidad de establecer las actividades o los criterios que reglamenten el principio, por medio de leyes ambientales.

V. Regulación jurídica del EIA en El Salvador

En El Salvador, no estado ajeno a la realidad ambiental que alarma a la humanidad, de hecho junto a Haití, somos de los países que mayor vegetación

Protección al Medio Ambiente de 1974, de Colombia como precursor del requerimiento legal del EIA. Seguidamente la Ley Orgánica del Ambiente de junio de 1976, de Venezuela; y de manera específicamente alude a "estudios sobre impacto ambiental" es la Ley de Prevención y Control de la Contaminación Ambiental de mayo de 1976, del Ecuador". En Centroamérica esta llegó a solicitud de organismos multilaterales como el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo, quienes la solicitaban para la aprobación de préstamos, no obstante, se puede afirmar que Costa Rica es el primer país de la región Centroamericana en introducir lo EIA en su legislación, y lo hace precisamente para una actividad de gran impacto ambiental, como lo es la minería. En efecto, el Código de Minería, Ley No.6797 –que data de 1982–, en sus artículos 105 y 106, ya regulaba el tema, enfocado a las actividades de exploración y explotación de recursos mineros. "Los primeros estudios vinculados a proyectos mineros fueron presentados a la Dirección de Geología, Minas e Hidrocarburos hacia el año 1984. Vid. al respecto AA.VV.: *Manual de Derecho Ambiental en Centroamérica*, (Directores) Grethel Aguilar y Alejandro Iza), Edición financiada por la UICN, San José, 2005, págs. 155 y sigs.

boscosa ha perdido, y lo peor del asunto con una legislación obsoleta que no respondía a la moderna tutela ambiental. En consecuencias sectores ambientalistas, presionaron al Gobierno, por tanto el Consejo de Ministros, haciendo uso de su Potestad reglamentaria reforma el Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo, a fin de que instituyera un ente rector y protector del medio salvadoreño, y es así que se instaura el Ministerio del Medio Ambiente y Recursos Naturales[15] (MARN) en 1997. Sin embargo, para que este funcionara eficazmente era necesario que la Asamblea Legislativa dictara la Ley del Medio Ambiente[16](LMA), lo cual ocurrió hasta en 1998, complementándose ésta con el Reglamento General de la Ley del Medio Ambiente (RGLMA)[17], dictado por el Presidente de la República en el año 2000.

Esto contribuyó al Derecho salvadoreño, dado que históricamente la tutela del medio ambiente había sido regulada por leyes de contenido agrario y otras de carácter sanitario, cuya característica era la dispersión legislativa, con la referida ley conlleva la sistematización de protección ambiental. Incluso en la LMA se estableció el mandato desde su vigencia, erigir la Jurisdicción ambiental, que hasta esta fecha es una deuda con la sociedad salvadoreña pendiente, tanto la Corte Suprema de Justicia y la Asamblea Legislativa, son los entes competentes para su creación, ya que se sigue esperando que en algún día se aplique de manera plena a los infractores de la normativa ambiental y que sean responsables de sus acciones u omisiones, tanto administrativamente y civilmente.

La LMA en el Capítulo IV establece el "Sistema de Evaluación Ambiental", donde reconoce como instrumento del mismo la EIA, siendo desarrollado además por el RGLMA, en los artículos 13 y siguientes. En este sentido la LMA define en el Art. 18, al EIA, como "un conjunto de acciones y procedimientos que aseguran que las actividades, obras o proyectos que tengan un impacto ambiental negativo en el ambiente o en la calidad de vida de la población, se sometan desde la fase de preinversión a los procedimientos que identifiquen y cuantifiquen dichos impactos y recomienden las medidas que los prevengan, atenúen, compensen o potencien, según sea el caso, seleccionando la alternativa que mejor garantice la protección del medio ambiente." Se manifiesta como un examen o análisis y evaluación de unas actividades planeadas con miras a lograr un desarrollo que desde el punto de vista del medio ambiente sea adecuado y sostenible. En nuestro ordenamiento ambiental está considerado dentro un procedimiento administrativo, cuya finalidad, como ya dijimos es identificar, predecir e interpretar los impactos ambientales que un proyecto o

[15] DE N° 27 del 16 de mayo de 1997, publicado en el DO N° 88, Tomo 335, del mismo día y año.
[16] DL 233, de 24 de abril de 1998, publicado en el DO N° 79, Tomo N° 339, de fecha de 4 de mayo de 1998.
[17] DE N° 17, del 21 de Marzo de 2000, publicado DO N° 73 Tomo 347 del 12 de abril del mismo año.

actividad producirá en caso de ser ejecutado. De manera concreta, se ejecuta a través del Estudio de Impacto Ambiental (EsIA), lo cual constituye un "proceso de análisis", de gran importancia, del procedimiento autorizatorio, cuya competencia de emisión y regulación la LMA, se la otorga al MARN.

Su realización es imprescindible, ya que como consecuencia el MARN, no podrá otorgar el permiso ambiental, según lo prescribe el Art. 19 de la LMA, de no realizarse el EsIA produciría los efectos de nulidad de pleno derecho del acto decisorio", por prescindir de una de las etapas del trámite, para dictar el permiso ambiental. Dentro de las actividades, obras o proyectos que quiera realizar toda persona natural o jurídica, que la LMA enmarca en el Art. 21, y que estarán sujetas al EsIA. Dentro de estas actividades para mencionar algunas, están: obras viales, puertos marítimos, oleoductos explotación de minerales, centrales de generación de energía eléctrica, presas embalse, y finalmente deja el referido artículo cualquier actividad que pueda considerar impactos irreversibles al medio ambiente.

Además, la LMA en el sistema de evaluación, prevé el instrumento de la Evaluación Ambiental Estratégica, (EAE) lo cual es de aplicación únicamente a las políticas, planes o programas de instituciones públicas. Por tanto, dichas entidades están obligadas a presentar al MARN el informe de sus EAE, con la finalidad de que sean evaluadas. El MARN tiene la facultad de hacer las recomendaciones pertinentes y de supervisar el cumplimiento de los lineamientos y de las recomendaciones a EAE, para lo cual contará con el apoyo de las unidades ambientales correspondientes.

VI. El procedimiento de EIA

En el ordenamiento salvadoreño, el procedimiento administrativo, permite obtener un "Permiso Ambiental" por etapas, esto dependerá del proyecto o de la obra a realizarse. Concluida la etapa para la que fue dado el permiso, deberá obtenerse un nuevo permiso. Por ejemplo, el permiso ambiental de "ubicación y construcción" se emite por el tiempo que dure la construcción de la obra física y cuando ésta concluye, el permiso vence. Se emitirá entonces otro Permiso Ambiental[18], esta vez de "Funcionamiento", por el tiempo de vida útil del proyecto y etapa de abandono, sujeto al seguimiento y fiscalización del MARN. Para la obtención del permiso ambiental, podemos dividirlos en dos partes esencialmente, siendo las siguientes:

[18] La LMA define al Permiso Ambiental en el Art.5 "Conceptos y definiciones básicas" como un acto administrativo por medio del cual el MARN de acuerdo a esta ley y su reglamento, a solicitud del titular de una actividad, obra o proyecto, autoriza a que estas se realicen, sujetas al cumplimiento de las condiciones que este acto establezca.

A. Planificación de la actividad, obra o el proyecto

En esta etapa inicial el titular de la obra[19], al MARN la información básica del proyecto por medio del Formulario Ambiental. Si la actividad, obra o proyecto propuesto se trate de obras o actividades que enumera el Art. 21 de la LMA, el MARN proporcionará los términos de referencia con la finalidad de que el titular de la obra inicie la elaboración del EsIA. Éste deberá efectuarse, a través de un equipo técnico multidisciplinario, que como requisito "*sine quo non*" las personas naturales o jurídicas que se dedique a preparar EsIA, deberán estar registradas en el MARN, para fines estadísticos y de información, quien además establecerá el procedimiento de certificación para prestadores de servicios de EsIA, de Diagnósticos y Auditorías de evaluación ambiental.

El EsIA contendrá los requisitos del Art. 23 RGLMA, lo cual deberá establecerse un Programa de Manejo Ambiental, y su fuese necesario un Estudio de Riesgo de la obra o proyecto, tal como lo prescribe el Art. 28 del RGLMA. El EsIA debe ser presentado al MARN por el titular o su representante legal, entregando un comprobante de su recepción. En consecuencia, el MARN convocará a la Consulta Pública del EsIA, a costa del titular, en un plazo de diez días hábiles para que cualquier persona que se considere afectada exprese sus opiniones o haga sus observaciones por escrito, lo cual se anunciará con anticipación en medios de cobertura nacional. Sin embargo para aquellos EsIA cuyos resultados reflejen la posibilidad de afectar la calidad de vida de la población el MARN organizará una consulta pública del EsIA, en los municipios donde se pretenda llevar a cabo la actividad, obra o proyecto[20].

No existiendo ningún inconveniente sobre el EsIA, el procedimiento entra en su recta final con la emisión del dictamen técnico sobre el EsIA, lo que suele llamarse la Declaración de Impacto Ambiental. De ser aprobado, el MARN emitirá el dictamen técnico favorable el cual le notificará al titular quien para obtener el permiso ambiental y deberá presentar la Fianza de Cumplimiento Ambiental[21], por un monto equivalente a los costos de las obras físicas o inversiones que se requieran para implementar. Cuando corresponda de conformidad al Artículo 55 de la LMA, ésta fianza que garantizará el establecimiento del plan institucional de prevención y contingencia. Solamente una vez que la misma sea otorgada por el titular, bajo los requisitos de correspondientes el MARN emite el Permiso Ambiental.

[19] El DL N° 566, DO N° 198, Tomo N° 353, de 19 de octubre de 2001, interpretó auténticamente la LMA, en el sentido que cuando ésta se refiriera en sus disposiciones al vocablo "titular o titulares" de actividades, obras o proyectos públicos o privados, se refiere a los propietarios de la obra o de la infraestructura, y por consiguiente son éstos quienes deben cumplir con las obligaciones prescritas en la LMA, y el Art. 15 del RGLMA respecto a la EIA.
[20] *Vid*. los Art. 25 de la LMA y Art. 10, 11, 12 y 32 del RGLMA.

B. Ejecución de la actividad, obra o proyecto

Esta etapa incluye la preparación del sitio, la construcción de la obra civil, el equipamiento y prueba. En esa etapa deberán incluir la ejecución del Programa de Manejo Ambiental y están sujetas a que sobre ellas se realice una Auditoria de Evaluación Ambiental. Por otro lado, de conformidad con el artículo 26 del RGLMA, las diferentes etapas de la EIA estarán sujetas a un "monitoreo", con la finalidad de garantizar la eficiencia de las medidas de prevención, atenuación y compensación implementadas, permitiendo, mediante la evaluación periódica, la adopción de medidas correlativas.

Su frecuencia estará determinada por la naturaleza de la actividad, obra o proyecto. El MARN durante la ejecución de las actividades, obras o proyectos, realizará auditorías de evaluación ambiental con la finalidad de garantizar –durante la ejecución de la actividad, obra o proyecto–, el cumplimiento de las condiciones definidas en el Permiso Ambiental. Las personas encargas de tal fin deberán estar acreditadas en el MARN, lo cuales serán ejecutadas a través de inspecciones periódicas.

VII. Control del MARN como ente emisor del permiso ambiental

A. Control Administrativo

En nuestro país los actos administrativos de connotación ambiental, por ser la expresión de voluntad de la Administración Pública[22], en el ejercicio de sus potestades administrativas, se encuentran sometidos al control, tanto en sede administrativa, como jurisdiccional, tal como haremos hincapié en

[21] La medidas preventivas para garantizar el pago de posibles daños ambientales que puede emanarse, son reguladas, en el ordenamiento jurídico salvadoreño, a través de del *Reglamento Especial para la Compensación Ambiental,* cuya vigencia data, desde el 13 de mayo del año 2004. Su propósito, es que la compensaciones ambientales puede se efectuadas de forma directa o por medio de agentes especializados, en sitios del impacto ambiental o zonas aledañas o zonas propicias para su reposición o recuperación. El mecanismo a utilizar, para realizar las compensaciones ambientales, de forma directa será a través del contrato de fideicomiso. Para tales efectos el Reglamento, presupone que sea realizado por empresarios titulares de actividades, obras o proyectos, que de acuerdo al MARN deban implementar medidas ambientales. En consecuencia el titular del proyecto manifestará por escrito al MARN, previo a la resolución del permiso ambiental, su intención de realizar la compensación ambiental por medio de la constitución o aporte a un Fideicomiso.

[22] El Art. 2 inciso segundo de la LJCA, establece que órganos administrativos, conforman la Administración Pública salvadoreña, estos son: El Órgano Ejecutivo, las municipalidades, las Gobernaciones, las Instituciones Oficiales Autónomas, los Órganos Constitucionales (la Procuraduría General de la República, Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, la Fiscalía General de la República, el Tribunal Supremo Electoral, la Corte de Cuentas de la República y el Consejo Nacional de la Judicatura), únicamente cuando ejerzan función administrativa, también se consideran de la misma manera por excepción, el Órgano Legislativo y el Órgano Judicial.

"infra", sobre todo porque se pone en juego la tutela del Derecho a un medio ambiente sano, reconocido a través de jurisprudencia como derecho implícito en el Art. 117 de la Constitución Salvadoreña[23] y la LMA en el Art. 2 de manera expresa[24].

En este sentido, la LMA, en el Art. 26 establece que la resolución del MARN que se pronuncie sobre un EsIA, admitirá los recursos establecidos en ésta ley, y la Jurisdicción Contencioso Administrativo. Lo cual constituye que el ordenamiento jurídico ambiental, somete a control todos los actos de gran envergadura como son los EsIA, sobre todo el impacto social que podría causar que dicho Estudio no sea transparente, y que la ejecución de la obra o proyecto cause grandes daños ambientales a los ecosistemas salvadoreños.

El recurso administrativo a que se refiere la LMA, en el Art. 97, es el "Recurso de Revisión", lo cual deberá interponerse en los cinco días hábiles contados a partir de la notificación del acto administrativo. El MARN entidad administrativa competente resolverá con la vista de los autos dentro de un plazo de diez días hábiles. Sin embargo, dicho recurso tendrá el carácter de optativo para efectos de interponer la acción Contencioso Administrativo. Al Agotarse la vía administrativa donde el MARN confirme la decisión administrativa dictada, o bien el administrado siga de manera directa la impugnación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo (SCA), tendrá 60 días hábiles para plantearla según el Art. 11 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa (LJCA).

[23] *Vid*. la Sentencia de Inconstitucionalidad, del 2 de julio de 1998, del "DL N° 432, de catorce de enero de mil novecientos noventa y tres, publicado en el DO N° 22, Tomo 318, correspondiente al dos de febrero del mismo año, y del DL N° 433, emitido y publicado en las mismas fechas que el anterior; por medio de los cuales la Asamblea Legislativa establece como zona protectora del suelo y declara como zona de reserva forestal una porción del inmueble denominado "El Espino", y emite disposiciones relativas al aprovechamiento, desarrollo y ordenamiento de tal inmueble", al respecto SC expuso, que si bien nuestra constitución no enuncia expresamente dentro del catalogo de derechos fundamentales el Derecho a un medio ambiente sano, es imprescindible reconocer que las obligaciones prescritas en el Art. 117 y otras disposiciones de la ley suprema no importan un contenido prestacional a favor de los recursos naturales –lo cual es jurídicamente imposible–sino de las personas que conforman la colectividad, es decir quienes satisfacen sus necesidades materiales, mediante el aprovechamientos de tales recursos naturales. Así también, en la Sentencia de Amparo pronunciada el 26 de junio de 2003, se reafirma que el derecho al medio ambiente tiene un carácter implícito, dentro del texto constitucional, además sostiene que es un Derecho que nace de las exigencias ético-jurídicas derivadas de la dignidad, la libertad y la igualdad inherentes a la persona humana; que, tanto la doctrina como el derecho comparado enlazan el Derecho al medio ambiente con la dignidad de la persona en el sentido que el ser humano tiene derecho a habitar y disfrutar su entorno vital en un régimen de armonía entre lo útil y lo grato y de acuerdo con sus características naturales y culturales.

[24] Lo incluye como un principio de la política nacional del medio ambiente, en el literal: "a" que literalmente dice "Todos los habitantes tienen derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado. Es obligación del Estado tutelar, promover y defender este derecho de forma activa y sistemática, como requisito para asegurar la armonía entre los seres humanos y la naturaleza."

B. Control jurisdiccional

El ámbito de litigiosidad en materia ambiental en nuestro país ha sido muy escaso, las primeras pretensiones que se han planteado, por medio de demandas de amparo, los cuales, no han pasado sus efectos en sobreseimientos y en sentencias desestimatorias[25]. De igual manera, en materia contenciosa Administrativa, no obstante, se han planteado la ilegalidad de actos administrativos dictados por el MARN, pero no directamente sobre los EsIA, tal como lo prescribe el Art. 26, relacionado con el 97 de la LMA, sino sobre la resolución final, es decir del acto definitivo los Permisos ambientales, que el MARN les ha conferido a empresarios en zonas donde se ponen en peligro la calidad de vida de las presente y futuras generaciones, y consecuentemente la destrucción de la diversidad biológica en los *hábitats* salvadoreño. El fenómeno de impugnar el acto definitivo pueda estar ocurriendo, en virtud del poco nivel de información y participación ciudadana en el proceso de evaluación ambiental.

Por tanto, a los casos a que nos referimos, apenas son resoluciones interlocutorias donde se admiten demandas contenciosa Administrativa, y se decretan medidas cautelares, a fin de que no se ejecuten los actos administrativos impugnados, por lo cual no existiendo a la fecha sentencias definitivas que tengan el carácter de estimatorias y que haya determinados la responsabilidad por los daños ambientales, tanto a los empresarios contaminadores o la misma Administración Ambiental.

No obstante, aprovechando la escasa jurisprudencia realizaremos un análisis sobre los avances y retos; que todavía constituyen desafíos para la justicia ambiental salvadoreña, debemos de aclarar que la doctrina jurisprudencial que arroja cada una de las resoluciones interlocutorias, que a continuación procederemos a estudiar en su contenido, son completamente idénticas, por lo cual dichos análisis no los haríamos de manera separada, sino de forma simultánea. Estas resoluciones son los siguientes:

[25] La primera pretensión se planteo en mayo 1998, cuando recientemente entraba en vigencia la LMA, en los Procesos acumulados Ref. AC/104,.105.106/ 98. Sin embargo el 2 de diciembre del mismo año, la SC, emite la resolución de sobreseimiento a favor de las autoridades demandadas, basándose en que las pretensiones de la demanda son cuestiones de mera legalidad o inconformidad administrativa del estudio de impacto ambiental de tales autoridades, y que el inmueble que se va a urbanizar es propiedad privada, (la construcción de la prolongación de la calle *Chiltiupan* sobre la finca el Espino), lo cual reduce el supuesto de interés difuso a un interés simple, o sea una simple inconformidad subjetiva con la autoridad en el ejercicio de su potestades administrativas, en consecuencia según el fundamento de la referida sentencia no se demostró la trasgresión al derecho a un medio ambiente sano. Esta sentencia fue muy criticada jurídicamente, porque dicho auto de sobreseimiento se decretó antes del término de prueba en donde se deben de probar la pretensiones sustentadas en un proceso de amparo, a esto se le agrega que la naturaleza del caso lo ameritaba, a fin de que el fallo hubiera sido más objetivo.

1. Demandas planteadas contra el MARN

1.1 Primer caso

Demanda presentada por medio de apoderado judicial de la Asociación Herencia Natural y de la Federación Unidad Ecológica Salvadoreña, contra el Ministro de Medio Ambiente y Recursos Naturales (MARN), por haber emitido la resolución número 6314-5227-2007, de fecha cinco de mayo de dos mil seis, en la que se otorga permiso ambiental al proyecto denominado "Ampliación de campo de golf exclusivamente del Club Campestre Cuscatlán", el cual considera nulo de pleno derecho.

Señalaron los demandantes que la resolución administrativa que impugna como el DL Número 432 /93, que en esencia declara como zona protegida una cierta parte de la Finca El Espino, son normas jurídicas en términos generales. Sin embargo, la primera contradice a la segunda, lo cual ha configurado un conflicto jurídico de tipo irreconciliable. Considera que al entrar en conflicto una con otra, habrá que atender a la validez jerárquica superior del Decreto, tanto en el aspecto formal como sustancial, pues el Decreto referido ostenta superioridad jerárquica frente a una resolución ministerial como la impugnada.

El contenido del DL antes mencionado, afecta de forma negativa e irreversible a los componentes ambientales como la biodiversidad, el recurso hídrico, entre otros, que posibilitan el desarrollo de la vida. En consecuencia, solicita la inmediata suspensión provisional de los efectos del acto impugnado[26].

1.2 Segundo caso

Demanda presentada, por representante legal de la FUNDACIÓN DE VECINOS DEL ARRECIFE DE LOS CÓBANOS, que se abrevia FUNDARECIFE, el MARN, por haber emitido la Resolución MARN-Nº 7440-1360-2006, de fecha quince de diciembre de dos mil seis, en la que se otorga permiso ambiental a la Sociedad Jordán S.A. de C.V, para realizar ciertas actividades relativas a la construcción de un embarcadero de lanchas con capacidad máxima de 128 lanchas de diferentes dimensiones.

La peticionaria señaló que, la resolución administrativa impugnada violenta claramente el artículo 74 de la LMA, el cual literalmente prescribe: "Los manglares y arrecifes son reserva ecológica por lo que no se permitirá en ellos alteración alguna. Las zonas costero marinas donde están contenidos estos ecosistemas se considerarán áreas frágiles". Dicha disposición –afirma la

[26] Auto interlocutorio de la SCA, ref. 301-2006, de siete de febrero de 2007.

demandante– funciona en doble sentido, en primer lugar, como una limitación a las posibilidades de actuación de los administrados, quienes se encuentran inhibidos de solicitar cualquier acción que genere todo tipo de alteración que no sea favorable a las condiciones ambientales del arrecife; y en segundo lugar, constituye una limitación a la autoridad administrativa, pues ésta no puede autorizar cualquier tipo de proyecto o acción que pretenda la variación de las condiciones de un arrecife. Considera entonces que la autoridad demandada ha sobrepasado los límites de las competencias conferidas por el legislador, pues la zona que ha sido afectada reúne técnicamente las características de un arrecife. Consecuentemente, estima que el permiso ambiental otorgado a dicha Sociedad es ilegal.

Se ha traducido en un daño irreparable a dicho ecosistema, pues muchas especies marinas han fenecido de manera que, para que el daño no se siga produciendo solicita la inmediata suspensión de los efectos de la autorización administrativa impugnada[27].

2. Intereses difusos y legitimación activa

Según la jurisprudencia de la SCA, el interés legítimo se constituye como la pretensión a la legitimidad del acto administrativo, que viene reconocida a aquel sujeto que se encuentre respecto al ejercicio de la potestad, en una especial situación legitimante. Debe aclararse que al demandante no lo legitima un abstracto interés por la legalidad –el llamado interés simple no habilita para acceder al proceso contencioso– sino el interés concretísimo de estimar que la administración le está perjudicando al obrar fuera de la legalidad.

El artículo 9 de la LJCA hace alusión al término interés legítimo y directo que el demandante puede ostentar, entendido como un interés cualificado o específico, que tienen aquellas personas que por razón de la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter meramente personal, o por ser precisamente los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto de cualquier ciudadano; con lo cual no es posible la impugnación de aquellos actos que afecten intereses meramente generales, bajo la figura del interés simple, o de la acción popular.

En estas resoluciones se advierte que, los alcances que se otorguen a la figura del "interés legítimo y directo", determinan la apertura o restricción del acceso a esta sede judicial. En este sentido, se entiende que tal interés, tal y como ha sido interpretado hasta este momento, en lugar de abrir o ampliar el campo de la legitimación procesal, constituye una especie de válvula que cierra el acceso

[27] Auto interlocutorio de la SCA, ref. 73-2007 de veintiséis de marzo de 2007,

a la jurisdicción, pues en aquellos casos en los cuales no se configure una afectación directa y personal a la esfera jurídica de los administrados, como la situación que plantea el peticionario, simplemente no tienen la oportunidad procesal para poder formular sus pretensiones[28].

Ante la situación anteriormente acotada y para efecto de potenciar el acceso a la jurisdicción a todos aquellos que ostenten de manera suficiente y razonable intereses que escapan de las premisas relacionadas, en esta sede judicial, resulta conveniente interpretar de forma amplia o extensiva el sentido de lo que el legislador ha previsto como "interés legítimo y directo", en la normativa antes mencionada, es decir, más allá de la perspectiva individual o personalizada; por lo que también debe entenderse como parte de su esencia, una vertiente de naturaleza colectiva, a partir de la cual pueden suscitarse una multiplicidad de controversias de horizonte diferente, que también deben ser conocidas por obviamente por la SCA, ya que hoy en día no sólo los derechos e intereses individualizados erigen a sus portadores en sujetos con aptitud para pedir su tutela, sino que también, a los que se encuentran identificados bajo la concepción de lo que se conoce como interés difuso.

De manera que, en el titular del denominado "interés difuso" se debe ver al titular de un derecho subjetivo, que tiene de difuso sólo lo relativo a la titularidad que ha sido extendida o proyectada hacia otros sujetos que se encuentran en igual o semejante situación jurídica. Comprende una amplísima gama de verdaderos derechos vitales no susceptibles de titularidad exclusiva, como la calidad de vida, preservación del medio, defensa de los derechos del consumidor, la tutela de la fauna, etc, los cuales no pueden quedar en desamparo. Son entonces sostiene la SCA, que éstos derechos e intereses son los que requieren actualmente de una adecuada protección administrativa y judicial.

La realidad social y económica de nuestros días, ha propiciado la aparición de agresiones que desbordan la esfera jurídica privada de las personas dando cabida, a fenómenos de alcance colectivo debido al surgimiento de nuevas categorías de intereses jurídicos dignos de protección: los denominados

[28] La SC reconoció la teoría de los intereses difusos con el auto de admisión de la demanda de Amparo incoado contra la Oficina Planificadora del Área Metropolitana de San Salvador y el Servicio Forestal y de Fauna del Ministerio de Agricultura y Ganadería, proveído el 26 de marzo de 1998 en forma sintética, en él se sostuvo: "que en los supuestos de protección de los intereses difusos, adquiere legitimación procesal para plantear la pretensión de Amparo, cualquier persona que considere que se le ha vulnerado un derecho de naturaleza difusa, sin necesidad que intervengan en el proceso los demás titulares de tal derecho. Por tanto se cambió con el criterio jurisprudencial de la SC donde sostenía que tienen el interés legítimo de incoar una demanda de amparo solamente el que sufría el agravio directo, real y personal." En consecuencia cualquier ciudadano tiene la acción popular cuando una entidad estatal o empresarial vulnere el derecho fundamental a un medio ambiente sano.

"intereses difusos". Que rebasan las demandas contemporáneas relacionadas con la garantía de la calidad de los bienes y servicios ofrecidos, la protección del entorno urbanístico y paisajístico y por supuesto, la tutela ambiental[29]. Estos intereses que son ajenos y a la vez comunes, son escogidos por el Estado y transformados en intereses públicos. No obstante, una protección exclusiva pública de esos intereses resulta inadecuada e insuficiente, tal como lo hemos planteado; efectivamente, en primer lugar, los intereses difusos, y entre ellos los ambientales, superan la clásica bifurcación entre lo público y privado para integrar una nueva categoría de la cual es titular la colectividad[30].

En este sentido puede señalarse que el interés legítimo además de ser personal y directo puede ser colectivo e indirecto. Se puede hablar de un interés en el que el éxito de la acción puede conllevar la obtención de beneficios o perjuicios por vía indirecta o refleja. A partir del cambio de precedente jurisprudencial de la SCA, se considera como parte de la esencia del interés legítimo, una vertiente de naturaleza colectiva, a partir de la cual pueden suscitarse una multiplicidad de controversias de modalidad diferente; ya que hoy en día no sólo los derechos e intereses individualizados erigen a sus portadores en sujetos con aptitud legal para pedir su tutela, sino que también, los que se encuentran identificados bajo la concepción de lo que se conoce como interés difuso.

De esta manera se da cumplimiento al *derecho de acceso a la jurisdicción* que reconoce de manera implícita la Constitución de la República, en el Art. 2, con el cual se vería violentado si se admitiera restringir la tutela jurisdiccional en los supuestos de quienes ostentan intereses de tal naturaleza. En el titular del denominado "interés difuso" se puede identificar al titular de un derecho subjetivo, que tiene de difuso sólo lo relativo a la titularidad que ha sido proyectada hacia otros sujetos que se encuentran en igual o semejante situación jurídica.

[29] Cuando se desarrolla la categoría de los intereses difusos nos enfrentamos a una terminología oscura por naturaleza, que niega en principio los dogmas clásicos del derecho individual, acepta y potencia la necesidad de tutela para las personas vinculadas por una necesidad común. Los primeros antecedentes los encontramos en algunos escritos de la doctrina italiana de 1911 y 1912, en estos trabajos se pone de manifiesto la problemática de la existencia de intereses propios de una pluralidad de personas y se analizaba la posibilidad de que fueran defendidos por los sujetos privados cuando la protección, a través de los poderes públicos fueran insuficientes. Esto se vio potenciado con el surgimiento del movimiento obrero, lo cual articulaban formas de solidaridad colectiva que obligan al Estado a replantear algunos esquemas tradicionales. *Vid*. ARMIJO SANCHO, G. A.: *La Tutela Constitucional del Interés Difuso*, segunda edición, Ed., Investigación Jurídica S.A, San José de Costa Rica, 1999, pág. 41.

[30] El autor Costarricense JIMENEZ MEZA, M., manifiesta que los denominados intereses difusos son parte de una nueva gama del derecho actual y viviente necesitado de tratamiento, estudio y aplicación protectora, los cuales no entran en la categoría de los intereses legítimos o en los derechos subjetivos, siendo los primeros de mejor ubicación frente a la administración por los administrados y los segundos en el plano de las relaciones ínter subjetivas privadas. Citado por ARMIJO SANCHO, G. A., op., cit., pág. 41.

Vistas las líneas jurisprudenciales, antes referidas, sobre el alcance de los intereses difusos, podemos conceptuarlos, indicando que estaremos en presencia de ellos, cuando estos pertenecen a todos y cada uno de los miembros del grupo o comunidad, pero sin que medie un vínculo jurídico determinado. Así por ejemplo, el interés en respirar aire no contaminado emanado por el humo de los automóviles, está íntimamente relacionado con situaciones de hecho, en algunos casos, con un marcado carácter socioeconómico con relevancia jurídica para el medio ambiente. De ahí digamos que no sólo la titularidad es difusa, sino que el disfrute y la expresión del interés también lo son.

En consecuencia, la legitimación desde la anterior perspectiva, lo podrían ejercer, las personas directamente afectadas, las comunidades que no tengan personalidad jurídicas, la propia Administración, el Defensor del Pueblo y por supuesto las asociaciones que ostentan un reconocimiento social en la protección del medio ambiente[31].

3. La tutela cautelar

Nuestra LJCA, ha considerado como única medida cautelar y exclusiva, "la suspensión de los efectos del acto impugnado"; no obstante habiendo solicitado por diversos litigantes nacionales la apertura a todas las medidas cautelares positivas o innovativas, pero para decretarse se debe de cumplir los presupuestos que en dicha normativa se establecen, los cuales consisten: a) Que el acto produzca o pueda producir efectos positivos (Art. 16 LJCA); b) Que la ejecución del acto impugnado pueda producir un daño irreparable o de difícil reparación por la sentencia definitiva (Art. 17 LJCA); y c) Que la adopción de la medida cautelar no produzca un perjuicio evidente al interés social u ocasionare o pudiera ocasionar un peligro de trastorno grave del orden público (Art.18 LJCA).

En la jurisprudencia más reciente, la SCA ha tomado en consideración y analizado por lo general al momento de otorgar la suspensión de la ejecución de los efectos del acto administrativo impugnado, como únicos requisitos: primero, que mediare petición de parte y, segundo, que se tratase de un acto capaz de producir efectos positivos. Al interpretar los requisitos que

[31] No obstante, el Art. 101 de la LMA abre el espectro amplio, en consonancia con los intereses difusos para ejercer la legitimación e interponer la demanda civil de reparación de daños ambientales causados a la comunidad, estos son: a) La persona natural o jurídica que haya sufrido el daño de manera indirecta e inmediata; b)Por cinco ciudadanos miembros de una comunidad, que carezca de personalidad jurídica, debiendo adjuntar a la demanda los nombres y apellidos números de documentos únicos de identidad, lugar de residencia, firma o huella digital del pulgar de la mano derecha de las personas que conforman la comunidad; y c) El Fiscal General de la República, así como la PDHH".

determinan la procedencia de la suspensión, se ha procurado garantizar que, en la mayoría de los casos, la sentencia definitiva que haya que dictarse sea eficaz desde el punto de vista material; es decir, de la satisfacción plena de los intereses del demandante, a pesar de que se dicte después de transcurrido el tiempo necesario que dura la tramitación del proceso.

En ese sentido, la SCA consideró que existe otra forma más adecuada de interpretar la exigencia de los requisitos necesarios para resolver la suspensión cautelar, la cual seguirá siendo respetuosa del derecho de los ciudadanos a que se les garantice la efectividad de la sentencia; pero también lo será del interés general que persigue la actividad de la Administración Pública. De acuerdo con lo anterior, la SCA interpreta que la resolución sobre la suspensión requiere previamente el examen y valoración de todos los requisitos que determina la ley, de modo que, la suspensión no constituya en el proceso contencioso administrativo salvadoreño una medida cautelar automática que atienda la sola petición y el efecto positivo que del acto derive[32].

Conforme a las consideraciones expuestas, son tres los requisitos que deben examinarse en cada caso para efecto de resolver la procedencia de la suspensión, éstas son:

1º) Que sea un acto capaz de producir efectos positivos; es decir que mediante sus efectos sea capaz de crear, modificar o dejar sin efecto una situación preexistente a su emisión. Precisamente, es la consolidación de esa nueva situación, que altera un *statu quo* determinado, lo que se pretende evitar mediante la suspensión de los efectos del acto prevista por la ley.

2º) Que exista un daño irreparable o de difícil reparación por la sentencia. "Se entiende que puede existir un daño irreparable cuando no pudiere restituirse el bien jurídico lesionado íntegramente si se consuman los efectos del acto; y que el daño provocado por la consumación del mismo sea de difícil reparación cuando la situación alterada es difícil de ser restablecida por la sentencia." Como se ha expuesto, el daño –como parámetro de procedencia de la medida cautelar– está íntimamente vinculado con los efectos del acto sobre la esfera jurídica del destinatario, en relación con la duración del proceso.

Corresponde, entonces, a quien solicita la suspensión, proporcionar los elementos objetivos con los cuales acredite, cuando menos de forma indiciaria, las razones por las que considera que los posibles daños y perjuicios que

[32] Cabe añadir que tales requisitos que deben concurrir no sólo al momento en que debe ser resuelta la suspensión, sino también durante el tiempo que ésta deba mantenerse vigente. Por ello, la medida puede ser solicitada tanto al inicio del proceso, como durante la tramitación del mismo. *Vid*. los Arts. 22 y 23 LJCA.

pudieran derivarse de la inmediata ejecución del acto impugnado no serían reparados efectivamente por la sentencia. En este sentido, no será suficiente la mera invocación o previsión de unos daños y perjuicios que pudieran producirse como consecuencia de la ejecución del acto, sino que será indispensable que éstos sean de tal entidad que, razonablemente, permitan estimar que su reparación por la sentencia definitiva sería imposible o cuando menos muy difícil.

3º) Que la suspensión no produzca un perjuicio a un evidente interés social o pueda ocasionar un peligro al orden público. En cuanto a este último requisito, su alegación y comprobación se encuentra a cargo de la Administración, quien deberá aportar los elementos que permitan considerar que la suspensión causa un perjuicio o un peligro al interés u orden público superior al derecho del administrado que se pretende garantizar con la adopción de la medida.

Además, en cuanto a la ponderación de intereses debe señalarse que, a pesar del silencio del legislador, para la decisión sobre la medida cautelar es necesario valorar no sólo los intereses de la parte demandante y los públicos que demandan la inmediata ejecución, sino también los intereses de terceros que puedan resultar perjudicados con la adopción de la medida. Si la LJCA reconoce la posibilidad de que los terceros puedan intervenir en el proceso con el fin de recabar la tutela de sus derechos e intereses, es correcto interpretar que su posición también deba ser considerada a la hora de decidir la suspensión del acto. Al trasladar las anteriores consideraciones al caso que se examina, se colige lo siguiente:

Que los demandantes (asociaciones ambientalistas) ostentan un interés legítimo en la protección, conservación, y mejoramiento del ambiente, por los cuales impugna en cada caso (ampliación de Club Campestre Cuscatlán en la Zona de la Finca del Espino y a la Sociedad Jordán S.A. de C.V, para realizar ciertas actividades relativas a la construcción de un embarcadero de lanchas con capacidad máxima de 128 lanchas de diferentes dimensiones). Por tanto, las asociaciones ecologistas, por medio de sus apoderados en sus respectivas demandas solicitan que, la SCA suspenda provisionalmente los efectos de los actos administrativos ambientales dictados por el MARN. Es evidente que el acto administrativo impugnado produce efectos positivos, tal y como lo ha sostenido la SCA se ha creado una situación que hasta la fecha de otorgamiento de los permisos referidos, era inexistente.

En cuanto al segundo de los requisitos expuestos, el peticionario solicita la medida cautelar referida, mencionando expresamente algunos de los daños que puede ocasionar la materialización del acto administrativo impugnado, en ciertos componentes del entorno como la biodiversidad, el suelo, el agua,

que posibilitan las condiciones indispensable para el desarrollo del ciclo de existencia de seres humanos y no humanos; los cuales no pueden ser reparados efectivamente por la sentencia. En consecuencia, tal solicitud cumple con este requisito.

El tercer requisito hace referencia a que la suspensión no produzca un perjuicio a un evidente interés social o pueda ocasionar un peligro al orden público. Respecto de ello, en el caso que se analiza, la lógica opera en sentido adverso, en la medida que resulta clara la existencia de un interés por la protección, conservación, y mejoramiento del ambiente, como un interés difuso en la sociedad salvadoreña, representado en asociaciones como las peticionarias, en caso de no suspenderse la ejecución del permiso ambiental impugnado, se produciría una afectación irreversible a los componentes ambientales que mencionan dichos entes en la demanda. De manera que ningún momento opera el supuesto de que la materialización de la medida cautelar produce afectación a un interés social.

En definitiva, la SCA procedió adoptar la suspensión de la ejecución de los actos administrativos impugnados, pues dicha solicitud ha cumplido con los tres presupuestos antes analizados. La SCA suspendió provisionalmente los efectos del acto impugnado, en el sentido de abstenerse de llevar a cabo cualquier tipo de acto relacionado a la ejecución de los Proyectos en virtud de los permisos ambientales. Con ello se pretende que se materialicen los daños ambientales y con se terminen de ejecutar para no seguir degradando los ecosistemas salvadoreños. Quedamos en la espera que las sentencias sean estimatorias y que pueda evitarse la configuración de los daños ambientales en cada caso y repararse los que ya se materializaron.

VIII. Responsabilidad por los daños ambientales

La doctrina, cuando analiza las técnicas jurídicas de protección del medio ambiente, califica a la responsabilidad como instrumento represivo y en consecuencia deficiente. Por cuanto, se señala que el Derecho Ambiental debe tener un carácter preventivo por motivos funcionales y teleológicos. También desde el punto de vista del análisis económico del derecho se da preferencia a los instrumentos de actuación "ex ante" frente a instrumentos "ex post", especialmente teniendo en cuenta la incapacidad de los causantes, en muchos supuestos, para indemnizar el daño causado. Así como la facilidad para que eludan la imposición de la responsabilidad por ejemplo por la dificultad de la determinación de la relación causal, aspecto que ha puesto en relieve a los daños ambientales[33].

[33] SÁNCHEZ-FRIERA GONZALEZ, M del C.: *Responsabilidad civil del empresario por deterioro del medio ambiente*, Ed. Bosch, Barcelona 1994, pág. 193.

Pero, se estima que el instituto de la responsabilidad crea incentivos para la reducción de riesgo, al estimular a las empresas potencialmente contaminadoras, adoptar medidas, a fin de evitar los daños ambientales. Es así que el peso preventivo de la responsabilidad conlleva actúa con tal efecto e inhibir a los potenciales infractores por temor a las consecuencias dañosas. Su importancia puede radicar en la escasa efectividad de la normativa ambiental, fundamentalmente de orden administrativo. En el seno de éstas ideas, subyace la intención de llevar a la aplicación práctica el principio rector del derecho ambiental, "quien contamina paga" ya reconocido en el ámbito del derecho internacional, comparado, y nacional, lo cual ha influenciado fuertemente la responsabilidad en materia de daños al medio ambiente.

La LMA, por el mandato constitucional que funda el Art. 117, establece la obligación de reparar los daños ambientales, la encontramos en el Art. 2 literal f de la LMA, que prescribe que como un principio de la Política Nacional del medio ambiente, y dice: "la contaminación del medio ambiente o alguno de sus elementos que impida o deteriore sus procesos esenciales conllevará como obligación la restauración o compensación del daño causado debiendo indemnizar al Estado o cualquier persona natural o jurídica afectada en su caso conforme a la ley". Esta disposición debe de entenderse en concordancia con el Art. 85 de la referida LMA que de igual manera estipula el deber de reparar los daños al medio ambiente[34].

La obligación de reparar los daños ambientales, puede devenir, porque el titular ha incurrido en infracciones administrativas de las que establece el Art. 86, de la LMA, para el caso preciso que nos ocupa, la mayoría están referidas al incumplimiento de las obligaciones de los titulares que el MARN les ha otorgado un Permiso Ambiental, o cuando las autoridades del MARN otorguen tales permisos en contravención a la LMA y su RGLMA. Las multas que puede imponerse una vez el indiciado se le llevado a cabo el Procedimiento Administrativo Sancionador[35] de parte del propio MARN autoridad competente de llevar el informativo administrativo[36], se le condena además de la multa a

[34] El Art. 85 de LMA estipula "Quien por acción u omisión, realice emisiones, vertimientos, disposición o descarga de sustancias o desechos que puedan afectar la salud humana, pongan en riesgo o causare un daño al medio ambiente, o afectare los procesos ecológicos esenciales o la calidad de vida de la población, será responsable del hecho cometido o la omisión, y estará obligado a restaurar el medio ambiente o ecosistema afectado. En caso de ser imposible esta restauración, indemnizará al Estado y los particulares por los daños y perjuicios causados."

[35] Este Procedimiento Administrativo Sancionador, se regula en los artículos 91 al 98 de la LMA, y los artículos 119 al 121 de la RGLMA, donde establece cada de las formalidades a seguir dentro de dicho procedimiento.

[36] El Art. 120 del RGLMA, estipula que el MARN nombrará a los funcionarios de su dependencia, en los cuales delegará la instrucción del procedimiento y estos a su vez, en la resolución motivada que ordene la instrucción, nombrar al instructor del procedimiento y al secretario de actuaciones, quien tendrá asimismo las atribuciones de notificador.

realizar el resarcimiento de los daños ambientales ocasionados, previo valúo por peritos nombrados por el MARN, de conformidad al Art. 96 de la LMA.

De este precepto, se destaca que el infractor una vez que quede firme la resolución administrativa, se la da un plazo suficiente para que pueda hacer efectiva la reparación de los daños ambientales por sus propios medios. De lo contrario el MARN, nombrara peritos (donde podrá ser biólogos, o profesionales con conocimientos físicos químicos), a fin de que evalúen los daños, para establecer el monto económico a destinar para la reparación de los daños, por lo cual en este caso será la referida entidad administrativa, lo tendrá que hacer.

La exigibilidad del monto dinerario de parte del Ministerio deberá hacerlo en Proceso Civil Ejecutivo, ya que la parte final del Art. 96, de la LMA, en relación con el Art. 121 del RGLMA, estipula que la certificación del valúo, donde ordena la restauración, tendrá fuerza ejecutiva contra el infractor.

Respecto a la teoría de la responsabilidad, que adopta el ordenamiento salvadoreño, aún está sujeto al sistema subjetivo para la determinación de la responsabilidad por daños al medio ambiente, pues independiente cual sea la actividad que se realice, se responderá al sistema basada en la culpa del agente, esto es tanto en el contorno civil, como administrativo.

En materia contenciosa administrativa, la SCA, en este sentido ha sido categórico en manifestar conforme el "principio de culpabilidad" en materia administrativa sancionadora supone que sólo será sancionable si la acción ha sido realizada a titulo de dolo o culpa, además debe de mostrarse el nexo de culpabilidad (un ligamen del autor del hecho y el resultado) como requisito *sine quo non* para la configuración de la conducta sancionable. En consecuencia no podrá sancionarse, ante una trasgresión de un precepto administrativo conforme a los criterios de la responsabilidad objetiva, únicamente si ha existido negligencia o imprudencia del sujeto[37].

IX. Reparación de los daños al medio ambiente

El fundamento de responsabilidad civil ambiental que establece los artículos 2 literal f, 5 y 85 de la LMA, atiende al esquema de restablecer el medio ambiente o ecosistema a la situación anterior al hecho que lo contaminó, deterioró, o destruyó, esto cuando sea posible, sin embargo, en caso de no ser imposible dicha restauración, el artículo 85 de la LMA determina que el

[37] Vid. Sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo de 27 de febrero de 1998. Ref. 8 CH-92, Sentencia de 24 de febrero de 1998, Ref. 29-G-91 y Sentencia de 24 de febrero de 1998. Ref. 36-G-95

responsable indemnice al Estado y los particulares por los daños y perjuicios ocasionados[38]. Este diseño de responsabilidad atiende a la preeminencia a la reparación *in natura*, y de forma subsidiaria la indemnización en dinero cuando fuere imposible de hacerlo[39].

A este criterio, lo cual ya hemos dejado plasmado, se le suma la opinión del jurista español DE MIGUEL PERALES[40], que también se ocupa ampliamente en el tema, al sostener que el caso concreto del medio ambiente la reparación en especie deberá buscarse en el mayor esfuerzo posible, aparte de resarcir al perjudicado se trata también de proteger el medio ambiente en si mismo considerado, y el propósito de la responsabilidad civil tiene como objeto primordial el conseguir la reparación del daño en interés del individuo perjudicado, no lo es menos que la protección del medio ambiente, es unas de las políticas que debe informar la legislación positiva.

En este sentido, si con la indemnización dineraria no es equivalente y no puede resarcirse el daño ambiental se debe entonces, como se ha dicho, privilegiar la reparación *in natura*, que supone hacer las tareas necesarias para que el bien lesionado vuelva a cumplir la función anterior al hecho dañino o, por lo menos, a que la cumpla de la manera más parecida posible. Ahora bien, en el caso que sea imposible restaurar el bien ambiental dañado, se debe buscar a que la indemnización favorezca otro bien ambiental de similar naturaleza, así por ejemplo como resultado del daño una especie animal se ha extinguido, puede obligarse al sujeto agresor aportar la recomposición para la protección de otras especies de igual importancia para la diversidad biológica.

Esta posición se sustenta en el hecho de que los ecosistemas interactúan entre sí, ya que si bien no se restaura el bien lesionado, sí se regenera el sistema que se verá beneficiado en su conjunto. Esta opinión tiene respaldo en el concepto de medio ambiente que otorga la LMA, entendido como un sistema conformado por diferentes elementos bióticos y abióticos, que interactúan entre sí, tal como lo estipula el Art. 5 de la LMA. En consecuencia, en la sentencias a las

[38] El Art. 1427 del código civil salvadoreño manifiesta que la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse retardado el cumplimiento.

[39] Si bien hasta el momento desde la vigencia de la LMA, no se ha condenado a ningún empresario por daños medioambientales puros, fácilmente una persona responsable en el transcurso del proceso judicial indemnizatorio por los referidos daños puede transferir sus bienes a fin de mostrar su insolvencia económica, así evitar el pago en dinero o la restauración de los ecosistemas dañados cuando fuere posible. Por tanto se hace necesario establecer otras alternativas para garantizar el cumplimiento de la reparación, de los daños al medio ambiente, como el establecimiento de seguros ambientales obligatorios y el fortalecimiento de los Fondo ambientales para que haga efectiva los potenciales daños ambientales determinados, a fin de restauración de los ecosistemas dañados.

[40] DE MIGUEL PERALES. C., op. cit., pág. 228.

cuales, nos hemos referido en *supra* el juzgador debe seguir la filosofía de la reparación "in natura" como prioridad, por el bien de los ecosistemas.

En este sentido, no es difícil concluir que la reparación del daño ambiental puro debe ser *in natura*; y que la indemnización debe ordenar hacer determinadas actividades, a fin de la recuperar el bien ambiental aminorado, para dejarlo al menos en la situación más parecida a la que tenía antes del daño, por lo que deberá hacerse estudios de impacto ambiental por técnicos, científicos, expertos en la materia para que determinen[41], la valoración y cuantificación de los daños, para determinar los costos de restauración, así como para determinar que debe hacerse para restablecer el ecosistema que ha sufrido el daño ocasionado.

X. Reflexiones conclusivas

1ª. La utilidad del EsIA, es un instrumento preventivo dentro del Derecho Ambiental, implica la posibilidad de estudiar– a partir de la experiencia científica pasada en relación a los impactos de determinadas actividades sobre el medio ambiente pudiéndose predecir los potenciales daños ambientales, antes de que se produzcan.

2ª. El EsIA, constituye una manifestación del principio de prevención sobre todo por los intereses en que están en juego. Si la Administración ambiental, no cumple su papel fiscalizador y preventivo, se constituye responsable por omisión, por incurrir en "culpa in vigilando". En todo proceso de EIA no podemos pensar en la clásica exigencia de la acreditación de daños por el actor, si al titular de la obra, fundamentado en el principio de precaución y la teoría de la responsabilidad objetiva.

3ª. Podríamos decir que tenemos un marco jurídico básico, que regula los EsIA, aunque no el mejor, pero sólo falta que los poderes públicos lo apliquen de forma eficaz, porque a la fecha poco o nada ha servido para detener los daños ambientales que los ecosistemas salvadoreños se ven sometidos. Sobre todo porque en la mayoría de casos son autorizados y no le dan cumplimiento a la consulta pública. Además es lamentable que la Administración Pública Ambiental se vuelva responsable por culpa "*in vigilando*" porque no persigue a los infractores que deterioren el medio ambiente.

4ª. Los litigios ambientales en el sistema judicial salvadoreño apenas hemos tenido muy pocos, algunos en materia Constitucional (sentencias de Amparo) y ahora en materia Contenciosa Administrativa, que hasta la fecha no se han

[41] En este sentido puede verse los Arts. 96 de la LMA y 121 del RGLMA donde estipula la obligación de resarcir los daños ambientales, tanto por la vía administrativa y civil.

dictado sentencias definitivas, quedamos a la espera que se tutele por esta vía de manera efectiva el Derecho a un medio ambiente sano y los responsables respondan por los daños ocasionados.

5ª. Uno los cambios esenciales que deben de impulsarse es la reforma de la LMA, quitándole donde la potestad sancionadora al MARN, ya que curiosamente todos los litigios antes referidos, han sido contra dicha entidad administrativa en materia de EsIA. En este sentido debemos de seguir el ejemplo de Costa Rica, que debe de erigirse un Tribunal Administrativo Ambiental, que tramite los procesos administrativos sancionadores, contra cualquier persona natural o jurídica incluyendo la propia Administración Pública Ambiental.

6ª. Si no cambian la actitud los gobiernos sobre todo el nuestro, hacia una apuesta sincera por un ordenamiento jurídico audaz, reforzado, ágil y severo basado en una aplicación sin distinción de condición económica, todos los esfuerzos serían en vano, por que el ordenamiento ambiental salvadoreño, sería más que un conjunto de normas. El Derecho Ambiental debe considerarse nuestra estrategia de supervivencia para las presentes y futuras generaciones, porque si no se toman medidas serias ante una realidad que agobia a la humanidad como es la contaminación ambiental, la naturaleza algún día nos quitará el planeta que nos ha obsequiado.

URUGUAY

RETOS DE LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA EN EL SIGLO XXI

Mariano R. Brito

I. Introducción

El sentido último de mis palabras al comienzo de esta jornada apunta a un reclamo fundamental: *la reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa anulatoria.*

¿Por qué? Tal vez sin más razón que el fruto de una convicción profunda; porque se nutre: en la teoría (que apunta a la verdad) y en la praxis *(que atiende a la experiencia, realidad).*

Así de sencillo; "La reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa, una cuestión de justicia al fin y al cabo[1]", que también podríamos aplicar para nuestra reflexión con referencia a la cuestión en el derecho uruguayo. Véase los números que siguen.

Según estadística de expedientes iniciales y sentencias del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, cuya fuente se halla en la Sección Jurisprudencia del mismo[2].

Año 2005:	Exp. Iniciales:	870
	Sentencias:	521
Año 2006:	Exp. Iniciales	1.127
	Sentencias:	851
Año 2007:	Exp. Iniciales:	899
	Sentencias:	782
Año 2008:	Exp. Iniciales:	
	Hasta 28 - VII:	600
	Hasta 7 – XI:	855
	Sentencias:	510

[1] FENÁNDEZ TORRES, J. R.: *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva,* Madrid, 1998. Ed. Civitas S.A., pág. 176.
[2] *Amable atención de la Dra. Susana GIANARELLI.*

La búsqueda del conocimiento sistemático sobre la cuestión que me atañe se inserta en una reflexión más vasta, propia de la que podría inducir la temática general del Simposio, repensando el Estado Constitucional Social y Democrático de Derecho.

Con la singladura del título a mi cargo soy convocado a tener en cuenta tres criterios de verdad –principios generales que informan el ser y el obrar del Derecho en general; también del Derecho Administrativo:

1. la dimensión fenoménica o normatividad del Derecho (que postula su ser sistema de normas que regulan actuación y control de la operación administrativa);

2. el compromiso histórico: historicidad del derecho que – se conoce – apunta a un margen operativo, entre dimensiones de máximo y mínimo, con apreciaciones de mérito de obrar administrativo, en concreta apreciación de circunstancias, y

3. la dimensión axiológica o creación de principios que constituyen referencias racionales de fundamento condicionante de regularidad jurídica.

Resulta de la trilogía invocada que ella supone una construcción conceptual del sistema jurídico, desde el reconocimiento de la persona humana como unidad sustantiva, ente en sí y en muy buena medida per se, mas también con dimensión de alteridad, configurante del "nosotros"; referencia y vínculo del "yo" y los "otros". Todo lo cual configura la radical dignidad de la persona[34].

Junto a aquella naturaleza de dimensión sustantiva y a su acabada definición, se halla la articulada existencia instrumental del Estado, no sustantiva[5]. En él, atento a precisa regla de Derecho, la Administración, a la que "cabe servir con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno al Derecho"[67].

Ambos principios reconocen su más alta consagración y fuente a nivel de derecho positivo en el art. 72 de la Constitución y normas de Derecho internacional vinculantes para nuestro país[8].

[3] DELPIAZZO, C.E.: *Dignidad humana y Derecho*, Montevideo, 2001, Ed. Universidad de Montevideo, Cap.II, págs. 27-31.
[4] GUARIGLIA, C. E.: *El conflicto entre los Derechos Fundamentales*, Montevideo, 2007, Ed. Amalio M. Fernández, págs. 129-136.
[5] BRITO, M. R.: *Derecho Administrativo. Permanencia, Contemporaneidad y Prospectiva*, Montevideo, 2004, Ed. UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO, págs. 9, 10 y 11.
[6] *Decreto 500/991, de 29 de set. de 1991, art. 2º.*
[7] DURÁN MARTÍNEZ, A.: *Estudios de Derecho Administrativo*, Montevideo, 2008, pág. 9.
[8] *Declaración Universal de Derechos Humanos, ONU, 10-XII-1948, Preámbulo y art. 1º.*

Bien recuerda PAREJO ALFONSO que "La Constitución establece – al colocar la dignidad de la persona y libre desarrollo de ésta en sociedad en la base del orden que define (art.10.1CE) – la primacía o, por utilizar la expresión acuñada por E. SCHMIDT-ASSMANN–, una posición fundamental (Grundbefindlikchkeit) del ciudadano, y , con ello, arrumba definitivamente la concepción del Estado (y, con él, de la Administración Pública) como entidad propia, capaz de sostenerse a sí misma, imponiendo su consideración como una manifestación precisada de justificación"[9].

En la configuración de la relación persona – Estado y Administración Pública, se organiza y actúa la garantía del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, también mediante el contencioso administrativo anulatorio.

Este obra como mecanismo personal en respuesta procuradamente eficaz a la cuestión del fenómeno tendencial ya confirmado: "No hay Derecho sin juez". A su vera aparecen las limitaciones o salvedades del régimen jurídico correspondiente (contencioso administrativo anulatorio uruguayo, para nuestro caso).

II. Limitaciones o salvedades

> Para asegurar una actuación eficaz de la Administración es preciso un control que vele que el accionar público resulte apto para el fin debido. Si ese accionar resulta defectuoso, si o se logra lo justo administrativo, es preciso un acto de justicia que retaure el equilibrio alterado[10].

No obstante, con GONZALEZ PEREZ cabe tener presente que la sentencia "tampoco será efectiva si al momento de producirse el fallo – o en el de su ejecución – no tienen sentido los pronunciamientos en él contenidos. Porque las situaciones para las que se pretendía la tutela ya se hubieran consumado de modo irreversible"[11].

El principio ya afirmado, "no hay derecho sin juez", conduce necesariamente a la búsqueda, determinación y definición de las fuentes de la garantía respectiva, la advertencia consecuente de su alcance y limitaciones. Cabe aquí apuntar dentro de los límites que impone el tema en desarrollo:

[9] PAREJO ALFONSO, L.: "La eficacia administrativa y la calidad total de los servicios públicos", en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI, Homenaje al Profesor Dr. D.Ramón Martín Mateo, Tomo II*, Coordinador F. SOSA WAGNER, Valencia 2000, pág. 1950.

[10] DURAN MARTINEZ, A. en *Estudios de Derecho Público*, Montevideo, Master Graf, 2008, Vol. II, pág. 279.

[11] GONZALEZ PEREZ, J.: "La Justicia Administrativa en España al comienzo del siglo XXI", en *Derecho Administrativo Iberoamericano, 100 autores en homenaje al postgrado de Derecho Administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello*, Caracas, 2007, Ed. Paredes, T 2, pág. 1.096.

1. El agotamiento de la vía administrativa como presupuesto procesal, mediante los recursos correspondientes[12]. Supone el régimen constitucional el carácter exclusivamente revisor del proceso contencioso administrativo anulatorio uruguayo en virtud del reclamo de la preexistencia del acto administrativo expreso, o ficto o presunto[13,14].

Procede tener presente con PAREJO ALFONSO que "En Derecho Administrativo es frecuente que el ciudadano precise de un acto para la legítima realización de una actividad y, en todo caso, para el acceso al control, pues la tutela judicial está constituida en forma impugnativa, de suerte que la existencia de un acto previo es presupuesto de dicho control y tutela, de la inactividad de la Administración y su simple actitud de no resolver expresamente sobre las peticiones deducidas por los administrados constituye un riesgo de quiebre del entero sistema jurídico administrativo"[15].

2. El presupuesto indicado debe conducir inevitablemente al examen de la hipótesis de inactividad de la Administración o supuestos de no actuación. Antes, verificar para nuestro sistema jurídico contencioso administrativo anulatorio el rasgo ya enunciado: su carácter histórico exclusivamente revisor por el reclamo de la preexistencia del acto administrativo: expreso o ficto. Verificado este extremo limitador del alcance tutelar de ese contencioso administrativo, seguirá la cuestión de la inactividad recién referida y la cuestión de su contralor jurisdiccional, especialmente donde no opera el mecanismo del silencio administrativo, negativo o positivo. En suma, corresponderá entonces, en su momento, más adelante, atender a la protección del administrado frente a la pasividad y las dilaciones administrativas.

A propósito del carácter exclusivamente revisor del proceso contencioso administrativo anulatorio uruguayo o, dicho de otra manera, el reclamo de la preexistencia del acto administrativo expreso o ficto, para la admisibilidad de la acción de nulidad, cabe recordar con GIORGI que "La acción anulatoria persigue siempre la anulación de actos administrativos (Const. art. 309 inc. 1º), actos jurídico-administrativos, estricto senso, o actos administrativos objetivos"[16]. A ello seguirá que dichos actos han de tener el carácter o naturaleza de "definitivos", considerando "que en atención a nuestro régimen constitucional, los actos administrativos adquieren el carácter de definitivos cuando respecto de ellos se ha agotado la vía administrativa, cuando la autoridad competente se ha pronunciado –expresa o fictamente– sobre los

[12] *Constitución de la República, art.319 inc.1º y art.317, y Ley 15.869, art.4º*
[13] *Constitución, art. 318 y Ley 15.869, art. 6º con redacción resultante del art. 41 de la Ley 17.292, de 25/I/2001.*
[14] *Constitución, art.309, 317 y 312, y art.40 de la Ley 17.292.*
[15] Autor y ob-cit. supra, nota 9.
[16] GIORGI, H.: *El contencioso administrativo de anulación,* Montevideo, 1958, pág. 142.

recursos deducidos contra los mismos, de conformidad con los preceptos de la Carta (art. 317)"[17].

Ante lo cual debería o podría aun reclamarse frente a un régimen procesal contencioso administrativo anulatorio de larga duración, frecuentemente varios años, porqué no suprimir el requisito de agotamiento mediante los recursos administrativos previos, para dejarlo subsistir sólo con carácter eventual voluntario si aún el interesado estimare conveniente o propicia la revisión en vía administrativa.

3. Pero sin perjuicio del señalamiento que se acaba de formular que requeriría una reforma constitucional, he de atender a la persistencia de aquel que en ocasión del proyecto de reforma que habría de llegar a la Ley de la jurisdicción contencioso administrativa de 13 de julio de 1998 (Ley 29/1998), en el proyecto del Gobierno de España al referirse a la regulación del recurso frente a la inactividad de la Administración, se llamó "importante agujero negro", diciendo que se iba a "cerrar" el mismo, del Estado de Derecho, otorgando "un arma efectiva al ciudadano para cerrarlo"[18], según se dijo en ese Proyecto.

Cómo no pensar en la procedencia para nuestro régimen jurídico contencioso administrativo anulatorio, de aquello que se dijo en el mensaje citado del Gobierno español, cuando se expresó en su Capítulo II: "... es evidente que a la altura de nuestro tiempo histórico el ámbito material de la jurisdicción quedaría muy incompleto si aquélla se limitara a enjuiciar las pretensiones que se deduzcan, en relación con las disposiciones de rango inferior a la Ley y con los actos y contratos administrativos en sentido estricto. Lo que realmente importa y lo que justifica la existencia de la propia Jurisdicción Contencioso Administrativa, es asegurar, en beneficio de los interesados y del interés general, el exacto sometimiento de la Administración al Derecho en todas las actuaciones que realiza en su condición de poder público, y en uso de las prerrogativas que como tal le corresponde. No toda la actuación administrativa, como es notorio, se expresa a través de reglamentos, actos administrativos o contratos públicos, sino que la actividad prestacional, las actividades negociales de diverso tipo, las actuaciones materiales, las inactividades u omisiones de actuaciones debidas expresan también la voluntad de la Administración, que ha de estar sometida en todo caso al imperio de la ley[19].

[17] Ibídem, pág. 162.
[18] GONZÁLEZ PÉREZ, J.: "La postura administrativa en España al comenzar el siglo XXI·, en *Derecho Administrativo Iberoamericano – 100 autores en homenaje al postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello* – Coordinación V. HERNÁNDEZ-MENDIBLE. Caracas, 2007, Ed. Paredes, Tomo 2, pág. 1.081.
[19] *Del Proyecto cit. v. nota 13.*

La legislación española citada procuró innovar, y en medida discutida lo alcanzó[20]. En el caso de Uruguay, aun es materia pendiente. Véase las situaciones de inactividad de la Administración, salvo en cuanto se trate de la limitada e insuficiente medida cautelar de suspensión del acto administrativo[21]. También podría decirse – como se recordara para España aludiendo al imperio de la ley LTCA de 1956 que "los supuestos más claros de inactividad de la Administración pudieran ser, y de hecho lo fueron, controlados judicialmente. Estos supuestos, ..., son esencialmente dos, a saber: inactividad material o ejecutiva, cuando existe acto administrativo que reconoce una situación jurídica individualizada a favor de uno o varios administrados, y la inactividad jurídico – formal o declarativa, consistente en dictar un acto administrativo, asimismo favorable para uno o varios concretos administrados, cuando la Administración está legalmente obligada a ello.

Quedaban por amparar buen número de situaciones en las que los supuestos no son, ni mucho menos, tan explícitos, pero en los que también se produce de modo evidente una inactividad ilegítima de la Administración. Me refiero, por ejemplo, al establecimiento o prestación de servicios públicos de titularidad estatal o autonómica, o al desempeño de competencias que, afectando al bienestar de los ciudadanos, su ejercicio no puede ser exigido por éstos"[22].

He aquí un campo de reclamo para la acción legislativa. Antes, tal vez, y con más reducido alcance deberá legislarse, innovando, en materia de silencio administrativo, tal vez tomando en cuenta el meritorio esfuerzo cumplido por la Dra. SILVANA NESSAR y el Grupo de Investigación y Estudio que la primera coordina,[23] y los esfuerzos de innovación legislativa cumplidos mediante proyectos del Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo, según iniciativa de los Dres. JUAN PABLO CAJARVILLE y CARLOS E. DELPIAZZO, y proyecto del Colegio de Abogados del Uruguay y de los últimos citados, así como el texto de la Reforma del Contencioso Administrativo enviada al Parlamento en oportunidad de presentarse la Rendición de cuentas del año 2003.

[20] *Ley española 29/998, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 13 de julio de 1998, art. 25.*
[21] *Ley 15.869, art.2º y 3º.*
[22] REAL FERRER, G.: "La inactividad de la administración en la Ley de la Jurisdicción contencioso – administrativa de 1998" en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI, Homenaje al Prof. Dr. Ramón Marín Mateo,* coordinador Francisco SOSA WAGNER, Valencia, 2000, TII, pág. 2.393.
[23] Sobre "Efecto positivo del silencio de la Administración en los recursos administrativos" y anteproyecto de ley.

III. Conclusiones

1. Las reflexiones pendientes reiteran al cabo cuanto afirmamos al comienzo de la presente exposición indicando la procedencia de un reclamo fundamental: la necesidad de la reforma de la jurisdicción contencioso administrativa anulatoria.

2. La reflexión doctrinaria y la praxis muestran que está en juego la justicia, perturbada por un acontecer administrativo previo, ora requisito formal de agotamiento de la vía administrativa conducente al necesario requisito del acto administrativo definitivo (según el concepto constitucional), expreso o ficto; ora, la justicia perturbada por la inactividad de la Administración en que hace falta avanzar en la adopción de medios legales para excitar su acción. Como bien ha expresado REAL FERRER ni siquiera la regulación legal en la ley española ya citada (Nº 29/1998, art. 25) ha resultado ser satisfactoria:

> ...poniendo el contralor de la obligación en relación con los posibles destinatarios de la misma, una o varias personas determinadas, lo cierto y verdad es que la regulación de la inactividad queda prácticamente vacía de contenido ... El reconocimiento de una situación jurídica individualizada como paradigma del control jurisdiccional, tan propio de una filosofía liberal del derecho como alejada de los postulados del Estado social, no halla progreso en la nueva ley (29/1998)
>
> No ha avanzado en el establecimiento de mecanismos para excitar la acción de la Administración en todos aquellos campos en que el Ordenamiento así se lo exige, pero en los que no tiene enfrente un titular de algún perfeccionado derecho subjetivo que pueda exigirlo, sino a un conjunto de ciudadanos que deberán seguir esperando pacientemente a que la Administración se decida a actuar en el ámbito de necesidades comunes que, curiosa y precisamente por eso, no gozarán de cauce procesal adecuado.

"El segundo aspecto a criticar es consecuencia del primero: si la ley no establece cauce específico más que para aquellos supuestos de inactividad material de la Administración que hemos dado en llamar – de ejecución – por estar declarada y establecida la obligación de producir una determinada actividad, la única solución lógica era articular un procedimiento – sumario y contundente de ejecución – castigar a un ciudadano burlado a acudir a una declaración no creo que pueda considerarse un progreso"[24].

Ausente la regulación para el supuesto de la inactividad referida en el contencioso-administrativo anulatorio uruguayo, la situación se agrava y bien adecuado resultaría decir, como lo hace el autor citado para el derecho

[24] REAL FERRER, cit. págs. 2.382–2.406.

español en el punto: "Seguramente pocos aspectos de nuestro ordenamiento administrativo han despertado tan unánime crítica como el hecho de que nuestro sistema no permita reaccionar adecuadamente ante los supuestos de inactividad material de la Administración"[25].

Lo dicho no obsta, lógicamente, a la apertura de la responsabilidad por inactividad por cuanto "... el Estado debe responder no sólo por sus acciones sino también por sus omisiones o inactividad"[26].

3. Una vez más la situación configurada con respecto a la inactividad, que se ha descrito, es una muestra más del tradicional carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, también verificado en el ordenamiento jurídico uruguayo.

4. Cabe por último, con una remisión a la elaboración doctrinaria y examen de la jurisprudencia respectiva, atender a lo que podrá seguirse llamando "Sugerencias para una reforma legislativa"[27].

También desarrolladas en posterior jurisprudencia y doctrina[28], con particular relevancia de una y otra, procurando el desarrollo de la tutela jurisdiccional efectiva y su garantía en el contencioso administrativo anulatorio, ya no sólo con la sujeción a requisitos y garantías formales, mas atendiendo también a aquellos sustanciales propios de la construcción conceptual del sistema jurídico, en el que la persona humana es unidad sustantiva, ente en sí y en muy buena medida per se, mas también con dimensión de alteridad, configurante del "nosotros".

[25] *Ibídem*.
[26] C. E. DELPIAZZO: "Responsabilidad del Estado y tutela jurisdiccional efectiva", en *Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. Mariano R. Brito*, coord. Carlos E. DELPIAZZO, Montevideo, 2008, Ed. F.C.U., pág. 977.
[27] BRITO, M. R.: "De la Justicia de lo Contencioso Administrativo", en *ADA*, Montevideo, 2000, T. VIII, págs. 81 sigs.
[28] NESSAR, S.: "Tres importantes sentencias del Tribunal de lo *Contencioso Administrativo*" *en Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. Daniel Hugo Martins*, coord. Augusto DURÁN MARTÍNEZ, Montevideo, 2008, Ed. F.C.U., págs. 792 sigs.

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA EN EL DERECHO URUGUAYO

Juan Pablo Cajarville Peluffo

I. Introducción

En esta sucinta presentación de sus fundamentos constitucionales, entenderé por "contencioso administrativo" el conjunto de contiendas sometidas a resolución de un órgano jurisdiccional, regidas por Derecho público, en las cuales es parte una entidad estatal. Restringiré todavía el tema a las contiendas en que la entidad estatal es demandada, en las cuales la acción moviliza la garantía jurisdiccional de los habitantes de la República frente al accionar del Estado. Las acciones que las entidades estatales pueden promover contra otros sujetos se dirimen ante el Poder Judicial y no presentan otra singularidad que merezca señalamiento, más allá de la potestad sustancial propia de esas entidades de crear unilateralmente el título, incluso ejecutivo, que las fundamente.

El derecho positivo uruguayo tiene en esta materia una característica que lo singulariza en el derecho comparado: un sector tan importante del contencioso administrativo como el anulatorio está contenido en la propia Constitución de la República en todos sus detalles sustanciales e incluso muchos procesales; sólo quedan librados a la ley ordinaria los aspectos estrictamente procedimentales. Por eso, exponer los "fundamentos constitucionales" de esta jurisdicción equivale a explicar en lo sustancial todo su régimen jurídico[1].

Esta solución, vigente desde la Constitución de 1952, tuvo en su momento el mérito de crear y poner en funcionamiento de inmediato esa jurisdicción anulatoria, cuya creación por ley estuvo prevista desde la Constitución de 1934 sin que el legislador encontrara el momento de hacerlo. La regulación constitucional es tan exhaustiva, que el Tribunal competente pudo funcionar durante más de tres décadas sin que se dictara su ley orgánica[2].

[1] Sin perjuicio de su título, en esta ponencia se hará necesaria referencia, además, a algunas soluciones legales, imprescindibles para comprender el régimen vigente.

[2] La Ley Orgánica del Tribunal de lo Contencioso Administrativo es el Decreto-ley N° 15.524, de 9 de enero de 1984, dictado por el Gobierno *de facto* que padeció nuestro país y convalidado por ley de 1985, al restablecerse la institucionalidad constitucional. Regula sobre todo aspectos procesales; en las muchas cuestiones de interpretación constitucional que se plantean, se limita a repetir las normas de la Carta sin interpretarlas.

Pero ese congelamiento normativo, que se mantuvo en la Constitución de 1967 vigente, significa que su modificación requiere complejos procedimientos, que culminan necesariamente en un pronunciamiento del Cuerpo Electoral. La Constitución ha sido reformada en 1989, 1994, 1996 y nuevamente en 2004, pero en temas que despertaron mayor interés político. Así, transcurridos más de 50 años de la consagración de este régimen constitucional contencioso administrativo, y cuando el reconocimiento de sus defectos es prácticamente unánime, su superación no ha sido posible, salvo en un punto no menor que luego se señalará.

II. Órganos jurisdiccionales competentes

A. Sistema de doble jurisdicción

La Constitución uruguaya consagra un sistema de doble jurisdicción en lo contencioso administrativo. El ejercicio de la función jurisdiccional es en principio privativo del Poder Judicial, salvo excepción constitucional expresa. Una de tales excepciones consiste en la atribución de la competencia para entender en la anulación de actos administrativos ilegítimos a un órgano de creación constitucional, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. El resto del contencioso administrativo es, por consiguiente, competencia de órganos del Poder Judicial.

B. El Tribunal de lo Contencioso Administrativo y sus eventuales órganos inferiores

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo es un órgano creado directamente por la Constitución[3], ajeno al Poder Judicial y a la Administración, cuya situación institucional es semejante a la de los tres clásicos Poderes del Gobierno[4]. La doctrina dominante no le atribuye calidad de "Poder" porque reserva esa categorización a los sistemas orgánicos a los que corresponde el ejercicio predominante y de principio de una de las clásicas funciones del Estado, mientras este Tribunal ejerce la jurisdiccional a título de excepción.

El Tribunal es el órgano competente para conocer de las demandas de nulidad de los actos administrativos[5]. El art. 312 de la Carta, en su redacción original,

[3] Art. 307 inc. 1°: "Habrá un Tribunal de lo Contencioso Administrativo, el que estará compuesto de cinco miembros".

[4] Constitución, art. 308: "Las calidades necesarias para ser miembro de este Tribunal, la forma de su designación, las prohibiciones e incompatibilidades, la dotación y duración del cargo, serán las determinadas para los miembros de la Suprema Corte de Justicia".

[5] Constitución, art. 309 incs. 1° y 2°: "El Tribunal de lo Contencioso-Administrativo conocerá de las demandas de nulidad de actos administrativos definitivos, cumplidos por la Administración, en el ejercicio de sus funciones, contrarios a una regla de derecho o con desviación de poder.

Cont.

preveía que la ley pudiera ampliar su competencia, atribuyéndole conocimiento del contencioso de reparación[6]; esa disposición fue modificada en la reforma constitucional de 1996, y prevé ahora que la acción de reparación de daños causados por actos administrativos se interpondrá ante la jurisdicción que la ley determine[7]. El nuevo texto ha llevado a que se discuta si aquella posibilidad de atribuir a este Tribunal el contencioso reparatorio subsiste o no; se ha sostenido que siendo la función jurisdiccional en principio del Poder Judicial, no existiendo ya aquella previsión constitucional expresa, el contencioso reparatorio corresponde necesariamente a sus órganos; en sentido contrario, se sostiene que la facultad constitucional del legislador de determinar la jurisdicción ante la que se promoverá el contencioso reparatorio de daños causados por actos administrativos comprende la de atribuirla a este Tribunal.

El Tribunal es, hasta hoy, el único órgano competente en todas las acciones de nulidad de actos administrativos. Está actualmente desbordado por un número abrumador de causas de muy distinta trascendencia, desde meras observaciones a funcionarios públicos hasta asuntos de significativa importancia institucional o económica, y una acción de nulidad insume normalmente de dos a tres años. La Constitución prevé que la ley podrá crear órganos inferiores dentro de esta jurisdicción[8], pero hasta hoy no ha ocurrido.

"La jurisdicción del Tribunal comprenderá también los actos administrativos definitivos emanados de los demás órganos del Estado, de los Gobiernos Departamentales, de los Entes Autónomos y de los Servicios Descentralizados".

[6] Constituciones de 1952 y 1967 en su redacción original: "Declarada la anulación o reservada la acción de reparación, en su caso, se podrá promover el contencioso de reparación ante la justicia ordinaria para la determinación del daño causado. La ley, por tres quintos de votos del total de componentes de cada Cámara, podrá ampliar la competencia del Tribunal, atribuyéndole conocimiento del contencioso de reparación".

[7] Art. 312, redacción de la reforma de 1996: "La acción de reparación de los daños causados por los actos administrativos a que refiere el artículo 309 se interpondrá ante la jurisdicción que la ley determine y sólo podrá ejercitarse por quienes tuvieren legitimación activa para demandar la anulación del acto de que se tratare.

"El actor podrá optar entre pedir la anulación del acto o la reparación del daño por éste causado. "En el primer caso y si obtuviere una sentencia anulatoria, podrá luego demandar la reparación ante la sede correspondiente. No podrá, en cambio, pedir la anulación si hubiere optado primero por la acción reparatoria, cualquiera fuere el contenido de la sentencia respectiva. Si la sentencia del Tribunal fuere confirmatoria, pero se declarara suficientemente justificada la causal de nulidad invocada, también podrá demandarse la reparación".

[8] Art. 320: "La ley podrá, por tres quintos de votos del total de componentes de cada Cámara, crear órganos inferiores dentro de la jurisdicción contencioso-administrativa.

"Estos órganos serán designados por el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, conforme a lo que disponga la ley sobre la base de las disposiciones que se establecen para el Poder Judicial y estarán sometidos a su superintendencia directiva, correccional, consultiva y económica".

La competencia posible de estos órganos jurisdiccionales inferiores también ha sido discutida. Se ha sostenido que siendo la función jurisdiccional en principio propia del Poder Judicial, la ley sólo podría atribuirles competencia en la materia que corresponde a su órgano superior, el propio Tribunal, única exceptuada de aquella atribución constitucional de principio: lo anulatorio y eventualmente lo reparatorio si esto último se admitiera como posible competencia del Tribunal. En sentido contrario, se sostiene que lo anulatorio es necesariamente competencia del propio Tribunal y no se podría atribuir a órganos inferiores, de manera que para éstos sólo restaría lo reparatorio de daños causados por actos administrativos. En la tesis más amplia, se sostiene que puesto que serán órganos "dentro de la jurisdicción contencioso-administrativa", su competencia legal podrá tener todo el alcance que cabe atribuir a esa jurisdicción en su significación técnica: conjunto de contiendas sometidas a resolución de un órgano jurisdiccional, regidas por Derecho público, en las cuales es parte una entidad estatal.

C. Órganos del Poder Judicial

El Poder Judicial está integrado por la Suprema Corte de Justicia y Tribunales de Apelaciones, con competencia territorial nacional, Juzgados Letrados con competencia territorial en principio departamental, y Juzgados de Paz con competencia territorial en circunscripciones dentro de los departamentos[9]. La competencia entre Juzgados Letrados y de Paz se deslinda en principio por el monto del asunto, menor para los últimos.

Todos estos órganos jurisdiccionales tienen competencia en materia contencioso administrativa, con exclusión de lo anulatorio que es privativo del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. La Suprema Corte sólo entiende en casación. Los Tribunales de Apelaciones, en los recursos de apelación contra sentencias de Juzgados Letrados. Los Juzgados Letrados conocen en primera instancia, y en apelación contra sentencias de primera instancia de los Juzgados de Paz en asuntos de menor cuantía.

En el departamento de Montevideo, la competencia de los Juzgados Letrados en materia contencioso administrativa superior a cierto monto

[9] Constitución: "Art. 233 – El Poder Judicial será ejercido por la Suprema Corte de Justicia y por los Tribunales y Juzgados, en la forma que estableciere la ley".
"Art. 241 – Habrá los Tribunales de Apelaciones que la ley determine y con las atribuciones que ésta les fije. Cada uno de ellos se compondrá de tres miembros".
"Art. 244 – La ley fijará el número de Juzgados Letrados de la República, atendiendo a las exigencias de la más pronta y fácil administración de Justicia, y señalará los lugares de sede de cada uno de ellos, sus atribuciones y el modo de ejercerlas".
"Art. 248 – En la República habrá tantos Juzgados de Paz cuantas sean las secciones judiciales en que se divida el territorio de los departamentos".

se distribuye entre dos Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo, a los que corresponden las expropiaciones, las acciones de amparo contra entidades estatales y el contencioso de reparación patrimonial, y los Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Civil, que tienen competencia residual; con esta distribución de competencia se crean innecesarias dificultades de determinación del Juez competente, como ocurre cuando existen reclamaciones que pueden encararse como reparación de daños o como reclamo de un crédito de otro origen (ejemplos prácticos reales: la reclamación de los sueldos devengados en el lapso en que un funcionario estuvo ilegítimamente separado de su cargo por una destitución anulada; la reclamación por diferencias de montos jubilatorios fundadas en omisión de liquidar aumento dispuesto legalmente). En el resto de los departamentos, todo el contencioso administrativo superior a cierto monto compete a los Juzgados Letrados de Primera Instancia del Interior, con competencia asimismo en lo civil y en muchos casos también en lo penal.

III. La acción de nulidad

A. Los sujetos y su legitimación

La acción de nulidad, contencioso anulatorio de actos administrativos, es un juicio entre partes que se tramita ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

El actor es el sujeto que ha sido lesionado en su derecho subjetivo o en su interés directo, personal y legítimo[10]. De las normas constitucionales uruguayas resulta que algunas de las más prestigiosas elaboraciones de la doctrina sobre el concepto de "interés legítimo" no son de recibo en nuestro país. Así, no puede intentarse su definición acudiendo al carácter personal del interés, porque el art. 309 muestra que los caracteres de "directo y personal" no integran el concepto de interés "legítimo", sino que se agregan a él. Tampoco puede admitirse que nuestro derecho conciba al interés legítimo como una "situación reaccional" que se perfeccionaría con la violación de una norma, porque del art. 318 de la Carta[11] surge claramente que el interés legítimo

[10] Constitución, art. 309 inc. 3°: "La acción de nulidad sólo podrá ejercitarse por el titular de un derecho o de un interés directo, personal y legítimo, violado o lesionado por un acto administrativo".

[11] Art. 318: "Toda autoridad administrativa está obligada a decidir sobre cualquier petición que le formule el titular de un interés legítimo en la ejecución de un determinado acto administrativo, y a resolver los recursos administrativos que se interpongan contra sus decisiones, previos los trámites que correspondan para la debida instrucción del asunto, dentro del término de ciento veinte días, a contar de la fecha de cumplimiento del último acto que ordene la ley o el reglamento aplicable.
Se entenderá desechada la petición o rechazado el recurso administrativo, si la autoridad no resolviera dentro del término indicado".

preexiste a la actividad ilegítima que lo lesione e incluso a toda actividad, legítima o ilegítima. Ni puede entendérselo como una mera situación procesal legitimante de la promoción de ciertas acciones jurisdiccionales, sino que se lo concibe nítidamente como una situación sustancial.

El interés legítimo, en la concepción de nuestra Constitución, es la situación en que se encuentra el sujeto que pretende de la Administración un comportamiento que le es favorable, pretensión basada en reglas que regulan o encauzan la actuación administrativa de manera tal que si bien aquella pretensión puede ser legítimamente satisfecha, también legítimamente puede no serlo. A diferencia de la situación de derecho subjetivo, entonces, la satisfacción de esta pretensión no es jurídicamente necesaria, porque si bien sería legítimo el comportamiento administrativo satisfactorio, también podrían serlo otros no satisfactorios. Cabe todavía agregar que, puesto que la Administración sólo actúa legítimamente cuando ejerce las potestades que le han sido conferidas con el fin para el cual se le han atribuido, un interés subjetivo sólo podrá calificarse como legítimo cuando su satisfacción coincida con la del interés general directamente tutelado por la norma jurídica atributiva de la potestad en cuestión. El interés legítimo, entonces, para la Constitución uruguaya, no es lesionado en todo caso en que no es satisfecho, sino sólo cuando no lo es por un comportamiento administrativo contrario a derecho (objetivo).

La titularidad de la situación jurídica legitimante o su inexistencia, puede resultar a veces del propio planteamiento de la demanda y de la documentación acompañada, en cuyo caso podrá operar como condición de admisibilidad de la acción; pero en otros, tal vez los más frecuentes, sólo podrá definirse concluida la causa, en la sentencia definitiva, en cuyo caso condicionará el ingreso a la consideración del fondo del asunto sometido a la jurisdicción del Tribunal.

Demandado en la acción de nulidad es la persona jurídica estatal (Estado como persona pública mayor, Gobiernos Departamentales, Entes Autónomos o Servicios Descentralizados) a la que pertenece el órgano que dictó el acto administrativo cuya declaración de nulidad pretende el actor.

La acción no se dirige en calidad de demandado al beneficiario del acto cuya anulación se persigue, cuando existe. Puede comparecer como tercerista coadyuvante con la Administración demandada si tiene oportuno conocimiento de la existencia de la acción, y puede ser citado a comparecer a instancia del actor o del demandado, pero esta citación no está impuesta constitucional ni legalmente. Esta última circunstancia puede dar lugar a verdaderas situaciones de indefensión, que efectivamente se producen en la práctica, cuando son

afectados por la anulación terceros que no han sido parte en una causa en que el único demandado necesario es la propia Administración.

B. Condiciones de admisibilidad de la acción

1. Agotamiento previo de la vía administrativa

La acción de nulidad no es admisible si antes no se ha agotado la vía administrativa, mediante la interposición por el lesionado de todos los recursos administrativos que correspondan[12] y su resolución por los órganos administrativos competentes. Con ello, el acto administrativo adquiere el carácter de definitivo requerido por el art. 309 de la Carta[13].

Los recursos administrativos que corresponden en cada caso dependen del órgano que ha dictado el acto agraviante y de la naturaleza jurídica del sistema orgánico a que el órgano pertenece[14]. Contra todos los actos administrativos corresponde el recurso de revocación, cualquiera sea el órgano que lo haya dictado, que debe interponerse dentro de los diez días siguientes a la notificación o publicación del acto. Si ese órgano está sometido

[12] Constitución, art. 319 inc. 1°: "La acción de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, no podrá ejercitarse si antes no se ha agotado la vía administrativa, mediante los recursos correspondientes".

[13] Decreto-ley N° 15.524, art. 24: "Los actos administrativos, a los efectos de la acción anulatoria, adquieren carácter de definitivos cuando a su respecto se ha agotado la vía administrativa con la resolución expresa o ficta recaída sobre el o los recursos que correspondan, conforme a lo regulado en el capítulo sobre el cumplimiento de aquel presupuesto.
Dichos actos constituyen la última expresión de voluntad del órgano del Estado, Ente Autónomo, Servicio Descentralizado o Administración Municipal, manifestadas en función administrativa y deben producir efectos jurídicos, esto es, ser creadores de la situación jurídica lesiva que se resiste con la acción de nulidad.
A los mismos efectos se consideran comprendidos entre los actos administrativos definitivos procesables, aquellos que hacen imposible o suspenden en forma indefinida la tramitación, decidiendo así, directa o indirectamente, el fondo del asunto".

[14] Constitución, art. 317: "Los actos administrativos pueden ser impugnados con el recurso de revocación, ante la misma autoridad que los haya cumplido, dentro del término de diez días, a contar del día siguiente de su notificación personal, si correspondiere, o de su publicación en el Diario Oficial.
Cuando el acto administrativo haya sido cumplido por una autoridad sometida a jerarquías, podrá ser impugnado, además, con el recurso jerárquico, el que deberá interponerse conjuntamente y en forma subsidiaria, al recurso de revocación.
Cuando el acto administrativo provenga de una autoridad que según su estatuto jurídico esté sometida a tutela administrativa, podrá ser impugnado por las mismas causas de nulidad previstas en el artículo 309, mediante el recurso de anulación para ante el Poder Ejecutivo, el que deberá interponerse conjuntamente y en forma subsidiaria al recurso de revocación.
Cuando el acto emane de un órgano de los Gobiernos Departamentales, se podrá impugnar con los recursos de reposición y apelación en la forma que determine la ley".
La legislación vigente identificó los recursos de reposición y apelación en materia departamental, con los de revocación y jerárquico en materia nacional; de manera que todo lo que se diga sobre estos dos últimos es enteramente aplicable a los dos primeros, respectivamente.

a jerarquía, deberá interponerse además el recurso jerárquico, conjuntamente y en subsidio. Si el sistema orgánico a que el órgano pertenece es un Servicio Descentralizado[15], corresponderá interponer además el recurso de anulación para ante el Poder Ejecutivo, conjuntamente y en subsidio del de revocación si el acto emanó del jerarca del Servicio, o de los de revocación y jerárquico si emanó de un órgano del Servicio sometido a jerarquía. Si se han interpuesto todos los recursos pertinentes en el caso, y si no se hubiera dictado resolución por la autoridad competente para ello sobre el último de esos recursos, la vía administrativa se tendrá por agotada mediante denegatoria ficta producida por silencio administrativo cuando hayan transcurrido los siguientes plazos contados desde el siguiente a la interposición: 150 días si se ha interpuesto un solo recurso, 200 días si han sido dos, y 250 días si han sido tres[16].

2. Accionamiento en plazo

La Constitución remite a la ley el establecimiento del plazo de caducidad de la acción de nulidad[17]. La ley vigente[18] dispuso que la demanda de anulación debe interponerse, so pena de caducidad, dentro de los sesenta días corridos siguientes a la notificación del acto expreso que ponga fin a la vía administrativa, o de la configuración de la denegatoria ficta final. Sin perjuicio de ello, todo acto expreso posterior al agotamiento de la vía administrativa que confirme, interprete o modifique el acto originariamente recurrido o el que agotó la vía administrativa sin poner fin al agravio, reabre un plazo de sesenta días a partir de su notificación para promover la acción.

3. Impugnabilidad del acto

Conforme a la Constitución[19], son impugnables todos los actos administrativos, entendiendo por tales los actos jurídicos emanados de cualquier órgano estatal en ejercicio de función administrativa: dictados de oficio o a petición de

[15] Los Servicios Descentralizados son, junto a los Entes Autónomos, las dos formas de Administraciones descentralizadas por servicios previstas y reguladas bastante minuciosamente por la Constitución. Por razones de contexto, se interpreta que la referencia del art. 317 a "autoridad ... sometida a tutela administrativa" alude a los Servicios Descentralizados, cuya diferencia actual más importante con los Entes Autónomos, junto a otras menores, es precisamente la procedencia de ese recurso ante el Poder Ejecutivo.

[16] Los plazos engloban el correspondiente para instruir, y el pertinente para decidir. Estos plazos han sido establecidos por la Ley N° 17.292, de 25 de enero de 2001, que interpretó que el plazo de 120 días para resolver del art. 318 de la Carta transcripto más arriba solo refiere al recurso de revocación; con anterioridad, los mismos plazos eran de 150, 300 y 450 días, porque se computaba ese plazo para cada recurso, más el plazo para instruir.

[17] Art. 319, inc. 2°: "La acción de nulidad deberá interponerse, so pena de caducidad, dentro de los términos que en cada caso determine la ley".

[18] Ley N° 15.869, de 22 de junio de 1987, art. 9°.

[19] Art. 309 incs. 1° y 2°, transcriptos en nota anterior.

interesado, generales o subjetivos, abstractos o concretos. La improcedencia de la acción debe por ende resultar en principio de otra disposición constitucional, sin perjuicio de que en ciertos casos sea la consecuencia de la propia naturaleza de la acción o de la naturaleza o contenido de ciertos actos.

La propia Carta excluye de la acción de nulidad la destitución de directores de Entes Autónomos y Servicios Descentralizados dispuesta por el Poder Ejecutivo en circunstancias determinadas. La jurisprudencia del Tribunal, desde su creación, excluyó de su jurisdicción los "actos de gobierno", solución que cuenta hoy con respaldo legal expreso[20]; la calificación del acto impugnado como "de gobierno" corresponde al propio Tribunal, cuyo criterio es en la actualidad saludablemente muy restrictivo. Recogiendo asimismo soluciones consagradas por la jurisprudencia del Tribunal, la ley vigente[21] agrega otros actos exceptuados de la jurisdicción anulatoria: los que denieguen reclamos de cobro de pesos, indemnización por daños y perjuicios causados por hechos de la Administración, devolución de pagos indebidos o reconocimiento de compensaciones de adeudos, imputación de créditos a pagos futuros o reclamos similares; son hipótesis en que, en realidad, la acción de nulidad no está excluida por la naturaleza de los actos, sino por el contenido del fallo con que culmina la acción anulatoria, inadecuado para satisfacer la pretensión del interesado, quien tiene abiertas las acciones declarativas o de condena ante el Poder Judicial fundadas en su derecho subjetivo.

El acto impugnado debe ser agraviante, como creador de la situación jurídica lesiva que se resiste con la acción[22]. Por ello no son objeto de la acción de nulidad las resoluciones meramente reiterativas o denegatorias de peticiones de revocación o modificación de otras anteriores no impugnadas en tiempo hábil. Sin perjuicio de que esta calidad pueda resultar en algún caso de la propia demanda, en general el carácter agraviante del acto no será objeto de pronunciamiento liminar sino en la sentencia definitiva.

C. Trámite procesal de la acción de nulidad

Esta presentación de los fundamentos constitucionales del contencioso administrativo uruguayo se refiere a sus aspectos de fondo y no a los procesales. En este aspecto tan solo se dirá que la acción se sustancia como un juicio ordinario escrito, cuyas etapas son: a) demanda; b) contestación; c) apertura de un período de prueba en que las partes pueden proponer cualquiera admisible por derecho que entiendan pertinente y el Tribunal procede a su diligenciamiento; d) alegatos de las partes, sucesivamente y por su orden; e)

[20] Decreto-ley N° 15.524, art. 26.
[21] Decreto-ley N° 15.524, art. 27.
[22] Decreto-ley N° 15.524, art. 24, transcripto en nota anterior.

informe del Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, asesor independiente del Tribunal que emite su opinión con total autonomía técnica[23]; f) sentencia del Tribunal sobre el fondo, definitiva e inapelable.

D. Medida cautelar: suspensión de la ejecución del acto impugnado

La ley ha conferido al Tribunal la potestad de decretar una única medida cautelar: la suspensión transitoria de la ejecución del acto impugnado[24]. La suspensión debe ser peticionada por el actor en una única oportunidad procesal: con la demanda, y se sustancia y resuelve en vía incidental.

Las causales en que el Tribunal puede fundar su decisión de suspender la ejecución del acto son dos taxativamente mentadas en la ley:

1. que la ejecución fuera susceptible de causar al actor daños calificables como graves, que además fueran superiores a los que la suspensión podría ocasionar a los intereses en atención a los cuales le fue conferida la concreta potestad ejercida al dictar el acto de que se trate. Esta causal de suspensión impone al Tribunal "balancear" los daños que sufriría el actor con la ejecución del acto, que deben ser graves, y los que sufrirían con la suspensión los intereses que la Administración debió tener en cuenta al dictarlo. Esta interpretación, acorde con los principios que rigen la actividad administrativa, es la que debe adjudicarse a la confusa referencia legal a "la organización y funcionamiento del órgano involucrado", que de aplicarse literalmente conduciría a resultados inadmisibles; y

[23] Constitución: "Art. 314. Habrá un Procurador del Estado en lo Contencioso-Administrativo, nombrado por el Poder Ejecutivo.
"Las calidades necesarias para desempeñar este cargo, las prohibiciones e incompatibilidades, así como la duración y dotación, serán las determinadas para los miembros del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo".
"Art. 315. El Procurador del Estado en lo Contencioso-Administrativo será necesariamente oído, en último término, en todos los asuntos de la jurisdicción del Tribunal.
El Procurador del Estado en lo Contencioso-Administrativo es independiente en el ejercicio de sus funciones. Puede, en consecuencia, dictaminar según su convicción, estableciendo las conclusiones que crea arregladas a derecho".

[24] La norma vigente es la Ley N° 15.869, de 22 de junio de 1987: "Art. 2º. El Tribunal de lo Contencioso Administrativo, a pedido de la parte actora, que deberá formularse con la demanda y previa sustanciación con un traslado por seis días a la parte demandada, podrá decretar la suspensión transitoria, total o parcial, de la ejecución del acto impugnado, siempre que la misma fuere susceptible de irrogar a la parte actora daños graves, cuyo alcance y entidad superen los que la suspensión pudiere ocasionar a la organización y funcionamiento del órgano involucrado.
La posibilidad de percibir la correspondiente indemnización no impedirá que, atendidas las circunstancias del caso, el Tribunal disponga la suspensión.
Dicha suspensión también podrá ser decretada por el Tribunal cuando, a su juicio, el acto impugnado aparezca, inicialmente, como manifiestamente ilegal.
La decisión del Tribunal, en este caso, no importará prejuzgamiento".

2. que el acto impugnado aparezca inicialmente como manifiestamente ilegal. El Tribunal ha entendido que la ilegalidad es "manifiesta" cuando es nítida, categórica, evidente, por encima de toda duda razonable. No es necesario, en esta hipótesis, valorar la gravedad del daño que el acto es susceptible de causar al actor, ni compararlo con el que causaría la suspensión. La manifiesta ilegalidad constituye una causal de suspensión por sí misma, que se justifica plenamente; no puede tener lugar la presunción de legitimidad que fundamenta la ejecutividad del acto administrativo, cuando la ilegalidad es manifiesta.

E. Sentencia definitiva

El Tribunal es exclusivamente juez de legalidad y nunca de mérito. Su pronunciamiento es un acto jurídico emitido en ejercicio de función jurisdiccional, por ende una sentencia que produce cosa juzgada.

1. Contenido de la sentencia

La sentencia definitiva sólo puede desechar la pretensión del actor y "confirmar" el acto impugnado, o de lo contrario anularlo; en ningún caso puede reformarlo, aunque se admite la anulación parcial en tanto no signifique una reforma de la sustancia del acto[25].

La "confirmación" del acto administrativo por el Tribunal no modifica por supuesto su naturaleza jurídica, transformándolo en un acto jurisdiccional, pero sí hace cosa juzgada sobre su legitimidad; de manera que en el futuro la Administración no podrá revocarlo por ilegítimo, pero sí por mérito si fuera posible conforme a derecho.

2. Causales de anulación

La anulación es pertinente cuando el acto es contrario a derecho y el vicio tiene relevancia suficiente para ameritar su extinción. La Constitución y también la norma legal reglamentaria parecen incluir la ilegitimidad del acto como uno de los presupuestos de admisibilidad de la acción[26], pero obviamente se trata de un requisito para que el fallo sea anulatorio, que se aprecia al dictar la sentencia definitiva.

[25] Constitución, art. 310 inc. 1º: "El Tribunal se limitará a apreciar el acto en sí mismo, confirmándolo o anulándolo, sin reformarlo".

[26] Constitución, art. 309 inc. 1º, transcripto en una nota anterior. Decreto-ley N° 15.524, art. 23: "En particular, y sin que ello importe una enumeración taxativa, se considerarán objeto de la acción de nulidad: a) Los actos administrativos unilaterales, convencionales o de toda otra naturaleza dictados con desviación, abuso o exceso de poder, o con violación de una regla de derecho, considerándose tal, todo principio de derecho o norma constitucional, legislativa, reglamentaria o contractual".

La Constitución y la norma legal reglamentaria enumeran como causales de nulidad la desviación, el abuso o el exceso de poder, y la violación de una "regla de derecho". Por ende, el Tribunal podrá anular el acto cuando entienda que se ha incurrido en alguno de los vicios siguientes:

– "desviación de poder", que existirá siempre que el "fin querido" por la voluntad de la Administración, apreciado subjetivamente, no coincida con el "fin debido" impuesto por las reglas de derecho atributivas de la potestad ejercida al dictar el acto;

– "abuso o exceso de poder", que existirá toda vez que el acto, apreciado objetivamente, no sea adecuado a los motivos por los que se dictó, o no sea idóneo para lograr el "fin debido" impuesto por las reglas de derecho atributivas de la potestad ejercida al dictar el acto, valorando la adecuación y la idoneidad tanto cualitativa como cuantitativamente con criterios técnicos y de razonabilidad. El Tribunal ha aplicado frecuentemente estos conceptos al juzgar la legitimidad de sanciones disciplinarias, pero ha sido reticente para extenderlos a actos con otros contenidos;

– "violación de una regla de derecho", que existirá siempre que cualquiera de los presupuestos o cualquiera de los elementos del acto objeto de la acción sea contrario o no conforme a lo dispuesto por un principio de derecho o norma constitucional, legislativa, reglamentaria o contractual.

3. Intereses en atención a los cuales la sentencia puede anular el acto impugnado

Los intereses para cuya satisfacción el Tribunal puede anular el acto impugnado, en cuanto concluya que es "contrario a una regla de derecho o con desviación de poder", así como el alcance subjetivo de la sentencia anulatoria, han merecido conjuntamente una de las disposiciones más confusas de la Constitución.

Aquellos intereses en atención a los cuales se puede declarar la nulidad se definen así en el art. 311 de la Carta[27]: a) "por causar lesión a un derecho subjetivo del demandante", es decir en interés del promotor configurado por el derecho positivo como una situación de derecho subjetivo, cuya satisfacción por ende está jurídicamente asegurada; y b) "en interés de la regla de derecho o de la buena administración".

[27] Art. 311: "Cuando el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo declare la nulidad del acto administrativo impugnado por causar lesión a un derecho subjetivo del demandante, la decisión tendrá efecto únicamente en el proceso en que se dicte.
Cuando la decisión declare la nulidad del acto en interés de la regla de derecho o de la buena administración, producirá efectos generales y absolutos".

Esta última expresión es palmariamente muy confusa. La "regla de derecho" no es una entidad subjetiva portadora de intereses; la locución sólo puede interpretarse como una referencia a los intereses en atención a los cuales se dictó la regla de derecho de cuya violación se trate. Por otra parte, existe acuerdo en que la mención de "la buena administración" no significa que el Tribunal pueda declarar la nulidad por razones de mérito; tampoco puede suponerse que la locución "buena administración" se utilice en sentido subjetivo, aludiendo a una entidad portadora de un interés, porque con toda evidencia aquí se está mentando una actividad y no un sujeto. La previsión constitucional significa que, aun cuando la satisfacción del interés en atención al cual se dictó la regla de derecho violada no lo requiera, el acto impugnado, por supuesto ilegítimo, puede anularse "en interés de la buena administración", vale decir de la posibilidad de administrar en forma "útil y a propósito" para cumplir los cometidos de la entidad demandada, adecuada y oportunamente para el logro de sus fines.

Dicho negativamente, la disposición significa que el Tribunal, que no puede anular el acto impugnado por razones de mérito sino por contrariedad con una regla de derecho, tampoco puede hacerlo simplemente para satisfacer el interés del actor, salvo cuando el derecho positivo lo configure como un derecho subjetivo; es necesario que la satisfacción de la pretensión anulatoria promovida por el actor en su propio interés coincida con la satisfacción del interés que la regla de derecho violada pretende tutelar, o bien que la anulación sea conducente a una buena administración. Postulado coherente con el concepto constitucional de "interés legítimo" que en este caso legitima al actor, que como se ha señalado (*supra*, III, *1*), es aquél cuya satisfacción coincide con la del interés general directamente tutelado por la norma jurídica atributiva de la potestad de dictar el acto en cuestión. Si el interés general directamente tutelado por la norma ha sido satisfecho por el acto impugnado, pese a su ilegitimidad, la mera insatisfacción del interés subjetivo del actor, aunque legítimo, no da lugar a la anulación; lo cual suele ocurrir, aunque no necesariamente, cuando se trata de normas instrumentales de organización o de procedimiento, dictadas para tutelar el interés general.

4. Eficacia subjetiva de la sentencia

También está regulada en el art. 311. La disposición no prevé expresamente la eficacia de la sentencia confirmatoria, que por ende sigue la regla de principio de la cosa juzgada: sólo alcanza a quienes han sido partes en el juicio.

El artículo regula la eficacia de la sentencia anulatoria, a la que atribuye "efecto únicamente en el proceso en que se dicte", que se interpreta como *inter partes*, cuando se declare la nulidad "por causar lesión a un derecho subjetivo

del demandante", y en cambio "producirá efectos generales y absolutos" cuando la nulidad se declare "en interés de la regla de derecho o de la buena administración".

Se ha sostenido en la doctrina que los efectos generales y absolutos sólo son posibles cuando a su vez el acto impugnado tenga ese alcance, vale decir sea un acto reglamentario. Sin embargo, es claro que también un acto subjetivo o su anulación pueden afectar los derechos o intereses de varios terceros, v. gr. cuando se trata de varios postulantes a un mismo beneficio, y en tales casos los efectos generales del fallo anulatorio pueden concebirse; y es claro asimismo que la Constitución no utiliza el criterio de la naturaleza general o subjetiva del acto cuando atribuye a la sentencia tales efectos.

Descartado ese criterio, se discute si la dicotomía con que la Carta discrimina los efectos "en el proceso" o "generales y absolutos" es o no la misma que utiliza al enunciar las posibles legitimaciones del actor en el art. 309 inc. 3º, dicotomía que se extendería a la determinación de las mayorías requeridas para anular por el art. 310: por un lado derecho subjetivo, y por otro "interés directo, personal y legítimo". Algunos autores sostienen que ambas dicotomías no se superponen, y que si bien el alcance "en el proceso" obedece a la legitimación del actor por un derecho subjetivo, el efecto "general y absoluto" es ajeno a la legitimación y responde a otro criterio. Otros autores, en cambio, sostienen que la frase "en interés de la regla de derecho o de la buena administración" es una descripción de la concepción del "interés legítimo" del constituyente, como aquél cuya satisfacción coincide con la del interés en atención al cual se dictó la regla de derecho violada y con la actuación administrativa sin desviación de poder, y por lo tanto que ambas dicotomías son coincidentes.

A partir de esas bases, las discrepancias doctrinarias recaen sobre dos aspectos:

– si los efectos generales y absolutos requieren una declaración expresa del Tribunal, o resultan de pleno derecho de la situación subjetiva del actor; esta última posición la postulan, naturalmente, quienes sustentan la identidad de las dos dicotomías antes referidas;

– si los efectos generales y absolutos (resulten automáticamente de la legitimación del actor o de una resolución expresa del Tribunal) sólo pueden existir cuando la situación del actor es de interés legítimo, o también cuando es titular de un derecho subjetivo mediando una resolución expresa del Tribunal en ese sentido.

En verdad, en tres artículos la Carta regula cuatro cuestiones que, aunque obviamente relacionadas, son distintas: en el art. 309 inc. 3º consagra los requisitos de legitimación del actor (*supra*, III, *1*), en el art. 310 las mayorías necesarias para anular el acto (*infra*, III, *5*, letra *e*) y en el art. 311 establece los dos casos en que el Tribunal puede anular el acto impugnado en atención a los intereses afectados (*supra*, III, *5*, letra *c*) y el alcance subjetivo de la anulación en uno y otro caso, que ahora se considera.

Si la expresión "en interés de la regla de derecho o de la buena administración" se identificara con el concepto constitucional de "interés legítimo", entonces las tres dicotomías de los arts. 309 a 311 coincidirían, y el efecto *inter partes* o general y absoluto dependería de la legitimación del actor y quedaría automáticamente definido por ella. Sin embargo, los términos de la dicotomía del art. 311 no parecen necesariamente excluyentes, como sí ocurre con los del art. 309. Si la situación del actor lesionada no configura un derecho subjetivo y sin embargo está legitimado para promover la acción, necesariamente será un "interés legítimo", además personal y directo; las dos posibilidades se excluyen recíprocamente. Pero en cambio, si el actor fue lesionado en un derecho subjetivo, ese es precisamente el interés directamente tutelado por la norma, en la expresión constitucional el "interés de la regla de derecho" contrariada en el caso, con lo cual la locución constitucional tiene un alcance más amplio y comprensivo que la sola situación de interés legítimo. Cuando la norma violada por el acto impugnado confiera derechos subjetivos no solo al actor sino también a otros sujetos en similares situaciones, el "interés de la regla de derecho o de la buena administración" puede justificar la anulación con "efectos generales y absolutos". Entonces, las dos hipótesis del art. 311 no se excluyen recíprocamente, no coinciden por ende necesariamente con las del art. 309 inc. 3º, y el alcance subjetivo de la sentencia anulatoria no depende exclusivamente de la legitimación del actor.

Si la legitimación del actor resultó de la violación de un derecho subjetivo, la sentencia anulatoria tendrá en principio alcance entre las partes (art. 311, inc. 1º), sin requerir declaración alguna del Tribunal al respecto. En cambio, requerirá una declaración expresa en ese caso la anulación "en interés de la regla de derecho o de la buena administración", y producirá entonces "efectos generales y absolutos"; así lo ha hecho mediante declaración expresa en pronunciamientos anulatorios en que el Tribunal afirmó la existencia de violación de derechos subjetivos. Si la situación lesionada no era de derecho subjetivo, la sentencia anulatoria supondrá necesariamente que el Tribunal entendió, expresa o implícitamente, que el actor estaba legitimado por un interés legítimo, personal y directo y que el "interés de la regla de derecho o de la buena administración" justificaba la anulación, y por ende tendrá "efectos

generales y absolutos", sin necesidad de declaración expresa y por directo imperio constitucional (art. 311, inc. 2º).

5. Mayoría requerida para fallar

Para dictar la sentencia definitiva deben concurrir los cinco miembros del Tribunal, pero el número de votos requeridos para acordarla varía según el Tribunal se pronuncie sobre el acto "confirmándolo o anulándolo"[28].

En todo caso bastará la simple mayoría para "confirmar" el acto, así como para declarar su nulidad cuando la legitimación del actor consiste en la violación de su derecho subjetivo (art. 310, inc. 2º).

"En los demás casos", dice la Constitución, se requerirán cuatro votos conformes para pronunciar la nulidad. Puesto que el art. 310, en sus incs. 2º y 3º, se está refiriendo a sentencias anulatorias, las dos hipótesis que se discriminan deben en principio coincidir con las dos en que, conforme al art. 311, el acto puede ser anulado (*supra*, III, *5*, letra *c*) y "los demás casos" en que se requerirán cuatro votos conformes son necesariamente todos aquellos en que se anula "en interés de la regla de derecho o de la buena administración", cualquiera haya sido la legitimación del actor.

6. Reserva de la acción de reparación

La Constitución agrega que en los casos en que se requieren cuatro votos conformes para la anulación y no se logran, y por ende el acto subsiste, el Tribunal "reservará a la parte demandante la acción de reparación, si tres votos conformes declaran suficientemente justificada la causal de nulidad invocada". Están excluidas las hipótesis en que existió violación de un derecho subjetivo del actor, en que tres votos conformes anulan el acto y la acción de reparación queda expedita conforme al art. 312, actual inc. 3º.

La doctrina ha discutido el significado de esta reparación sin anulación, que ocurre cuando la mayoría de los miembros del Tribunal considera que el acto es ilegítimo y sin embargo no se anula. Se ha sostenido que en estos casos, los miembros del Tribunal deberían proceder a una doble votación; en una primera, se votaría por la confirmación o la anulación del acto, y podrían optar por confirmar los miembros que estimen no justificada la causal de nulidad y

[28] Constitución, art. 310, incs. 2º y 3º: "Para dictar resolución, deberán concurrir todos los miembros del Tribunal, pero bastará la simple mayoría para declarar la nulidad del acto impugnado por lesión de un derecho subjetivo.
En los demás casos, para pronunciar la nulidad del acto, se requerirán cuatro votos conformes. Sin embargo, el Tribunal reservará a la parte demandante, la acción de reparación, si tres votos conformes declaran suficientemente justificada la causal de nulidad invocada".

también quienes entendiéndola justificada, consideren que razones de interés público imponen mantener el acto; si no se lograran los cuatro votos para anular quedaría confirmado el acto, y se procedería a una segunda votación por la reserva de la acción de reparación, que ocurriría cuando tres de los miembros consideren justificada la causal de nulidad.

Otra interpretación sostiene que los miembros del Tribunal sólo deben pronunciarse sobre si existe "causal de nulidad" justificada, y el contenido de la sentencia será producto de esa única votación: cuatro votos producirán la anulación, tres la confirmación con reserva de la acción de reparación, y menos de tres sólo la confirmación. Esta interpretación es la ajustada al tenor constitucional, que no prevé ni admite el desdoblamiento del pronunciamiento de los miembros del Tribunal, quienes sólo deben hacerlo por la confirmación o la anulación del acto; pero teniendo presente que la "causal de nulidad justificada" no requiere sólo la ilegitimidad del acto impugnado, sino también la circunstancia de que el "interés de la regla de derecho" en cuya tutela se dictó la norma violada, o el "interés de la buena administración", justifiquen la anulación del acto contrario a la regla de derecho (*supra*, III, *5*, letra *c*). No se trata de que un acto ilegítimo se confirme por razones de interés general; sino que dos miembros del Tribunal entienden que el acto es legítimo, o que siendo ilegítimo no existen razones atinentes al "interés de la regla de derecho o de la buena administración" para anularlo, y por ende no votan por declarar "suficientemente justificada la causal de nulidad invocada" y lo hacen contra la anulación.

La relevancia de que exista o no reserva de la acción de reparación resulta de la relación que la Constitución establece entre las acciones anulatorias y reparatorias, que se analizará más adelante (*infra*, IV, *2*).

7. Eficacia sustancial de la sentencia anulatoria

La calificación de la sentencia que dispone la anulación de un acto administrativo ilegítimo es compleja.

Por supuesto, tiene un contenido declarativo de la situación jurídica preexistente, en cuanto –sobre el presupuesto de determinadas circunstancias de hecho que se dan por verdaderamente ocurridas en virtud de la prueba producida– constata la contrariedad del acto con la regla de derecho, la violación de un derecho subjetivo o lesión de un interés legítimo y el "interés de la regla de derecho o de la buena administración" en la anulación. La doctrina procesalista señala que toda sentencia contiene una declaración, en cuanto establece como verdad una determinada situación de hecho y de derecho como antecedente lógico de la decisión, y la sentencia anulatoria no es en ese sentido una excepción.

Pero la eficacia de la sentencia anulatoria no se agota ciertamente en esa declaración. Salvo en aquellos casos en que la ley declare la nulidad de pleno derecho de ciertos actos administrativos, en el derecho uruguayo los actos ilegítimos y por tales inválidos no son nulos sino anulables, y mientras no se anulen producen efectos.

La anulación de un acto, descripta por sus consecuencias jurídicas, consiste en la supresión definitiva de sus efectos con retroactividad al momento de su perfeccionamiento. Para ello, corresponde restituir en el presente una situación idéntica a la que habría existido si el acto anulado nunca se hubiera dictado. La retroactividad de los efectos de la anulación sólo puede consistir en el restablecimiento en el presente de la situación existente antes de la emanación del acto anulado, de manera que la situación venga a ser, jurídica y materialmente, al presente, a partir de la anulación, tal como si aquel acto no hubiera existido. Como el acto administrativo inválido, pese a su ilegitimidad, estaba produciendo sus efectos jurídicos, el restablecimiento de la situación anterior a su dictado importa una modificación de la situación existente antes de la anulación. La sentencia que la dispone ingresa entonces en la categoría de las constitutivas, mediante las cuales el juez consuma, por acto propio, una modificación en la situación existente previamente, creando, modificando o extinguiendo situaciones jurídicas.

No se ha agotado con lo dicho la eficacia de la sentencia anulatoria. Dictada esa sentencia, la Administración queda vinculada por su eficacia de cosa juzgada, no sólo por el fallo que "declara" la nulidad, sino también por los fundamentos que –aquí sí, estrictamente– declaran cual es –o era– el derecho vigente aplicable a los hechos que se dan por ciertos, porque esos fundamentos constituyen un antecedente lógico inseparable de lo dispositivo, que no puede concebirse sino en necesaria dependencia de aquéllos. Entonces, sencillamente en virtud del "principio de legalidad", la Administración queda obligada frente a todos los que puedan invocar aquella eficacia, a comportarse en la forma que ese derecho vigente le impone. Puede ocurrir que aquel derecho vigente permita a la Administración la opción entre varios cursos de acción igualmente legítimos –uno de los cuales puede o no ser la inactividad–, y entonces subsistirá después de la sentencia el mismo margen de discrecionalidad, que deberá ejercerse ahora sin los vicios –u otros– que llevaron a la anulación del acto. Pero si el derecho vigente le imponía una inactividad y fue contrariado por el dictado del acto anulado, que pese a su ilegitimidad era ejecutable y pudo ser ejecutado total o parcialmente, la Administración estará obligada, como consecuencia de la sentencia anulatoria, a cumplir toda la actividad jurídica y material que sea necesaria para suprimir jurídica y materialmente las consecuencias de aquel acto que no desaparezcan de pleno derecho por el dictado de la sentencia; y si el derecho vigente le imponía una actividad, el conocido como efecto positivo

de la cosa juzgada anulatoria le obligará a cumplirla. Este aspecto de la eficacia de la sentencia anulatoria le hace ingresar en la categoría de las de condena, entendiendo por tales las que imponen el cumplimiento de una prestación, en sentido positivo (dar, hacer), o en sentido negativo (no hacer, abstenerse).

Sin embargo, la eficacia de la sentencia anulatoria encuentra un obstáculo insalvable en la imposibilidad de modificar aquello que materialmente ha ocurrido, o no, en el pasado; no es posible suprimir en su materialidad un acto o hecho realmente ocurrido, o lograr que en la realidad ocurra en el pasado un acontecimiento que no se ha verificado. Cuando esa imposibilidad impide el restablecimiento "*in natura*" actual de la situación jurídica y fáctica que habría existido de no haber tenido lugar el acto anulado, sólo cabe y corresponde la reparación pecuniaria del daño. Este aspecto condenatorio –el de la reparación pecuniaria de los daños– es en nuestro país, por imperio constitucional, ajeno a la sentencia de la acción de nulidad, y es objeto de otro juicio que se interpondrá ante la jurisdicción que la ley determine[29].

F. Ejecución de la sentencia anulatoria

Singular gravedad reviste en el derecho uruguayo el clásico problema de la ejecución de la sentencia anulatoria.

No existe ninguna norma expresa que prevea procedimientos de ejecución de la sentencia anulatoria dictada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo; e invocando con inusitado alcance la disposición constitucional que dispone que "se limitará a apreciar el acto en sí mismo, confirmándolo o anulándolo, sin reformarlo", el Tribunal se ha negado siempre a aplicar los procedimientos de ejecución de sentencias previstos en las normas procesales generales. Sólo admite, a petición de parte, practicar intimación de cumplimiento sin ulteriores consecuencias, y a lo sumo dar cuenta a la Justicia penal a los efectos pertinentes; ninguna de estas medidas, como es comprensible, suelen producir efectos satisfactorios para el actor triunfante.

La cuestión no es sólo la del incumplimiento liso y llano por la Administración, hipótesis en que sólo queda al lesionado la posibilidad de tramitar un nuevo juicio, ahora de reparación patrimonial. Más grave suele ser el "cumplimiento" desviado, la supuesta repristinación de la situación que debiera existir conforme a derecho, con las mismas o con otras ilegitimidades de igual o superior gravedad, que obligan a tramitar nuevas acciones de nulidad contra los actos dictados en sustitución de aquellos anulados. Y así puede ocurrir hasta que se agoten las fuerzas o la vida de los lesionados.

[29] Constitución, art. 312, en sus dos sucesivas redacciones, transcriptas en notas anteriores.

Así, lamentablemente, el contenido constitutivo y de condena de la sentencia anulatoria se desdibuja y debilita por la injustificable negativa del Tribunal de lo Contencioso Administrativo a la adopción de medidas coactivas de ejecución de sus sentencias, que cercena a la función jurisdiccional que tiene constitucionalmente atribuida la potestad que le es inherente, además de juzgar, de hacer ejecutar lo juzgado.

IV. La acción de reparación patrimonial de daños causados por entidades estatales

A. La responsabilidad patrimonial de las entidades estatales

En el derecho uruguayo, por disposición constitucional, la responsabilidad patrimonial por los daños causados a terceros por las entidades estatales recae sobre ellas y no sobre los funcionarios actuantes[30]. La responsabilidad sólo puede recaer sobre los funcionarios si mediara una acción de repetición entablada por la entidad por lo que hubiera debido pagar en reparación, si aquéllos hubieran obrado con culpa grave o dolo[31].

Como es natural, la consagración del principio de responsabilidad de las entidades estatales por los daños que cause su actividad lleva implícita la posibilidad de demandarlas ante un órgano jurisdiccional para lograr forzadamente la reparación. Recogiendo soluciones postuladas doctrinalmente y consagradas jurisprudencialmente desde hace muchos años, la legislación vigente recoge con mucha amplitud las hipótesis causantes de responsabilidad, precisamente al regular la competencia de los órganos del Poder Judicial en la materia[32]. Se enumeran allí, integrando el contencioso de reparación: los daños causados por actos administrativos anulados por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo o respecto de los cuales se haya reservado la acción de reparación, o que hayan sido revocados en vía administrativa por razón de legitimidad, o respecto de los cuales la acción de nulidad no proceda, los causados por hechos u omisiones de la Administración, y los causados por actos legislativos y jurisdiccionales.

[30] Así se interpreta el art. 24 de la Constitución: "El Estado, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados y, en general, todo órgano del Estado, serán civilmente responsables del daño causado a terceros, en la ejecución de los servicios públicos, confiados a su gestión o dirección".

[31] Constitución, art. 25: "Cuando el daño haya sido causado por sus funcionarios, en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio, en caso de haber obrado con culpa grave o dolo, el órgano público correspondiente podrá repetir contra ellos, lo que hubiere pagado en reparación".

[32] Ley N° 15.881, de 26 de agosto de 1987, modificada por la Ley N° 16.226, de 29 de octubre de 1991, arts. 319 a 321.

Se admite también la responsabilidad del Estado en dos hipótesis no enunciadas expresamente en aquella norma legal atributiva de competencia a los órganos del Poder Judicial: la de los daños causados por incumplimiento contractual, y por actos administrativos legítimos en los casos en que algún principio jurídico (por ej., igualdad ante las cargas públicas) determina que el daño no deba ser en definitiva sufrido por quien directamente lo ha padecido.

Como ya se ha expuesto (*supra*, II, 3), entienden en esos juicios en primera instancia los Juzgados de Paz en los de menor cuantía, y en los mayores los Juzgados Letrados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo en Montevideo, órganos especializados, y en los demás departamentos los Juzgados Letrados de Primera Instancia del Interior, órganos de competencia genérica.

B. La acción de reparación patrimonial de daños causados por actos administrativos impugnables mediante acción de nulidad

Ardua cuestión ha sido, en el derecho uruguayo, la vinculación entre la acción de nulidad y la reparatoria de daños causados por actos administrativos.

Desde la creación del Tribunal de lo Contencioso Administrativo por la Constitución de 1952, se acogió por la doctrina ampliamente mayoritaria y por jurisprudencia totalmente unánime la tesis de que la Carta condicionaba la acción reparatoria de los daños causados por actos susceptibles de acción de nulidad a la previa obtención de una sentencia anulatoria o de reserva de la acción de reparación (*supra*, III, 5, c)[33]. Así, se forzaba al lesionado a tramitar la acción de nulidad aun en casos en que sus resultados podrían llegar a ser totalmente estériles, como ocurría cuando los efectos del acto se habían agotado en el pasado y eran de hecho irreversibles, y lo único posible era su reparación patrimonial; o simplemente, cuyos resultados no le interesaban, si sólo aspiraba por cualquier razón a una indemnización del daño.

Es difícil exagerar la gravedad del atentado a los derechos de los particulares y el desmedido privilegio a favor de las entidades estatales que suponía semejante régimen. El particular lesionado por el acto administrativo ilegítimo debía tramitar dos juicios ordinarios, el segundo con la eventualidad de dos instancias, luego de haber aguardado los interminables plazos de agotamiento de la vía administrativa, para obtener una sentencia que condenara al Estado a reparar los daños causados; y todavía, atento al plazo perentorio existente para

[33] Esta fue la interpretación que, del art. 312 de la Carta en su redacción original (transcripto en una nota anterior), impuso con toda su indisputada autoridad científica el maestro E. SAYAGUES LASO.

interponer los recursos administrativos, se podía ver privado para siempre de toda posibilidad de reclamar la reparación de los daños causados por el más arbitrario de los actos de la Administración, si en los diez días corridos siguientes al de la notificación no había interpuesto con esmero y precisión todos los recursos correspondientes para agotar la vía administrativa.

Crecientemente, la doctrina se fue apartando de aquella interpretación constitucional y criticando duramente sus consecuencias, pero la jurisprudencia se mantuvo inconmovible. Fue preciso reformar la Constitución para superar aquella inicua solución.

La Constitución, reformada en este punto[34], no ha desvinculado totalmente las acciones anulatorias y reparatorias. Otorga al lesionado la posibilidad de optar por una u otra, pero no le permite tramitar ambas simultáneamente. Si opta por la acción de nulidad, podrá luego promover la reparatoria si logra una sentencia anulatoria o de reserva de la acción de reparación. Si en cambio opta por esta última, no podrá pedir luego la anulación, cualquiera sea la sentencia que obtenga en ese juicio. Con esto se ha mejorado sustancialmente la situación anterior, pero no se ha logrado una solución satisfactoria, que requerirá otra reforma de la Carta[35].

C. La ejecución de sentencias que condenan a entidades estatales al pago de sumas de dinero

La ejecución de sentencias de condena a una entidad estatal al pago de una suma de dinero choca con la dificultad de la inembargabilidad de todos sus bienes.

Las leyes han consagrado en el tiempo distintas soluciones para esta cuestión. La vigente[36], tal vez la peor de las tantas que han regido en la materia, dispone que ejecutoriada una sentencia que condene al Estado u otra persona pública estatal al pago de una cantidad de dinero líquida y exigible, el órgano judicial

[34] Art. 312 en su nueva redacción establecida en la reforma de 1996, transcripto en una nota anterior.

[35] Todos los Tribunales de Apelaciones han entendido que para demandar la reparación de los daños causados por un acto administrativo se debe agotar previamente la vía administrativa mediante la interposición y resolución de todos los recursos que correspondan (*supra*, III, 2, a). Esta jurisprudencia frustra en buena medida la finalidad perseguida con la reforma del art. 312 de la Carta. La doctrina, en abrumadora mayoría, con una sola excepción, ha señalado que el agotamiento previo de la vía administrativa sólo está consagrado como un requisito para promover la acción de nulidad, sin que norma alguna lo imponga para la acción de reparación.

[36] Código General del Proceso, arts. 400 y 401, en la redacción, respectivamente, de los arts. 51 y 53 de la Ley N° 17.930, del 19 de diciembre de 2005; dichos artículos sustituyeron respectivamente las que habían establecido el art. 29 de la Ley N° 17.296, de 21 de febrero de 2001 y el art. 42 de la Ley N° 17.453, de 28 de febrero de 2002.

comunicará al Ministerio de Economía y Finanzas u organismo demandado "que debe ordenar su pago, a quien la sede jurisdiccional designe, en un plazo de cuarenta y cinco días corridos a partir de su notificación", agregándose que podrán comprometerse gastos "sin que exista crédito disponible" cuando se trate de cumplimiento de sentencias judiciales o laudos arbitrales[37].

El sistema es profundamente insatisfactorio; la orden de pagar nada agrega a la que ya estaba naturalmente contenida en la propia sentencia de condena, y la fijación de un plazo a tal efecto carece de toda efectividad por la inexistencia de medidas compulsivas adecuadas para lograr el cumplimiento.

V. Otras acciones contencioso administrativas ante el poder judicial

Las acciones declarativas de situaciones jurídicas, posesorias, reivindicatorias, u otras que correspondan conforme a los principios generales contra entidades estatales, son competencia de los órganos del Poder Judicial.

Las acciones de condena a una entidad estatal para obtener el cumplimiento de obligaciones de pago de sumas de dinero de cualquier origen –legal o convencional– no reparatorio de daños se tramitan ante los Juzgados del Poder Judicial con competencia general. La ejecución de las sentencias sigue el mismo insatisfactorio régimen explicado (*supra*, IV, 3).

Las pretensiones dinerarias no agotan las posibles contra el Estado. Se puede pretender de una entidad estatal un comportamiento cualquiera al cual se tiene derecho, de origen legal o convencional: derecho al dictado de un acto, o a otro hacer técnico o material. La acción adecuada para la satisfacción de una pretensión con ese contenido es naturalmente una de condena al hacer concreto impuesto por el derecho.

Las acciones con ese contenido no son admitidas en general por la jurisprudencia. Se les objeta que con ellas se pretende que el Juez sustituya a la Administración; objeción inadmisible, porque cuando lo que se pretende de la Administración es una actividad debida, impuesta por el derecho, sin sustituir a la Administración, cumpliendo su función jurisdiccional de decir el derecho y hacerlo cumplir, el Juez debe condenar a hacer lo que el derecho impone. Por supuesto, queda fuera de la decisión jurisdiccional todo lo que sea opción discrecional librada por la norma a la Administración; el Juez no puede condenar al Estado a cumplir uno u otro de los comportamientos legítimamente posibles, pero es perfectamente concebible que incluso en tales casos se condene a la Administración a optar en un plazo determinado por uno u

[37] Art. 52 de la Ley N° 17.930 citada.

otro de los comportamientos comprendidos en el margen de discrecionalidad, obviamente cuando ella no recae precisamente en la posibilidad de decidir o no.

Otra objeción que se formula a este tipo de acciones de condena a un hacer estatal que no sea pagar una suma de dinero, consiste en señalar que el hacer de la Administración suele ser por definición infungible, de manera que si no cumple no hay posibilidad de forzarla a cumplir. Sin embargo, no es cierto que todo hacer impuesto a las entidades estatales sea infungible, y si no lo es podría cumplirse por un tercero a su cargo; si efectivamente lo fuera, el derecho cuenta hoy con medios –como las conminaciones económicas o "astreintes"– para superar la resistencia del deudor.

Pero aparece aquí otro privilegio injustificable del Estado: la ley vigente en Uruguay[38] excluye la aplicación de conminaciones económicas "en aquellos procesos en los que sean parte las personas jurídicas de derecho público". El Estado incumplidor se excluye a sí mismo de los medios que puede utilizar el Juez para imponer a cualquier deudor el cumplimiento de sus obligaciones. Las "astreintes" serían un medio adecuado para lograr el cumplimiento específico de las obligaciones de hacer de las entidades estatales, y con ello para solucionar la señalada cuestión del cumplimiento forzado de las sentencias anulatorias (*supra*, III, 6). Claro que si se admitiera su aplicación, se chocaría después con la dificultad ya señalada, existente para hacer cumplir a las entidades estatales sus obligaciones de pago de sumas de dinero (*supra*, IV, 3).

Este es uno de los puntos neurálgicos de la posible indefensión de un particular frente a una entidad estatal, que puede cuestionar en un caso concreto toda la efectividad de nuestro Estado de Derecho y de sus medios instrumentales de garantía.

VI. Acción de amparo

La doctrina considera que la acción de amparo está admitida directamente por la Constitución, en los preceptos que reconocen el derecho de los habitantes a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad; preceptos que a falta de reglamentación, deben aplicarse recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas[39].

[38] Ley N° 16.170, de 28 de diciembre de 1990, art. 374.

[39] Constitución: "Art. 7° - Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieren por razones de interés general."
"Art. 72 – La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye

Cont.

Sin embargo, la reticencia de la jurisprudencia a admitir esa acción, llevó a que el legislador la regulara expresamente[40]; y sucede que esa regulación legal impone tales requisitos para la procedencia de la acción, y la jurisprudencia los interpreta con tal rigidez, que en la realidad actual ha devenido un medio muy poco efectivo para la tutela de los derechos de los habitantes.

La acción procede contra todo acto, omisión o hecho de las autoridades estatales o paraestatales, así como de particulares que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con ilegitimidad manifiesta, cualquiera de los derechos y libertades reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución, con excepción de los casos en que proceda el "habeas corpus". Se excluyen los actos jurisdiccionales, legislativos y de la Corte Electoral.

Permite obtener, mediante un procedimiento muy abreviado, una sentencia que contenga la determinación precisa de lo que deba o no deba hacerse y el plazo por el cual dicha resolución regirá si corresponde fijarlo, así como el plazo para el cumplimiento de lo dispuesto. Por esta vía es posible entonces obtener decisiones jurisdiccionales que los Jueces no admiten en vía ordinaria, pero ellas dejan a salvo las acciones que pudieran corresponder a cualquiera de las partes con independencia del amparo, respecto a las cuales no hacen cosa juzgada.

Los requisitos de admisibilidad del amparo son muy exigentes, y rígidamente aplicados por la jurisprudencia:

a) debe estar comprometido un derecho o libertad de fuente constitucional;

b) debe existir "ilegitimidad manifiesta"; la jurisprudencia entiende por tal, la ilegitimidad "clara, evidente, inequívoca, grosera, que prácticamente se probara de inmediato, in continenti", que "debe emanar, prima facie, del mismo relato que de los hechos se haga en la demanda"; manifiesto alude "a lo indudable, a lo que claramente se nota, a lo que todos pueden advertir, un resultado de conocimiento al que se llega espontáneamente, sin requerir largos o específicos razonamientos, que aparece sin tropiezos, sin alternativas, para todo el que conoce el orden jurídico"; debe "surgir del expediente a través de una prueba sumaria", "flagrantemente verificable", "espontáneamente

los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno".
"Art. 332. Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas".

[40] Ley N° 16.011 de 19 de diciembre de 1988.

perceptible", "nítida, categórica, por encima de toda duda razonable y al margen de toda controversia", "flagrante, notoria e indiscutible". Todas estas expresiones muestran el rigor con que la jurisprudencia aprecia este requisito;

c) no debe existir otro medio judicial o administrativo que permita obtener el mismo resultado que se procura con la sentencia de amparo, o si existiera, debe ser por las circunstancias claramente ineficaz para la protección del derecho. Se ha discutido si los recursos administrativos, que siempre proceden contra cualquier acto administrativo, excluyen la acción de amparo en virtud de este requisito; la jurisprudencia se inclina a admitir que el amparo procede contra actos administrativos sin que lo excluya la posibilidad de recurrir administrativamente, pero exige que esos recursos hayan sido interpuestos.

VII. Conclusiones: valoración crítica del contencioso administrativo uruguayo

No pueden negarse méritos al contencioso administrativo uruguayo; los más importantes radican en la real independencia de sus órganos jurisdiccionales y en la reconocida imparcialidad y honestidad de sus magistrados. Pero presenta defectos graves que no pueden disimularse.

1. El principal defecto del régimen consiste en la congelación de sus rasgos principales en normas constitucionales, cuya modificación requiere un complejo procedimiento que culmina necesariamente en un pronunciamiento plebiscitario del Cuerpo Electoral. Históricamente, esa constitucionalización tuvo el mérito de poner en funcionamiento de inmediato el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y su jurisdicción anulatoria; pero para lograrlo, la Constitución de 1952 debió regular muchos detalles que, cincuenta años después, conservan soluciones inconvenientes o que plantean difíciles problemas interpretativos. Este congelamiento ha impedido salvar muchos de los defectos que se expondrán seguidamente. La Constitución debería limitarse a reconocer expresamente el derecho a impugnar jurisdiccionalmente todos los actos de la Administración, y dejar lo demás a la regulación legal.

2. La creación de un sistema orgánico jurisdiccional con competencia parcial en lo contencioso administrativo, separado del Poder Judicial, no se justifica cuando se admite, como ocurre indiscutidamente en el Uruguay, que este Poder puede ejercer su jurisdicción incluso respecto del propio Estado y sus entidades menores. Sería preferible hoy unificar ambos sistemas jurisdiccionales dentro del Poder Judicial, manteniendo Tribunales especializados en lo contencioso administrativo. Ello requiere una reforma constitucional.

3. La separación de la acción anulatoria y de la reparatoria de los daños causados por el mismo acto, impuesta en Uruguay por el sistema de doble jurisdicción, no encuentra ninguna justificación técnica y contraría flagrantemente el más elemental principio de economía procesal. Obliga al lesionado a tramitar sucesivamente dos juicios, cada uno de los cuales insume normalmente entre dos y tres años. La posibilidad de unificar ambas pretensiones en una única causa requiere reformar la Constitución uruguaya.

4. El necesario agotamiento de la vía administrativa previamente a la acción de nulidad no está impuesto por la naturaleza de la jurisdicción anulatoria ni por reales necesidades de buena administración. El derecho comparado tiende a darle naturaleza opcional, con efecto suspensivo sobre el plazo de promoción de la acción jurisdiccional. Ningún sistema en el derecho comparado acumula recursos como el uruguayo, ninguno presenta los plazos absurdamente extensos de configuración de la denegatoria ficta exigidos aun con la última reforma legislativa, que los abrevió considerablemente. Modificar este régimen dañino requiere reformar la Constitución.

5. Las medidas cautelares en la jurisdicción anulatoria, limitadas a la suspensión de la ejecución del acto impugnado en casos taxativamente establecidos, son absolutamente insuficientes. Debería darse al Tribunal de lo Contencioso Administrativo la potestad de disponer las que estime adecuadas en cada caso para tutelar los derechos e intereses legítimos comprometidos, con la misma amplitud con que tiende a reconocerlas el Derecho procesal contemporáneo. Esta insuficiencia obedece en buena medida a una limitación que se autoimpone la propia jurisprudencia del Tribunal, y todo indica que su superación requerirá disposiciones legales expresas.

6. Tampoco se justifica la distribución de la materia contencioso administrativa que permanece dentro del Poder Judicial, entre órganos especializados y otros con competencia general. Sería preferible unificar toda la jurisdicción contencioso administrativa en tribunales especializados, con posibilidad de acumular ante ellos en un mismo juicio todas las pretensiones por la misma causa. Esta solución –salvo en cuanto a lo anulatorio– sólo requiere reformas legales.

7. La inexistencia total de medios de ejecución coactiva de las sentencias contra el Estado es de tal gravedad que compromete la efectividad del Estado de Derecho. También en este tema debería reconocerse a los órganos jurisdiccionales competentes en lo contencioso administrativo todos los medios adecuados para imponer la ejecución de lo juzgado, con la amplitud que les adjudica el Derecho procesal actual. También esta gravísima insuficiencia requerirá soluciones legales expresas.

EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA ANULATORIA EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO URUGUAYO

Augusto Durán Martínez

La lucha por el Estado de Derecho, para su instalación primero y su afianzamiento después, llevó en el mundo occidental a establecer un control jurisdiccional sobre toda la actividad del Estado.

En ese contexto es que debe verse la jurisdicción anulatoria de los actos administrativos.

Sin embargo, pese a esos esfuerzos, la ejecución de la sentencia anulatoria de un acto administrativo ha planteado problemas cuando la Administración no cumple espontáneamente. Y esos problemas se agravan cuando la Administración cumple mal la sentencia.

Esta situación, que fue una constante en el mundo durante el siglo XIX y casi todo el siglo XX, tiende a mejorar sobre fines del siglo pasado. La evolución al respecto de Francia y España, por ejemplo, es muy elocuente[1].

Este cambio se produce como consecuencia de la toma de conciencia que existe en la actualidad acerca del valor superlativo de los derechos humanos.

Esa concepción de derechos humanos que comienza a gestarse en el ámbito interno de cada Estado pasa al Derecho Internacional, y de allí retorna y se proyecta con más fuerza sobre los respectivos derechos internos.

Esa nueva visión provocará así en nuestro tema cambios de singular importancia en el derecho positivo, y cuando el derecho positivo no ha reaccionado lo ha hecho la jurisprudencia.

Es que el Estado de Derecho no es un fin en sí mismo sino un instrumento al servicio de la persona humana.

Queda claro que no hay Estado de Derecho sin control jurisdiccional de las actividades estatales. Ese control jurisdiccional se torna ilusorio si las

[1] DURÁN MARTÍNEZ, A.: "Ejecución de la sentencia anulatoria. Una mirada al derecho comparado con la preocupación por el contencioso administrativo uruguayo", en DURÁN MARTÍNEZ, A.: *Estudios de Derecho Público*, Montevideo, 2008, vol. II, págs. 283 y sigs.

sentencias contra el Estado no se cumplen. Por tanto, el incumplimiento de las sentencias por parte del Estado configura un grave atentado contra la persona humana.

La tutela judicial efectiva constituye así un derecho humano que ha provocado una verdadera revolución en nuestro tema.

Precisamente, el artículo 24 de la Constitución española de 1978 recogió en forma expresa este derecho[2] y produjo una importantísima jurisprudencia del Tribunal Constitucional que extrajo de este derecho, entre otros, el derecho de ejecución de las sentencias[3].

En efecto, este Tribunal ha entendido que el derecho a la ejecución de la sentencia "forma parte del derecho a la tutela efectiva, 'ya que, si no fuera así, las decisiones judiciales y los derechos que en ellas se reconocen no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna' (SSTC 152/1990, de 4 de octubre [RTC 1990, 152] y 107/1992, de 1º de julio [RTC 1992, 107])"[4]. Y con acierto, advirtió además el Tribunal que ese derecho a la ejecución de la sentencia trasciende al interés del justiciable, puesto que hace a la esencia del Estado de Derecho. En tal sentido ha expresado: " 'El derecho a la ejecución de sentencias no puede concebirse únicamente como un derecho del particular interesado en la ejecución, sino que también un esencial interés público el que está implicado en ello, como fundamento del Estado de Derecho' (A. 16 julio 1991. Ar. 6335)"[5].

Con razón, así, señaló GONZÁLEZ PÉREZ: "Para el mantenimiento de la justa paz de la Comunidad, lo que se persigue a través de la función jurisdiccional, no basta que los Tribunales dicten sentencia declarando si la pretensión está o no fundada; es necesario que lo mandado en la sentencia sea cumplido. ... Por eso ha podido afirmarse que la ejecución procesal constituye en cierto sentido el punto culminante de la realización del Derecho"[6].

---

[2] El artículo 24.1 dice: "Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión."

[3] MARTÍN REBOLLO, L.: *Leyes administrativas*, 14ª edición. THOMSON-ARANZADI, Pamplona, 2008, págs. 127 y sigs. CORDÓN MORENO, F.: "El sistema procesal en el marco de la Constitución de 1978", en VV.AA.: *20 Años de Ordenamiento Constitucional. Homenaje a Estanislao Aranzadi*. ARANZADI Editorial, Navarra, 1999, págs. 207 y sigs. y pág. 213. GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional)*. CIVITAS, Madrid, 1992, pág. 466.

[4] CORDÓN MORENO: *El sistema*..., loc. cit., pág. 213.

[5] GONZÁLEZ PÉREZ: *Ley de la Jurisdicción* .., pág. 467.

[6] GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios a la ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, CIVITAS, Madrid, 1994, pág. 1289.

Nuestra Constitución nada dice acerca de la ejecución de la sentencia anulatoria de un acto administrativo.

Tradicionalmente, nuestro Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha adoptado una actitud muy pasiva en materia de ejecución de sentencia, lo que ha despertado importantes cuestionamientos doctrinarios[7].

CAJARVILLE PELUFFO, por ejemplo, ha indicado que "invocando con inusitado alcance la disposición constitucional que dispone que 'se limitará a apreciar el acto en sí mismo, confirmándolo o anulándolo, sin reformarlo' el Tribunal se ha negado siempre a aplicar los procedimientos de ejecución de sentencias previstos en las normas procesales generales. Sólo admite, a petición de parte, practicar intimación de cumplimiento sin ulteriores consecuencias, y a lo sumo dar cuenta a la Justicia penal a los efectos pertinentes; ninguna de estas medidas, como es comprensible, suelen producir efectos satisfactorios para el actor triunfante"[8].

Lamentablemente, la actitud del Tribunal no quedó en eso. En efecto, cuando tuvo la oportunidad de elaborar un proyecto de ley, en lugar de aprovechar la vía legislativa para obtener una solución que permitiera tutelar adecuadamente los derechos humanos, como lo hicieron Francia y España, entre otros, optó por congelar su conservadora y poco garantista jurisprudencia.

Véase que el texto propuesto es el siguiente:

> **Artículo 46°**.- (Ejecución de sentencias).- Todos los organismos estatales están obligados a cumplir las sentencias del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, del Tribunal de Apelaciones de lo Contencioso Anulatorio y de los Juzgados Letrados de Primera Instancia de lo Contencioso Anulatorio.
>
> La Administración deberá ejecutar la sentencia anulatoria dentro del plazo de 30 días, desde que quedare firme el fallo respectivo.
>
> A ese efecto, la Administración deberá extraer todas las consecuencias de la anulación dispuesta, y practicar todos los actos jurídicos y todas las operaciones materiales, necesarias para la restauración del orden jurídico violado, con la finalidad de reconstituir la situación que actualmente existiría si el acto anulado nunca hubiese tenido lugar.

[7] VÁZQUEZ, C.: "Ejecución de la sentencia anulatoria", en *Cuarto Coloquio. Contencioso de Derecho Público, Responsabilidad del Estado y Jurisdicción*. Editorial Nueva Jurídica, Montevideo, 1998, págs. 57 y sigs.: CAJARVILLE PELUFFO, J. P.: *Sobre Derecho Administrativo*. F.C.U., Montevideo, 2007, t. II, págs. 577 y sigs. DURÁN MARTÍNEZ, A.: *Contencioso Administrativo*. F.C.U., Montevideo, 2007, págs. 343 y sigs. DURÁN MARTÍNEZ: *Ejecución de la*..., loc. cit., págs. 296 y sigs.

[8] CAJARVILLE PELUFFO: *Sobre Derecho*..., t. II, pág. 577.

> En defecto de lo anterior, el interesado podrá solicitar, y el Tribunal disponer, intimación expresa de ejecución.
>
> Si la Administración persistiere en no ejecutar lo juzgado, el Tribunal dará cuenta a la jurisdicción penal, a los efectos que pudieren corresponder.

Este texto no solo no agrega nada a lo que ya se puede hacer sin él, sino que puede dar pie a que se interprete que el Tribunal en esta materia solo pueda hacer lo allí previsto y que no se pueda aplicar al respecto las vías procesales comunes previstas en el Código General del Proceso para la ejecución de sentencias. Esto, pues, significa una importante involución. Para una solución legislativa como esta es preferible no hacer nada.

Es cierto que en nuestro sistema constitucional la función jurisdiccional corresponde de principio al Poder Judicial. Fuera del Poder Judicial solo puede ejercer legítimamente función jurisdiccional el órgano al cual expresamente la Constitución se la atribuye[9].

También es cierto que esas disposiciones constitucionales que atribuyen función jurisdiccional a órganos no integrantes del Poder Judicial, por ser excepcionales, son de interpretación estricta.

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo no integra el Poder Judicial y ejerce función jurisdiccional, por expresa disposición de la Constitución (arts. 307 y ss.), pero de ello no se sigue la extensión que el Tribunal le ha dado al primer inciso del artículo 310 de la Constitución.

Cuando este artículo dice, "el Tribunal se limitará a apreciar el acto en sí mismo, confirmándolo o anulándolo, sin reformarlo", impide, es cierto, introducir modificaciones al acto impugnado. Nuestro constituyente se inspiró en el *recurso por exceso de poder francés*, con lo que con esta fórmula veda al Juez administrativo los poderes que corresponden en el contencioso de plena jurisdicción. Pero nada impide que en la parte enunciativa de la sentencia se den pautas acerca de cómo se debe ejecutar, como por ejemplo ocurrió en el famoso arrêt RODIÈRE francés (C.E. 26 de diciembre de 1925)[10]. La indicación en la sentencia de cuál es la única solución legítima así como de los contenidos posibles del acto de ejecución no invade la función administrativa[11]. Tampoco

[9] REAL, A.R.: "La función jurisdiccional es privativa del Poder Judicial, salvo excepciones constitucionales expresas", en REAL, A. R.: *Estudios sobre Derecho Administrativo*. Centro Estudiantes de Derecho, Montevideo, 1967, t. II, págs. 267 y sigs.

[10] LONG, M., WEIL, P., BRABANT, G., DELVOLVÉ, P. y GENEVOIS, B.: *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, Paris, 1999, págs. 262 y sigs.

[11] CASSINELLI MUÑOZ, H.: "La función administrativa y los fundamentos de la sentencia anulatoria", en *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, 1967, t. 65, págs. 226 y sigs.. DURÁN MARTÍNEZ: *Contencioso...*, págs. 342 y sigs.

la fórmula del artículo 310 impide al Tribunal adoptar las medidas de ejecución que correspondan que sean connaturales a la función jurisdiccional. En efecto, si la función jurisdiccional consiste en *juzgar y hacer ejecutar lo juzgado*, como surge claramente de los artículos 2 y 6 de la ley Nº 15.750, de 24 de junio de 1985 (Ley orgánica de la judicatura y de organización de los tribunales), sin modificar el acto administrativo impugnado el Tribunal puede adoptar las medidas conducentes a hacer ejecutar sus sentencias anulatorias si la Administración no lo hace espontáneamente. El artículo 310 de la Constitución no impide la adopción de estas medidas.

Debe reconocerse que esta reticencia de nuestro Tribunal en lo que refiere a la ejecución de la sentencia no es una cuestión exclusivamente uruguaya. En Francia y España, por ejemplo, existieron dificultades parecidas.

En Francia, la jurisprudencia entendía que si la Administración no cumplía espontáneamente, el juez del exceso de poder no podía obligarla a ello. La resistencia jurisprudencial se venció con reformas legislativas que facultaron al juez administrativo a dirigir *injonctions* así como imponer *astreintes* (ley Nº 80-539, de 16 de julio de 1980 y ley Nº 95-125, de 8 de febrero de 1995).

En España, la ley de 26 de diciembre de 1956 cometía la potestad de ejecutar la sentencia anulatoria al órgano que hubiese dictado el acto anulado (art. 103).

Esta ley fue así un gran escollo para la ejecución de las sentencias contra el Estado.

Pero la Constitución de 1978 no solo recoge en su artículo 24 el derecho a la tutela judicial efectiva que sino también, en su artículo 117.3, establece: "El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan."

Ante estos nuevos textos se ha entendido que la Constitución modificó profundamente la ley de 1956 en la materia. Claramente corresponde al Juez hacer ejecutar lo juzgado como parte del ejercicio de la función jurisdiccional[12].

Leyendo el artículo 103 de la ley de 1956 luego de la Constitución de 1978, "el Tribunal Constitucional ha señalado que la Administración está obligada a ejecutar las sentencias pero que, al ejecutarlas, el órgano administrativo no

[12] GONZÁLEZ PÉREZ: *Ley de la Jurisdicción...*, págs. 469 y sigs.. MARTÍN REBOLLO, L.: *Leyes administrativas...*, pág. 170.

está ejerciendo, en realidad, una potestad administrativa sino concretando el deber de cumplir los fallos judiciales y colaborando con los Tribunales. Cuando se incumpla esa obligación pasado el plazo previsto, el Tribunal debe adoptar sin dilación las medidas que considere procedentes porque es a él a quien constitucionalmente le corresponde ejecutar lo juzgado, pudiendo requerir las colaboraciones que estime precisas de otros entes públicos o personas privadas, en especial del Estado, pues la sentencia emana de un poder del Estado. Como última posibilidad puede el Tribunal deducir el tanto de culpa que corresponda por el delito de desobediencia (STC 67/1984, de 7 de junio)"[13].

El Tribunal Constitucional incluso fue más lejos. Sostuvo que no solo compete a los Tribunales de toda clase juzgar, sino hacer ejecutar lo juzgado. De tal modo que dichos órganos han de asumir las consecuencias por omisión en el ejercicio de esa asignada potestad cuando la materialización o efectividad de sus mandatos no se produzca, aunque ello obedezca exclusivamente a la pasividad administrativa, principalmente cuando se tenga ocasión de comprobar que la inejecución corresponde a un designio de desobediencia.[14] Claramente el Tribunal Constitucional responsabiliza a los órganos jurisdiccionales por su omisión de hacer ejecutar lo juzgado.

La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) Nº 29/1998, de 13 de julio, recoge esta postura. En efecto, el artículo 103.1 expresa: "La potestad de hacer ejecutar las sentencias y demás resoluciones judiciales corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales de este orden jurisdiccional, y su ejercicio compete al que haya conocido del asunto en primera o única instancia".

Menciono estos ejemplos para mostrar que el mundo ha tropezado con la misma piedra que nuestro país. Y para mostrar que el mundo ha reaccionado, pero nuestro país no.

Se impone al respecto cambios legislativos. Pero aun sin los cambios, la jurisprudencia mucho puede hacer. El ejemplo de España es elocuente.

Es cierto que no tenemos las leyes francesas mencionadas ni la Constitución española rige en nuestra *comarca*. Pero, como se ha dicho, el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho humano. Por tanto, se impone a todo nuestro ordenamiento jurídico. Si alguna duda existiere al respecto, el artículo 72 de la Constitución sirve para despejar cualquier prejuicio.

[13] MARTÍN REBOLLO: *Leyes administrativas*..., pág. 170.
[14] GONZÁLEZ PÉREZ: *Ley de la Jurisdicción*..., pág. 470.

Pero, además, no se puede desconocer el artículo 25 del Pacto de San José de Costa Rica que establece:

> Protección judicial
>
> 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.–
>
> 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Este artículo de la Convención Interamericana de Derechos Humanos es derecho positivo vigente en nuestro país.

Cuando una Convención Internacional ratificada en nuestro país reconoce un derecho humano, CAJARVILLE PELUFFO ha sostenido que a ese derecho hay que asignarle el valor y fuerza del artículo 72 de la Constitución[15]. Personalmente, he entendido que los derechos humanos, todos ellos, son supraconstitucionales[16]; pero por lo menos cabe admitir que tienen rango constitucional, como dice CAJARVILLE PELUFFO.

Este derecho humano a la tutela judicial efectiva y la naturaleza de la función jurisdiccional que consiste no solo en juzgar sino también en hacer ejecutar lo juzgado, habilitan a nuestro Tribunal de lo Contencioso Administrativo a intimar el cumplimiento de las sentencias, a imponer *astreintes* y, en caso de incumplimiento, a disponer las medidas de apremio que correspondan. Y todo ello so riesgo de incurrir en responsabilidad, como lo advirtió lúcidamente el Tribunal Constitucional español. El Tribunal no solo puede sino que debe hacer ejecutar lo juzgado en caso de que sus sentencias no se cumplan espontáneamente.

Sin perjuicio de lo expuesto, veremos a continuación, y a la luz de estos principios, las soluciones legislativas existentes al respecto.

[15] CAJARVILLE PELUFFO, J. P.: "Reflexiones sobre los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya", en BARBÉ PÉREZ, H., REAL, A. R., CAJARVILLE PELUFFO, J. P. y MARTINS, D. H.: *Los principios generales de derecho en el derecho uruguayo y comparado*. F.C.U., Montevideo, 2001, pág. 152.

[16] DURÁN MARTINEZ, A.: *El derecho administrativo entre legalidad y derechos fundamentales*. En prensa.

Sin duda, la fijación de *astreintes* es una vía importante para la ejecución de las sentencias, entre ellas, las anulatorias de actos administrativos, cuando sea preciso dictar actos administrativos para un correcto cumplimiento del fallo jurisdiccional.

El primer acto legislativo que previó los *astreintes* en nuestro país es el decreto-ley Nº 14.978, de 14 de diciembre de 1979[17].

Sin embargo, su artículo 4 exceptuaba su aplicación respecto de las personas de derecho público. En efecto, este artículo decía: "Exceptúanse de la aplicación de esta ley, los procesos en los que sean partes las personas jurídicas de derecho público."

Este artículo 4 fue expresamente derogado por el decreto-ley Nº 15.733, de 12 de febrero de 1985, con lo que no hubo obstáculo alguno para imponer *astreintes* para la ejecución de sentencias contra el Estado.

Posteriormente, el artículo 374 de la ley Nº 16.170, de 28 de diciembre de 1990, complicó las cosas cuando estableció: "Las disposiciones del decreto-ley Nº 14.978, de 14 de diciembre de 1979, no serán aplicables a aquellos procesos en los que sean partes las personas jurídicas de derecho público".

No obstante, adviértase que no es esta la única norma a tener en cuenta. No se puede ignorar al respecto el artículo 374 del Código General del Proceso.

[17] Los aspectos más importantes están en los primeros tres artículos, que dicen:
"**Artículo 1º.** El juez, de oficio o a petición de parte, podrá imponer sanciones pecuniarias conminativas, tendientes a que las partes cumplan sus sentencias.
La sanción se graduará teniendo en cuenta su finalidad esencial de estímulo para el cumplimiento, la demora de éste y el caudal económico de la parte que deba satisfacerla.
El juez, de oficio o a petición de parte y según las circunstancias, podrá moderar o suprimir la sanción impuesta.
Artículo 2º. La sanción será independiente del derecho a obtener el resarcimiento del daño.
Su producto beneficiará a la contraparte del conminado.
Artículo 3º. Cuando lo estime oportuno, de oficio o a petición de parte y comprobada sumariamente la persistencia del incumplimiento, el juez liquidará la sanción a la fecha y autorizará al Alguacil para que haga efectivo el cobro sin demora. Este embargará bienes del deudor en el orden previsto por el artículo 881 del Código de Procedimiento Civil, los hará tasar acto continuo por perito y los asignará a un rematador público para que los venda sobre la base de las dos terceras partes del valor de tasación, dando cuenta.
Si la parte beneficiaria lo solicitare, el importe se adjudicará de inmediato. En su defecto, se depositará en el Banco Hipotecario del Uruguay y en Obligaciones Reajustables, a la orden del juzgado y bajo el rubro de autos, cumpliéndose oportunamente con la adjudicación a que hubiere lugar.
Los recursos interpuestos contra las decisiones referidas en este artículo no tendrán efecto suspensivo."

Este artículo 374 dice:

> **Conminaciones económicas y personales**.
> 374.1 En cualquier etapa del proceso y para el cumplimiento de sus providencias, el tribunal, de oficio o a pedido de parte, podrá adoptar las medidas de conminación o astricción necesarias.
>
> 374.2 Las conminaciones económicas se fijarán por el tribunal en una cantidad en dinero a pagar por cada día que demore el cumplimiento.
>
> El tribunal dispondrá la liquidación de las mismas una vez transcurrido un plazo prudencial. La cuenta pasará al Alguacil del tribunal, el que embargará bienes del deudor suficientes, los hará tasar por perito que designará y los asignará a un rematador público para su remate por los dos tercios de su valor de tasación, de lo que dará cuenta.
>
> Las cantidades se fijarán teniendo en cuenta el monto o la naturaleza del asunto y las posibilidades económicas del obligado, de tal manera que signifiquen una efectiva constricción psicológica al cumplimiento dispuesto.
>
> El tribunal podrá en cualquier momento, de oficio o a pedido de parte, aumentar, moderar o suprimir la conminación establecida.
>
> Las cantidades que se paguen pasarán a un Fondo Judicial que será administrado por la Suprema Corte de Justicia.
>
> 374.3 Las conminaciones personales consistirán en el traslado ante el tribunal por la fuerza pública de los encargados judiciales que no concurran espontáneamente una vez convocados, incluso testigos; así mismo, en el arresto, que no podrá exceder de cuarenta y ocho horas, en los casos que expresamente fije la ley y para la entrega de elementos necesarios para la ejecución dispuesta en la respectiva etapa del proceso.
>
> 374.4 Además de lo anterior, el tribunal podrá elevar los antecedentes al tribunal competente, si estimare que la resistencia a la orden judicial puede encuadrar en alguna figura penal.

El Código General del Proceso resulta de aplicación en subsidio en el ámbito del Tribunal de lo Contencioso Administrativo en los aspectos no regulados por el decreto-ley Nº 15.524, de 9 de enero de 1984, ley Nº 15.869, de 22 de junio de 1987, y Código de Procedimiento Civil, en lo que no resulte incompatible con el sistema procesal impuesto por estas normas, como ha sostenido correctamente el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (Sentencia Nº 183, de 16 de julio de 1991)[18].

[18] DURÁN MARTÍNEZ: *Contencioso...*, pág. 308.

Como no hay ningún impedimento en las leyes indicadas para aplicar el artículo 374 del Código General del Proceso para ejecutar una sentencia anulatoria, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo puede, y debe, proceder a su aplicación.

Véase que el artículo 374 de la ley Nº 16.170 veda la aplicación del decreto-ley Nº 14.978 con relación al Estado, pero nada dice con relación al artículo 374 del C.G.P. Véase además que el régimen de *astreintes* del decreto-ley Nº 14.978 y el del artículo 374 del C.G.P. son distintos. Por lo pronto, el destinatario de los *astreintes* en el decreto-ley Nº 14.978 es la contraparte del conminado, en cambio, en el C.G.P., las cantidades que se paguen pasarán a un Fondo Judicial que será administrado por la Suprema Corte de Justicia. También el procedimiento es distinto.

No procede aplicar el régimen de *astreintes* del decreto-ley Nº 14.978 ni el procedimiento allí previsto, pues está expresamente vedado por la ley Nº 16.170, pero corresponde aplicar el del artículo 374 del C.G.P. Se aplicará así al respecto el procedimiento previsto en el C.G.P. En cuanto al destino de las *astreintes*, es obvio que no beneficiarán a la contraparte del conminado puesto que, como se ha dicho, no corresponde la aplicación del decreto-ley Nº 14.978. No parecería razonable destinar lo recaudado por concepto de *astreintes* al Fondo Judicial administrado por la Suprema Corte de Justicia ya que, en la especie, no estamos en el ámbito del Poder Judicial sino en el del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Lo razonable sería destinar el producido de las *astreintes* al propio Tribunal de lo Contencioso Administrativo. El fundamento de la solución prevista en el artículo 374 del C.G.P. lleva a la ahora propuesta.

Una interpretación *desde* los derechos humanos impone esta solución. Ante dos soluciones posibles, una que lleva a tutelar los derechos humanos y otra que lleva a desconocerlos, corresponde la primera. La interpretación ahora preconizada es la única conforme al derecho a la tutela judicial efectiva.

3. El artículo 112 de la ley española, en redacción dada por el artículo 86.2 de la ley Nº 62/2003, de 30 de diciembre, faculta a los órganos jurisdiccionales de ejecución de sentencias contra el Estado previstos a imponer multa coercitiva a las autoridades, funcionarios o agentes que incumplan los requerimientos del Juzgado, o de la Sala actuante, así como a reiterar estas multas hasta la completa ejecución del fallo judicial, sin perjuicio de otras responsabilidades que se puedan comprometer.

La legislación española permite así la aplicación de *astreintes* no solo a la Administración sino también a los funcionarios responsables de la ejecución

de las sentencias, sin perjuicio de las distintas responsabilidades que puedan verse comprometidas.

Tal solución parece buena. Sería deseable su instrumentación en nuestro derecho positivo. No obstante, estimo que sin ley no sería posible aplicar *astreintes* a los funcionarios. En el estado actual de nuestro derecho positivo, los *astreintes* en el marco de la ejecución de sentencias anulatorias solo se pueden fijar respecto del Estado, pero no respecto de los funcionarios.

Determinada así la procedencia de la fijación de *astreintes* por parte del Tribunal de lo Contencioso Administrativo a fin de hacer ejecutar la sentencia anulatoria, otro problema sale al paso. ¿Qué ocurre si la Administración no cumple la sentencia y tampoco paga *astreintes*? ¿Es posible proceder al embargo de bienes estatales y a su ejecución forzosa?

No es este un problema exclusivamente uruguayo; el mundo tropezó también con la misma piedra.

El artículo 118 de la Constitución española vigente establece: "Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto".

De este artículo, del 117.3 ya aludido que considera que la función jurisdiccional consiste en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado y que corresponde a los órganos jurisdiccionales y, por sobre todo, del artículo 24.1 que recoge el derecho a la tutela judicial efectiva, el Tribunal Constitucional extrajo la inconstitucionalidad de la tradicional inembargabilidad de los bienes del Estado (STC 166/1998, de 15 de julio).

El Tribunal Constitucional partió de la distinción entre bienes dominiales y patrimoniales. Entendió que la inembargabilidad de todos los bienes, incluidos los no afectados naturalmente a un uso o servicio público, no puede considerarse razonable desde la perspectiva del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales que el artículo 24.1 de la Constitución reconoce y garantiza. Admitió así el embargo de bienes patrimoniales excluyendo los dominiales, los comunales y aquellos naturalmente afectados a un uso o servicio público.

Luego de esta sentencia, la nueva legislación acogió esta jurisprudencia constitucional, con lo que se levantó un importantísimo obstáculo para la ejecución de las sentencias contra el Estado[19].

[19] MARTÍN REBOLLO, L.: "1978-1998: Veinte años de Derecho Administrativo post constitucional", en VV.AA.: *20 Años de Ordenamiento Constitucional...*, págs. 258 y sigs. MARTÍN REBOLLO: *Leyes...*, pág. 170.

3. Por su parte, la Corte Europea de los Derechos del Hombre, en el arrêt HORNSBY contra GRECIA, de 1997, consideró que la improcedencia de los embargos contra el Estado dispuesta por ciertas leyes era contraria al principio de igualdad recogido en el artículo 6 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre[20].

Por cierto que resulta ocioso destacar la importancia de este pronunciamiento jurisdiccional.

En nuestro país, el Código General del Proceso en su artículo 381, al mencionar los bienes inembargables, en su numeral 8) incluye "las propiedades y rentas públicas y municipales".

Esta norma, que repugna a los espíritus más esclarecidos, alentó inteligentes intentos doctrinarios y jurisprudenciales para acotar sus alcances[21].

Esta solución es un resabio de posturas legislativas provenientes del siglo XIX que no se adecuan al régimen imperante en el siglo XXI.

La inembargabilidad de los bienes estatales aparece por primera vez en nuestro país en plena época del Estado Liberal de Derecho. El Estado, al no intervenir en el mercado, no competía con los particulares, con lo que no se planteaban problemas en este punto de cara al derecho de la competencia, que quedaba relegado al ámbito privado.

Con el advenimiento del Estado Benefactor, el Estado interviene en el mercado vendiendo bienes y prestando servicios y, cuando lo hace, en general desplaza al particular. Por esta razón, tampoco se producen problemas con relación al derecho de la competencia.

Pero cuando desaparece el Estado de Bienestar, y la ley impone el derecho de la competencia para todas las personas cualquiera sea su naturaleza que actúen en el mercado, primero por los artículos 13 y siguientes de la ley Nº 17.243, de 29 de junio de 2000, y luego, con más profundidad, por la ley Nº 18.159, de 20 de julio de 2007, el desajuste es manifiesto. No es posible que una persona que actúe en régimen de competencia si no cumple con sus obligaciones pueda ser embargada y ejecutada y otra no. La violación al principio de igualdad que

[20] COSTA, J. P.: *L'exécution des décisions juridictionnelles*, en *La Revue Administrative 52e. Année*, PUF, Paris, 1999, Numéro spécial. 1/1999, *Évolutions et révolutions des contentieux administratifs,* págs. 69 y 75.

[21] ETTLIN, E., GONZÁLEZ LANGONE, D.: "Embargo al Estado y a los Gobiernos Departamentales para el cumplimiento forzoso de las sentencias en condena a pagar sumas de dinero", en *La Justicia Uruguaya*, año 2004, t. 129, D, págs. 15 y sigs.

señalaba la Corte Europea de los Derechos del Hombre en el arrêt HORNSBY contra GRECIA (1997) se produce también en esta solución uruguaya.

Este artículo fue objeto de una interpretación legislativa que en un sentido mejora las cosas pero en otro las empeora. En efecto, el artículo 478 de la ley Nº 17.930, de 19 de diciembre de 2005, en su segundo inciso estableció: "Declárase ... que la expresión 'Propiedades y rentas públicas y municipales', utilizada en el ... artículo 381 numeral 8º del Código General del Proceso, comprende toda clase de bienes, cuentas o créditos del Estado o de los Municipios (artículo 460 del Código Civil)."

Véase que la ley refiere al Estado y a los Municipios. Es obvio que el término *Municipio* no está tomado en su sentido técnico jurídico[22], sino como sinónimo de Gobierno Departamental, ya que son estos los que poseen personería jurídica y no los Municipios. Pero cualquiera sea el significado que se le deba dar aquí al término *Municipio* queda claro que el término *Estado* debe tomarse en su sentido restringido, comprendiendo únicamente a la persona pública estatal mayor.

Si la palabra *Estado* se debe tomar en sentido restringido, no quedan comprendidos en esta norma los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados. Por tanto, los bienes de estos no quedan alcanzados por la inembargabilidad. Como la inembargabilidad es una medida de excepción, es de interpretación estricta; por tanto, al no quedar comprendidos los bienes de los Entes Autónomos y de los Servicios Descentralizados entre aquellos que la ley considera inembargables, pueden ser embargados. En principio todo bien es embargable; para que no lo sea, se requiere una disposición legal que expresamente así lo establezca. Con esta ley queda claro que los bienes de los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados no figuran entre los inembargables.

El aspecto positivo de esta ley es que despeja toda duda respecto a la posibilidad de embargar y ejecutar bienes de Entes Autónomos y Servicios Descentralizados. El aspecto negativo es que con relación a los bienes del Estado y de los Gobiernos Departamentales se entorpecen los esfuerzos doctrinarios tendientes a encontrar una solución más acorde a los derechos humanos.

Precisamente, desde esta perspectiva es que hay que abordar la cuestión. Desde el momento que el artículo 25 del Pacto de San José de Costa Rica recoge el derecho a la tutela judicial efectiva; desde el momento que este derecho es

[22] DURÁN MARTÍNEZ, A.: "Los Gobiernos Departamentales en la perspectiva de la reforma constitucional de 1997", en *Estudios de Derecho Público*, Montevideo, 2004, vol. I, págs. 295 y sigs.

considerado sin duda alguna un derecho humano; desde el momento que los derechos humanos están comprendidos en el artículo 72 de la Constitución, por lo que gozan del mismo sistema de protección que las normas constitucionales, la ley que dispone la indiscriminada inembargabilidad de los bienes del Estado y de los Gobiernos Departamentales sin distinguir, como se hace en España, entre bienes del dominio público y los de dominio privado del Estado, adolece de una clara inconstitucionalidad y así debe ser declarada por la Suprema Corte de Justicia.

Esa inconstitucionalidad se produce por desconocimiento del derecho a la tutela judicial efectiva, y en las actividades regidas por el derecho de la competencia, además, por desconocimiento del principio de igualdad[23].

En suma, conforme a lo expresado, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo no solo puede, sino que debe, hacer ejecutar lo juzgado en ejercicio natural de la función jurisdiccional asignada por la Constitución de la República.

En tal caso, de no cumplir espontáneamente la Administración una sentencia anulatoria al omitir dictar los actos de ejecución necesarios, el Tribunal puede conminarla a ello e imponer, incluso, *astreintes*.

De persistir el incumplimiento, el Tribunal puede, para el cobro de los *astreintes*, si la entidad demandada es un Ente Autónomo o Servicio Descentralizado, embargar y ejecutar sus bienes. Si el demandado es el Estado o un Gobierno Departamental, este embargo y ejecución solo podrían efectuarse en caso de bienes del dominio privado, previa declaración de inconstitucionalidad del numeral 8º del artículo 381 del Código General del Proceso y del segundo inciso del artículo 478 de la ley Nº 17.930 ya citada, lo que podrá plantearse por cualquiera de las vías previstas en la Constitución, incluso en el mismo procedimiento de ejecución.

Estas potestades del Tribunal de lo Contencioso Administrativo se derivan, como se ha dicho, de la esencia misma de la función jurisdiccional que la Constitución le ha asignado y se fundamentan en el derecho humano a la tutela judicial efectiva.

El fundamento de derecho positivo del derecho a la tutela judicial efectiva radica en el artículo 72 de la Constitución y artículo 25 del Pacto de San José de Costa Rica. La potestad jurisdiccional del Tribunal de lo Contencioso Administrativo surge de los artículos 307 y siguientes de la Constitución de la República. La potestad de hacer ejecutar lo juzgado, que posee el Tribunal

[23] DURÁN MARTÍNEZ, A.: *Algunas cuestiones relativas a la responsabilidad del Estado por incumplimiento de sentencias*, en prensa.

de lo Contencioso Administrativo, como inherente a la función jurisdiccional se desprende de la interpretación armónica de los artículos 1, 2 y 6 de la ley Nº 15.750, de 24 de junio de 1986. La potestad de aplicar *astreintes* surge del artículo 374 del Código General del Proceso. La posibilidad de embargar y ejecutar bienes de los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados se desprende del artículo 478 de la ley Nº 17.930, de 19 de diciembre de 2005. La posibilidad de embargar bienes del Estado y de los Gobiernos Departamentales que no sean del dominio público, deriva de la inconstitucionalidad del numeral 8 del artículo 381 del Código General del Proceso y del artículo 478 de la ley Nº 17.930, en cuanto descarta tales embargos, por clara violación al derecho a la tutela judicial efectiva y también, por lo menos en algunos casos, por violación al principio de igualdad.

La misión primordial del Juez radica en resolver un conflicto concreto. Pero si lo hace bien cumple una importantísima función educativa.

El día en que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo fije *astreintes* ante la omisión de la Administración de cumplir una de sus sentencias y ante la persistencia de ese incumplimiento, embargue y ejecute para cobrar esas *astreintes*, habrá prestado al Estado de Derecho el servicio más grande de los brindados desde su creación en 1952.

DEBERES Y DERECHOS DE LOS USUARIOS DE SERVICIOS PÚBLICOS EN URUGUAY

Carlos E. Delpiazzo

I. Introducción

En la medida que no existe en el Uruguay una normativa específicamente dedicada a regular orgánicamente el estatuto jurídico de los receptores de servicios públicos prestados por el Estado o por su cuenta, no es tarea sencilla describir sus deberes y derechos.

Pero menos sencilla aún resulta la labor de determinar qué se considera servicio público hoy en nuestro país y quiénes son sus usuarios.

Por eso, previo a presentar el elenco de deberes y derechos que conforman la situación jurídica del sujeto en el caso, se impone definir cada uno de los dos términos que están en la base de la cuestión a estudiar: el servicio público y el usuario.

II. Mutación del concepto de servicio público

A. Enfoque tradicional

En la doctrina uruguaya, ha sido tradicional estudiar al servicio público como uno de los tipos de cometidos estatales, junto a los llamados cometidos esenciales, los servicios sociales, la actuación estatal en el campo de la actividad privada y los aspectos administrativos de la regulación de ésta[1].

Los componentes de dicha clasificación –de gran arraigo en el país– pueden resumirse de la siguiente forma[2]:

---

[1] SAYAGUES LASO, E.: *Tratado de Derecho Administrativo*. Montevideo, 1963, tomo I, págs. 52 y sigs. PRAT, J. A.: *Derecho Administrativo*. Acali, Montevideo, 1977, tomo I, pág. 93 y tomo VI, vol. 1. ROTONDO TORNARIA, F.: *Manual de Derecho Administrativo*. Edit. Universidad, Montevideo, 1985), tomo I, págs. 22 y sigs. CAJARVILLE PELUFFO, J. P.: "Apuntes sobre funciones y cometidos del Estado", en *Rev. Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo III, Nº 18, págs. 345 y sigs.

[2] DELPIAZZO, C. E.: *Derecho Administrativo Uruguayo*. Porrúa - UNAM, México, 2005, págs. 321 y sigs.; y *Derecho Administrativo Especial*. A.M.F., Montevideo, 2006, volumen 1, págs. 19 y sigs.

1. los cometidos esenciales son aquellos inherentes al Estado en su calidad de tal, que no se conciben sino ejercidos directamente por el mismo y cuyo régimen jurídico está pautado por la intensidad de las facultades de la Administración en relación al desenvolvimiento de los mismos, que ponen a los integrantes del cuerpo social en la situación de *súbditos*;

2. los servicios públicos son aquellos desarrollados por entidades estatales o por terceros mediante su mandato expreso (a través de una concesión), para satisfacer necesidades colectivas impostergables mediante prestaciones suministradas directa e inmediatamente a los individuos bajo un régimen predominantemente de Derecho público, cuya determinación requiere de un acto legislativo, tanto desde el punto de vista material como formal por cuanto implica sustraer la actividad respectiva del campo de la actividad privada, encontrándose sus destinatarios o *usuarios* en una situación estatutaria, por cuanto la utilización del servicio respectivo los ubica en un régimen predeterminado;

3. los servicios sociales son aquellos desarrollados por entidades estatales o por particulares (a título de derecho propio) con fines eminentemente sociales, en un régimen que no es íntegramente de Derecho público, cuyos destinatarios se encuentran en calidad de *beneficiarios*;

4. la actuación estatal en el campo de la actividad privada, especialmente en materia económica, nos ubica ante las tareas concretas que, en el ejercicio de la función administrativa, la Administración asume directamente, mediante autorización legal, o indirectamente, mediante la nacionalización de empresas o la participación en entidades privadas, en libre competencia (salvo monopolio), bajo un régimen predominante de Derecho privado (sin excluir al Derecho público), fundamentalmente en lo que refiere a la faz organizativa, y cuyos destinatarios se encuentran en posición de *clientes*; y

5. los aspectos administrativos de la regulación de la actividad privada refieren a aquellas tareas concretas de estimulación, constatación, orientación y fiscalización que la Administración realiza complementando la mera formulación de normas reguladoras, ante las cuales los habitantes suelen llamarse genéricamente *administrados* aún cuando esta denominación puede considerarse abarcativa de todas las anteriores.

La aludida definición de servicio público **en sentido estricto** se inscribe en una evolución del concepto que precede a la misma pero que ha continuado hasta el presente, experimentando una reconstrucción histórica y conceptual[3].

[3] SALOMONI, J. L.: *Teoría general de los servicios públicos*. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pág. 17.

B. Contexto evolutivo

Como ya lo he destacado antes de ahora[4], la dificultad que presenta la identificación del régimen jurídico del servicio público está dada por la permanente mutabilidad de la categoría a través del tiempo.

A comienzos del siglo XX, necesidades prácticas y no meras especulaciones teóricas fueron las que llevaron a la doctrina francesa a intentar superar la ausencia de textos claros que deslindaran la competencia de los tribunales administrativos frente a los tribunales judiciales comunes mediante un principio general que permitiera reconocer cuáles son los litigios de competencia del juez administrativo, trazando la frontera con la jurisdicción judicial.

En ese contexto, se afirmó una **noción amplísima de servicio público**, moldeada en base a los elementos teleológico, orgánico y formal, y que se erigió en su época como criterio definidor del Derecho administrativo y, por ende, de la jurisdicción administrativa[5].

A mediados del siglo XX, la amplitud de tal noción encerró el germen de su crisis, conduciendo a la posterior caracterización del **servicio público en sentido estricto** como el conjunto de actividades desarrolladas por entidades estatales o por su mandato expreso, para satisfacer necesidades colectivas impostergables mediante prestaciones suministradas directa e inmediatamente a los individuos, bajo un régimen de Derecho público, según la definición que adquirió mayor difusión en nuestro país.

De tal definición ajustada se desprende la vinculación de la noción de servicio público con la de exclusividad (o monopolio en sentido económico) ya que se trata de "actividades desarrolladas por entidades estatales (solución de principio) o por su mandato expreso" (solución de excepción efectivizada a través de concesiones). Aunque no es este el lugar para profundizar en la distinción entre monopolio y exclusividad[6], lo cierto es que ambos conceptos traducen la supresión de la libre competencia. Sin embargo, mientras que el concepto de monopolio se asocia a la actividad estatal en el campo de los servicios de libre prestación, la noción de exclusividad se vincula a la exclusión de otros prestadores del servicio público respectivo ya que la "publicatio" apareja su retiro del campo de la libertad de los particulares.

[4] DELPIAZZO, C. E.: *Derecho de las telecomunicaciones*. U.M., Montevideo, 2005, págs. 18 y sigs.; y *Derecho Administrativo especial*, cit., volumen 1, págs. 427 y sigs.
[5] SILVA CENCIO, J.: *Servicio público y concesión de servicios*, A.M.F., Montevideo, 1980, págs. 15 y sigs.

A fines del siglo XX, las restricciones propias del régimen clásico de los servicios públicos –económicamente monopólicos, de mínimos, uniformes– aparejaron su crisis terminal[7] y el afloramiento del llamado "nuevo modelo de servicios públicos competitivos"[8].

Es así que en la puerta del nuevo siglo comienza a acuñarse la noción de **servicio universal**, especialmente en los países de la Unión Europea[9].

Según la misma, el disfrute de las prestaciones propias del mismo por todos los ciudadanos debe ser garantizado sobre la base de principios tales como la no discriminación o la transparencia. Ello ha llevado a que la distinción entre las prestaciones de mercado y las prestaciones de servicio universal se funde en que estas últimas son modalidades a las que el mercado, por sí solo, no daría respuesta y la autoridad entiende que deben ser cubiertas porque constituyen un estándar mínimo al que todos tienen derecho.

En tal sentido, la apertura de los servicios a la competencia y a las leyes de mercado (frente a la idea tradicional de que todo servicio público, como actividad reservada, confiere exclusividad), se caracteriza básicamente por las siguientes notas[10]:

1. la no calificación como servicio público de una actividad o sector en su conjunto sino sólo de algunas tareas o actuaciones concretas dentro de aquél, de modo que, en lugar de declarar servicio público al todo, se precisa cuáles son las obligaciones o cargas de servicio universal que hay que garantizar a todos;

2. el abandono del concepto de reserva, con todo el régimen jurídico que este concepto lleva consigo (de titularidad de la actividad a favor del Estado); y

3. la sustitución de un régimen cerrado (de exclusividad) por un régimen abierto a la entrada en el sector (mediante concesión o autorización) y de imposición (unilateral o contractual) de cargas u obligaciones destinadas

[6] DELPIAZZO, C. E.: *Manual de Contratación Administrativa*. Montevideo, 1993, tomo II, págs. 93 y sigs.; y Contratación Administrativa. U.M., Montevideo, 1999, reedición 2004, págs. 412 y sigs.

[7] COMADIRA, J. R.: "El servicio público como título jurídico exorbitante", en *Rev. El Derecho*, Buenos Aires, 2003, Nº 10.912, págs. 1 y sigs.; y MAIRAL, H. A.:"La ideología del servicio público", en *Rev. de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1993, Año 5, Nº 14, págs. 359 y sigs.

[8] ARIÑO ORTIZ, G. Y OTROS: *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 25 y sigs.

[9] POULLET, I. Y OTROS: "Servicio universal público en la política europea de telecomunicaciones", en *Rev. Iberoamericana de Derecho Informático*, Mérida, 1996, Nº 12-15, págs. 827 y sigs.

[10] DELPIAZZO, C. E.: *Derecho Administrativo Especial*, cit., volumen 1, págs. 429 y sigs.; y *Derecho de las Telecomunicaciones*, cit., pág. 19 y sigs.

a garantizar determinadas prestaciones al público, que se impondrán de modo vinculante a todos cuantos actúen en el sector (con la consiguiente compensación económica).

Consecuentemente, lo que define al servicio universal es la ordenación de la actividad de que se trate en procura de tres objetivos[11]:

1. un reparto equitativo de las cargas del servicio entre todos los operadores que actúan en el sistema;

2. la configuración de un bloque de prestaciones básicas para todos los usuarios, que deben existir sea cual sea el grado de rentabilidad y el interés que puedan tener los operadores por invertir en ellas y mantenerlas; y

3. el establecimiento de normas sobre costos y demás aspectos que sean necesarios para fijar el contenido básico de las prestaciones que debe ofrecer cada operador.

Quiere decir que la prestación de determinados servicios es garantizada por el Estado, el cual, sin embargo, no se reserva la titularidad de esas actividades ni acude a modos de gestión directa, de modo que las actividades consideradas como servicio universal son básicamente privadas pero sometidas al control estatal. Dicho control se manifiesta mediante el carácter obligatorio de las actividades consideradas servicio universal, lo que implica que los prestadores están obligados a realizar esas actividades en igualdad de condiciones a todos los usuarios que las requieran. La nota que caracteriza a las actividades consideradas servicio universal es su accesibilidad: trátase de un conjunto definido de prestaciones que deben ser accesibles para todos los usuarios con independencia de su ubicación geográfica y de las condiciones económicas desfavorables para el operador.

Ahora bien: la determinación de cuáles actividades deben ser consideradas servicio universal no es una cuestión sencilla ni susceptible de generalizaciones o traspolaciones de un lugar a otro. Por eso, bien se ha dicho que el de servicio universal es "un concepto popular pero fugitivo" ya que "se requiere un importante trabajo de análisis e interpretación para traspasar el concepto primario y llegar a determinar exactamente qué es el servicio universal en términos regulatorios y cómo esa definición general se compatibiliza con una implementación práctica específica"[12], especialmente cuando

[11] MUÑOZ MACHADO, S.: *Servicio público y mercado*. Civitas, Madrid, 1998, tomo II, págs. 116 y 117.

[12] CERISOLA, A. M.: *Las telecomunicaciones en un mundo en competencia*. Eudeba, Buenos Aires, 2000, págs. 121 y sigs.

el servicio es extremadamente heterogéneo, como ocurre en materia de telecomunicaciones.

Al presente, sin que haya caído en desuso la expresión "servicio público" y cuando todavía el concepto de servicio universal no ha terminado de decantar, aparece la noción del **servicio de interés general**, singularizado por tratarse de actividades, comerciales o no, consideradas de interés general por las autoridades competentes y sujetas por ello a que su prestación se realice con continuidad, igualdad de acceso, universalidad y transparencia[13], es decir, cumpliendo los atributos del servicio público en sentido estricto y del servicio universal, pero sin "publicatio" y sin exclusión de la competencia.

Bajo esta perspectiva, lo que importa es cuáles son los servicios que los administrados deben poder usar, garantizando que los mismos sean prestados con igualdad, regularidad, generalidad y eficacia, con independencia de quien sea el prestador, de modo que la nueva categoría de servicios de interés general implica una **expansión conceptual** abarcativa no sólo de los servicios públicos en sentido estricto sino también de algunos de los llamados servicios sociales y de algunos de los resultantes de las actividades privadas a cargo de la Administración, de acuerdo a la clasificación vernácula de los cometidos estatales antes reseñada.

C. Situación actual

El Derecho positivo uruguayo no ha acompañado dicha evolución ya que, en ausencia de definiciones normativas del servicio público, las referencias a esa expresión contenidas en la Constitución (arts. 6º, 24, 47, 51, 65, 86, 188, 211, lit. B, 249, 273, num. 8º, y 275, num. 4º) tienen un sentido sumamente amplio que "alude al conjunto de las entidades estatales (sentido estructural u orgánico) y al conjunto de sus actividades (sentido funcional), incluso las que ejercen de manera predominante función jurisdiccional, sin otra excepción que el Poder Legislativo y su actividad; y alude también a la actividad desempeñada por particulares en virtud de una concesión que les ha habilitado su ejercicio y transferido para ello potestades públicas o el uso privativo de bienes que en principio no les correspondían por Derecho"[14].

[13] MARTIN REBOLLO, L.: "Sociedad, economía y Estado (A propósito del viejo regeneracionismo y el nuevo servicio público)", en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro de homenaje al Prof. Sebastián Martín Retortillo*". Civitas, Madrid, 2003, pág. 640. MARCOU, G.: "De l' idée de service public au service d' interet general", en *L' idée de service public dans le Droit des Etats de l' Union Européenne*. Harmattan, París, 2001, págs. 375 y sigs. ZEGARRA VALDIVIA, D.: *El servicio público. Fundamentos*, Palestra, Lima, 2005, págs. 229 y sigs.

[14] CAJARVILLE PELUFFO, J. P.: "Apuntes sobre la noción de servicio público en la Constitución uruguaya", en *Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. Daniel Hugo Martins*. F.C.U., Montevideo, 2008, págs. 203 y sigs.

Consecuentemente, a menos que se distingan diferentes significados de la expresión en los textos incorporados a la Carta al través del tiempo, la misma no impone un régimen jurídico de contenido más o menos determinado aplicable a actividades con ciertos rasgos que permitan su agrupamiento dentro del género de las prestacionales.

Así las cosas, parece conveniente hablar de "Administración prestacional"[15] para, superando las matizaciones derivadas de la evolución sucintamente descripta, poder abarcar el conjunto de servicios de diverso contenido prestados por la Administración o por su encargo, direccionados individualmente a cada habitante, comprendidos en la moderna **expansión conceptual** antes aludida.

Bajo tal perspectiva, es posible identificar una serie de rasgos diferenciadores de los tradicionalmente denominados servicios públicos.

En primer lugar, se ha señalado la posibilidad de que puedan participar en su prestación tanto la Administración como los particulares habilitados para ello mediante concesión, debido a que el campo de los mismos, originariamente, corresponde a la acción administrativa.

En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, los servicios públicos están regulados predominantemente por el Derecho público, aún cuando en su funcionamiento puedan regir normas de Derecho privado.

En tercer lugar, la determinación de un servicio público como tal requiere de un acto legislativo, tanto desde el punto de vista material como formal por cuanto implica sustraer la actividad respectiva del campo de la libertad propia de la actividad privada. En función de tal exigencia, corresponde formular dos puntualizaciones importantes.

Por un lado, en la medida que la "publicatio" determinante de la calificación de una actividad como servicio público debe realizarse por ley, la enumeración de los mismos es esencialmente variable y cambiante, no sólo de un ordenamiento jurídico a otro, sino dentro de un mismo país a través del tiempo[16].

Por otro lado, dicho requisito ha permitido distinguir entre servicios públicos propios e impropios, considerando como servicios públicos impropios aquellos que tienen de común con los propios la satisfacción en forma continua de necesidades colectivas pero que, en la medida que no han sido determinados como tales por ley formal, no son prestados ni concedidos por el Estado[17].

[15] DELPIAZZO, C. E.: *Derecho Administrativo Especial*, cit., volumen 1, págs. 425 y sigs.
[16] DELPIAZZO, C. E.: "Regulación y control de los servicios públicos", en *Rev. de Derecho Público*. Montevideo, 2004, Nº 26, págs. 31 y sigs.
[17] BIELSA, R.: *Derecho Administrativo*. La Ley, Buenos Aires, 1964, tomo I, pág. 459.

En cuarto lugar, se señalan como características propias del servicio público, su continuidad, regularidad, igualdad o uniformidad y satisfacción de necesidades colectivas, las que se atienden normalmente "uti singuli".

En quinto lugar, la propia regulación predominante por el Derecho público y la satisfacción de necesidades colectivas consideradas prioritarias, determinan que la Administración ejerza sobre estos servicios, aún cuando sean prestados por particulares, un control muy intenso.

III. Evolución de la noción de usuario

A. Enfoque tradicional

La doctrina uruguaya tradicional ha llamado usuario al que utiliza el servicio público **en sentido estricto**[18].

Al igual que en el ámbito comparado[19], en nuestro país la cuestión que ha concitado mayor atención de los autores es la determinación de la situación jurídica del usuario. Mientras desde una concepción privatista se pretende caracterizar a la relación que une al usuario con quien presta el servicio como un contrato de Derecho común, para la corriente publicista predominante tal vinculación pertenece al campo del Derecho administrativo, incorporándose el usuario a un régimen estatutario.

En opinión de SAYAGUES LASO[20], "por el hecho de la utilización del servicio el usuario se encuentra colocado en una situación objetiva, estatutaria, de la que derivan derechos y obligaciones para ambas partes. Pero ese principio general puede ser descartado y surgir entonces un contrato, cuando la ley así lo establece y el vínculo aparece realmente regulado como contrato, o cuando la reglamentación del servicio permite acudir al mecanismo contractual y siempre que la naturaleza del servicio admita esa solución. Pero tales situaciones son siempre de excepción".

B. Contexto evolutivo

Asociado a cuanto viene de decirse, según ya he tenido oportunidad de destacarlo antes de ahora[21], se impone la constatación de la **expansión conceptual** de la noción de usuario.

[18] Ver: SAYAGUES LASO, E.: *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., tomo I, págs. 74 a 77.
[19] Ver: GARRIDO FALLA, F.: *Tratado de Derecho Administrativo*. Tecnos, Madrid, 1989, volumen II, págs. 360 y sigs. CASSAGNE, J. C.: *Derecho Administrativo*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, tomo II, págs. 439 y sigs.
[20] SAYAGUES LASO, E.: *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., tomo II, pág. 24.
[21] BRITO, M. R. y DELPIAZZO, C. E.: *Derecho Administrativo de la Regulación Económica*, U.M., Montevideo, 1998, pág. 92.

Es que ese sujeto, que es cada uno de nosotros, se encuentra posicionado frente a los servicios que recibe (independientemente de quien se los preste) como un "usuario" (que usa) de los mismos.

Ya no se trata exclusivamente del usuario de los servicios públicos en el sentido clásico[22] sino que, independientemente de éstos, refiere a todo sujeto que recibe una prestación en la que prima una actividad de servicio por encima del suministro de bienes (aunque puede implicarlo accesoriamente) y que lo ubica en una relación concreta como consecuencia de un servicio prestado por la Administración o bajo su control.

Con ese alcance, comprende –en expresiones que han ido ganado espacio[23]– al "beneficiario" de los servicios sociales y al "cliente" de los servicios comerciales e industriales, además del clásico "usuario" de los servicios públicos tradicionales. Terminológicamente, se opone al "consumidor" de bienes o cosas.

La aludida extensión del concepto de usuario puede considerarse consecuencial de los procesos de reforma del Estado, orientados por la libre concurrencia en lo económico (tanto a nivel interno como regional y mundial) y por el principio de subsidiariedad de la acción estatal en lo jurídico, en los que se pone el énfasis más que en el productor (de bienes) o en el prestador (de servicios), en el consumidor de aquéllos o en el usuario de éstos[24].

Ello conduce a superar enfoques privatistas de protección del usuario (preocupados por la responsabilidad del fabricante, las cláusulas abusivas y de de adhesión, etc.) para poner el acento en la generación de marcos regulatorios públicos capaces de dar seguridad jurídica a las partes en la relación jurídica emergente del servicio de que se trate, superando lo que se ha dado en llamar las imperfecciones del mercado (vinculadas a la posición dominante del proveedor, el déficit de información el usuario, etc.).

Podría hablarse de una nueva etapa de la "edad administrativa"[25] singularizada por la presencia de un Estado regulador y controlador más que un Estado prestacional. Como bien se ha dicho, la irrenunciable presencia del Estado como gestor del bien común se traduce hoy en que el Estado no protagoniza la escena económica decidiendo como productor, comerciante o industrial, sino

[22] SAYAGUES LASO, E.: *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., tomo I, págs. 74 y sigs.
[23] CORTIÑAS PELAEZ, L.: "Teoría general de los cometidos del poder público", en *Rev. Uruguaya de Derecho Constitucional y Político* tomo II, N° 13-14, págs. 12 y sigs, y N° 15, págs. 150 y sigs.
[24] CELORRIO, H.: "Monopolios y exclusividades", en A.A.V.V. *La contratación administrativa en Uruguay y Argentina frente al Mercosur*. I.E.E.M., Montevideo, 1993, págs. 116 y sigs.
[25] CORTIÑAS PELAEZ, L.: "Estado democrático y Administración prestacional", en *Rev. de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Año XXII, N° 1-4, págs. 87 y sigs.

fijando las reglas de un nuevo comportamiento comunitario y controlando que ellas se cumplan[26] en interés de las personas a las que la Administración se debe.

C. Situación actual

En el Derecho positivo uruguayo existen muestras de la **expansión conceptual** de la noción de usuario antes referida.

En efecto, normas expresas han calificado como usuario al antes considerado beneficiario del servicio social de asistencia a la salud[27] y al cliente de los servicios de telecomunicaciones, considerados habitualmente como intervenciones de la Administración en el campo de la actividad económica privada[28].

Así, la *ley Nº 18.211 de 5 de diciembre de 2007*, por la que se implementó el Sistema Nacional Integrado de Salud (SNIS), dedica su capítulo VI a los usuarios, estableciendo que "Son usuarios del Sistema Nacional Integrado de Salud todas las personas que residan en el territorio nacional y se registren en forma espontánea o a solicitud de la Junta Nacional de Salud, en una de las entidades prestadoras de servicios de salud que lo integran" (art. 49).

Además del derecho a elegir el prestador que desee (art. 50) y a participar en sus órganos asesores y consultivos (art. 53), de acuerdo al art. 51 de la ley Nº 18.211, se reconocen a los usuarios del SNIS los siguientes derechos frente a los respectivos prestadores:

> a) a recibir información completa y actualizada sobre los servicios a que pueden acceder y sobre los requisitos para hacer uso de los mismos;
>
> b) a recibir las prestaciones incluidas en los programas integrales;
>
> c) al respeto de su personalidad, dignidad humana e intimidad;
>
> d) a la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en las entidades prestadoras;
>
> e) a conocer los resultados asistenciales y económico-financieros de la entidad;
>
> f) a recibir información sobre las políticas de salud y los programas de atención integral que se implementen en el SNIS; y

[26] COMADIRA, J. R.: *Derecho Administrativo*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, págs. 220 y sigs.
[27] DELPIAZZO, C. E.: *Derecho Administrativo Especial*, cit., volumen 2, págs. 85 y sigs.
[28] DELPIAZZO, C. E.: *Derecho Administrativo Especial*, cit., volumen 2, págs. 211 y sigs.

g) los demás que establezca la reglamentación y otras disposiciones aplicables.

A su vez, el art. 52 establece las siguientes obligaciones a cargo de los usuarios:

a) a responsabilizarse del uso adecuado de las prestaciones a que tienen derecho;

b) a dar cumplimiento a las formalidades que se requieran para acceder a los servicios de salud;

c) a respetar los estatutos de las entidades prestadoras de servicios;

d) a cumplir con las disposiciones sanitarias generales y específicas;

e) a cuidar las instalaciones y colaborar en el mantenimiento de la habitabilidad de las mismas; y

f) las demás que establezca la reglamentación y otras disposiciones aplicables.

De lo dicho se desprende que el régimen de los usuarios del SNIS está predeterminado por la propia ley y es susceptible de ampliación a través de disposiciones administrativas de las autoridades competentes. En su mérito, puede decirse que el usuario "se incorpora" a un régimen predispuesto, en el que no hay espacio para el pacto de otros derechos y obligaciones, máxime teniendo en cuenta el carácter de orden público de la ley Nº 18.211.

Complementariamente, la *ley Nº 18.335 de 15 de agosto de 2008* distingue al "usuario" del "paciente" en los siguientes términos (art. 5º): "Es usuario de un servicio de salud toda persona física que adquiera el derecho a utilizar bienes o servicios de salud. Se entiende por paciente a toda persona que recibe atención de la salud, o en su defecto, sus familiares, cuando su presencia y actos se vinculen a la atención de aquélla".

Dicha ley, que tiene por objeto la explicitación de los derechos y deberes de usuarios y pacientes de los servicios de salud, tiene como punto de partida el reconocimiento de que "Toda persona tiene derecho a acceder a una atención integral que comprenda todas aquellas acciones destinadas a la promoción, protección, recuperación, rehabilitación de la salud y cuidados paliativos, de acuerdo a las definiciones que establezca el Ministerio de Salud Pública" (art. 6º).

En otro orden, en el campo de las actividades económicas a cargo de la Administración, el Reglamento de licencias de telecomunicaciones aprobado

por el *Decreto Nº 115/003 de 25 de marzo de 2003*[29], tras definir ampliamente al usuario como "la persona física o jurídica que en forma eventual o permanente tiene acceso a algún servicio de telecomunicaciones" (art. 3º, "in finem"), le reconoce los siguientes "derechos generales" (art. 4º):

a) a la libre elección del servicio;

b) a la prestación del servicio sin interrupciones (continuidad);

c) a la accesibilidad por todo el que se encuentre en condiciones reglamentarias, técnicas y económicas de acceder al servicio (generalidad);

d) a la no discriminación (igualdad); y

e) a la prestación del servicio en buenas condiciones técnicas y con calidad satisfactoria según los estándares aceptados internacionalmente (regularidad).

A su vez, entre las obligaciones de los prestadores de servicios de telecomunicaciones –que el Reglamento llama licenciatarios– se establecen las siguientes respecto a los usuarios (art. 15, lit. c), que implican el reconocimiento de derechos en cabeza de éstos:

a) dar información adecuada y veraz respecto de las condiciones de prestación y de contratación de los servicios;

b) hacer públicos los precios, promociones y planes de los servicios ofrecidos;

c) no incluir en los contratos cláusulas que impliquen desequilibrios injustificados entre los derechos y obligaciones de las partes;

d) diseñar las facturas de modo tal que la información consignada sea fácil de entender y los conceptos a pagar ampliamente discriminados según servicios, segmentos horarios, abono, cargos fijos, cargos variables, servicios suplementarios, carga impositiva, etc.;

e) habilitar un número telefónico a través del cual se pueda acceder a información sobre los servicios y efectuar los reclamos que en su caso correspondan.

Como contrapartida de tales deberes, el Reglamento prevé que el licenciatario que infringiere las obligaciones derivadas del mismo o de las normas que resulten aplicables al servicio que preste, será pasible de la aplicación de sanciones.

[29] DELPIAZZO, C. E.: *Derecho de las telecomunicaciones*, cit., págs. 79 y sigs.

Para no hacer fatigosa la enumeración de disposiciones ilustrativas del acogimiento de un sentido amplio de la noción de usuario, cabe agregar que la *ley Nº 17.296 de 21 de febrero de 2001*, de creación de la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones (URSEC) y la *ley Nº 17.598 de 13 de diciembre de 2002*, de creación de la Unidad Reguladora de Servicios de Energía y Agua (URSEA), les imponen la adecuada protección de los derechos de los usuarios de los servicios respectivos (arts. 72, lit. c y 2º, lit. e respectivamente).

IV. Estatuto del usuario

A. Deberes

Aún cuando la mayor parte de los autores se ocupan de los derechos de los usuarios, existe consenso en admitir que también pesan sobre ellos algunos deberes[30].

En primer lugar, es valor entendido que la admisión de un particular al uso del servicio determina su **deber de sumisión al régimen de funcionamiento** del mismo, lo que significa el sometimiento a las normas estatales relativas al servicio, así como a las disposiciones especiales que rigen el funcionamiento del prestador, sea público o privado.

En segundo lugar, cuando el servicio no es gratuito, el usuario tiene el **deber de pagar la tarifa** correspondiente.

No obstante su uso generalizado, la expresión "tarifa" carece de un sentido técnico jurídico preciso ya que no es otra cosa que una lista de los precios o de las tasas constitutivos de la retribución de los servicios públicos[31].

En nuestro país, "en cuanto a la contraprestación a cargo del usuario, suele sostenerse que su naturaleza es la de un precio en los servicios públicos de carácter facultativo, o sea, en aquellos que el usuario puede optar entre usarlo o no. En cambio, se ha discutido la naturaleza de precio respecto a la contraprestación a cargo del usuario cuando el servicio público es de carácter obligatorio, vale decir, cuando no existe otra alternativa que su uso, hipótesis ésta en la que algún autor ha creído advertir la presencia de una tasa más que de un precio como contraprestación de ese servicio obligatorio"[32].

[30] RODRIGUEZ ARANA MUÑOZ, J. y CANOSA USERA, R. (Editores): *Derecho de los consumidores y usuarios: una perspectiva integral*. Netbiblo, La Coruña, 2008, págs. 156 y sigs.
[31] DELPIAZZO, C. E.: "Renegociación de las tarifas de los servicios públicos concedidos", en *Anuario de Derecho Administrativo*, tomo XI, págs. 21 y sigs.
[32] DELPIAZZO, C. E.: *Manual de contratación administrativa*, cit., tomo II, pág. 84, y *Contratación Administrativa*, cit., pág. 399.

Desde el punto de vista del Derecho positivo uruguayo, corresponde señalar que tanto la Constitución como las citadas leyes de creación de la URSEC y de la URSEA contienen disposiciones de interés en cuanto al régimen tarifario.

De acuerdo al *art. 51, inc. 1º de la Constitución*, "El Estado o los Gobiernos Departamentales, en su caso, condicionarán a su homologación, el establecimiento y la vigencia de las tarifas de los servicios públicos a cargo de empresas concesionarias". En sede de Gobiernos Departamentales, agrega el art. 275, num. 4º que corresponde al Intendente "homologar las tarifas de los servicios públicos a cargo de concesionarios o preemisarios".

Homologar es la "acción y efecto de refrendar, aprobar y conferir vigor a un acto jurídico que hasta ese momento tenía eficacia solamente relativa"[33]. Por eso, se ha dicho que "el acto de homologar la tarifa supone necesariamente la previa existencia de dicha tarifa, presentada a la homologación por el concesionario del servicio; y nunca, en ningún caso, puede confundirse la homologación de la tarifa con su fijación o establecimiento... Dicho de otro modo: la homologación es el acto administrativo mediante el cual la autoridad pública confiere eficacia al acto jurídico emanado de un tercero"[34].

A su vez, la *ley de creación de la URSEC Nº 17.296* prevé que en las actividades de telecomunicaciones y postales se aplicarán "tarifas que reflejen los costos económicos, en cuanto correspondiere" (art. 72, lit. g) y atribuye a dicho órgano poder "determinar técnicamente las tarifas y precios sujetos a regulación de los servicios comprendidos dentro de su competencia, elevándolos al Poder Ejecutivo para su consideración y aprobación" (art. 86, lit. s).

En similares términos, se expresa la *ley de creación de la URSEA Nº 17.598*, a cuyo tenor se establece el objetivo de aplicación de "tarifas que reflejen los costos económicos, en cuanto correspondiere" (art. 2º, lit. i), y se le comete "examinar en forma permanente las tarifas y precios correspondientes a los servicios comprendidos dentro de su competencia, formulando las determinaciones técnicas y recomendaciones que entienda del caso" (art. 14, lit. l).

En el indicado contexto, debe entenderse que la contraprestación a cargo del usuario debe ser razonable y justa –especialmente cuando el servicio sea concedido a fin de que el concesionario obtenga una ganancia equitativa[35],

[33] COUTURE, E. J.: *Vocabulario jurídico*. Depalma, Buenos Aires, 1976, pág. 315.

[34] ESPINOLA, J. C.: "La homologación de las tarifas de los servicios de transporte colectivo de pasajeros", en *Rev. Derecho, Jurisprudencia y Administración*, tomo 66, págs. 221 y sigs. En igual sentido: FRUGONE SCHIAVONE, H.: "Regulación general de la prestación de las distintas actividades de la Administración en la ley de empresas públicas", en *Rev. Jurídica Estudiantil*, Nº IX, Año VI, pág. 40.

[35] SAYAGUES LASO, E.: *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., tomo II, pág. 65.

debiendo ajustarse a los principios de igualdad, proporcionalidad e irretroactividad[36].

Finalmente, dependiendo del servicio de que se trate, el marco regulatorio del mismo suele imponer **deberes especiales** a los usuarios sectoriales respectivos.

B. Derechos

La consideración de los derechos del usuario reviste una especial importancia en el marco de la tendencia a la profundización de los mecanismos de protección del receptor de servicios provistos por la Administración o por su cuenta, desde la más amplia perspectiva de los derechos fundamentales de la persona.

En primer lugar, corresponde hacer referencia al **derecho de acceso al servicio**, el cual presenta diferencias según el tipo de servicio de que trate: obligatorio o de uso facultativo, oneroso o gratuito, condicionado al cumplimiento de requisitos o no[37].

No obstante, con carácter general, puede decirse que se trata de un verdadero derecho subjetivo a favor de los administrados a usar el servicio, el cual no se extiende a la posibilidad de exigir la creación del servicio que no existe o no está en funcionamiento[38].

En segundo lugar, los clásicos principios de continuidad, regularidad e igualdad que caracterizan al servicio público, se traducen, desde la perspectiva del usuario, en el **derecho al funcionamiento continuo, regular e igualitario del servicio**.

Para fundamentar el derecho a la continuidad, se ha dicho que si la causa que legitima la existencia de un servicio público es una necesidad colectiva de tal entidad que no puede satisfacerse de otra manera que mediante la técnica de instituir el servicio público, debe protegerse su continuidad a través de la posibilidad de que la Administración pueda ejecutar directamente el servicio y de la reglamentación del derecho de huelga en los servicios públicos[39].

[36] CASSAGNE, J. C.: *La intervención administrativa*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, págs. 63 y sigs.
[37] GARRIDO FALLA, F.: *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., volumen II, pág. 363.
[38] GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, tomo II, 9ª edición, págs. 72 y sigs.
[39] CASSAGNE, J. C.: *Derecho Administrativo*, cit., tomo II, págs. 431 y sigs.

En cuanto a la posibilidad de que la Administración proceda a la ejecución directa del servicio, la *ley Nº 13.720 de 16 de diciembre de 1968* prevé que, "en caso de interrupción de servicios esenciales, la autoridad pública podrá disponer las medidas necesarias para mantener dichos servicios, recurriendo incluso a la utilización de los bienes y la contratación de prestaciones personales indispensables para la continuidad de los mismos, sin perjuicio de aplicar, al personal afectado, las sanciones legales pertinentes" (art. 4º, inc. final)[40].

Respecto a la hipótesis de huelga, la misma ley Nº 13.720 establece que la Administración, "Tratándose de servicios públicos, incluso los administrados por particulares,... podrá indicar, por resolución fundada... los servicios esenciales que deberán ser mantenidos por turnos de emergencia, cuya interrupción determinará la ilicitud de la huelga" (art. 4º, inc. 1º). Esta referencia legislativa a los servicios esenciales no se corresponde con el concepto de cometido esencial sino que está usada para denominar a aquellos cuya interrupción compromete al bien común, cualquiera sea el responsable de la prestación, es decir, sea la Administración o un particular, en el sentido usado por el Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en cuya opinión son esenciales aquellos servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud en toda o parte de la población[41].

En virtud del *decreto ley Nº 14.791 de 8 de julio de 1978*, dicha competencia está a cargo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (art. 9º). Consecuentemente, a partir de esta ley, compete al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en casos de interrupción de actividades a cargo de la Administración o a cargo de particulares que afecten el interés general, el dictado de la resolución (acto administrativo) que determina su esencialidad. Así lo ha hecho frecuentemente el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social invocando complementariamente a estas normas el art. 65 de la Constitución, cuyo inc. 2º prevé que "en los servicios públicos administrados directamente o por concesionarios, la ley podrá disponer la formación de órganos competentes para entender en las desinteligencias entre las autoridades de los servicios y sus empleados y obreros, así como los medios y procedimientos que pueda emplear la autoridad pública para mantener la continuidad de los servicios".

En tercer lugar, el usuario tiene **derecho a un buen servicio**, el cual es derivación del derecho fundamental a una buena administración y cuya

[40] DELPIAZZO C. E.: *Manual de contratación administrativa*, cit., tomo II, págs. 85 y 86, y *Contratación Administrativa*, cit., págs. 400 y 401.
[41] DELPIAZZO, C. E.: *Manual de contratación administrativa*, cit., tomo II, págs. 65 y 66, y *Contratación Administrativa*, cit., págs. 374 y 375.

traducción a términos concretos refiere a los estándares de calidad que debe reunir el mismo[42] y a su perfectibilidad o adaptación evolutiva en atención al progreso tecnológico[43].

En cuarto lugar, merece destacarse el **derecho a la participación** de los usuarios, individualmente o a través de grupos en los que se integran, para incidir en la acción prestacional[44], sea en su evaluación, en su implementación y ejecución y aún en su dirección.

Finalmente, no es posible cerrar esta enumeración no taxativa sin hacer referencia a los **otros derechos específicamente reconocidos** para cada servicio en concreto por el ordenamiento jurídico sectorial aplicable al mismo.

C. Instrumentos de tutela general

Como consecuencia de la toma de conciencia por el Estado de la lógica de los mercados[45], tanto a nivel del Derecho comparado[46] como entre nosotros[47], han comenzado a desarrollarse nuevos instrumentos de tutela del usuario o a cobrar nuevos matices instrumentos tradicionales de protección del administrado para hacer efectivos los derechos antes mencionados.

Entre los instrumentos de tutela de carácter general, corresponde señalar en primer lugar la importancia del desarrollo de **marcos regulatorios** de los distintos servicios, dotados de claridad y estabilidad.

En segundo lugar, en íntima conexión con lo anterior, especialmente en lo que refiere a los servicios del Estado prestados por particulares, se hace necesaria la previsión de **mecanismos de control** que deben estar necesariamente separados de las autoridades concedentes. Según se ha destacado[48], así como el que legisla no ejecuta ni juzga la ley, el que la ejecuta no la dicta ni juzga de ella, y el que la juzga no la dicta ni ejecuta, el que concede u otorga un servicio

[42] RODRIGUEZ ARANA MUÑOZ, J.: *Aproximación al Derecho Administrativo Constitucional*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, págs. 184 y 185.
[43] MEILAN GIL, J. L.: *Progreso tecnológico y servicios públicos*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, págs. 58 y sigs.
[44] IVANEGA, M. M.: *Acerca de los servicios públicos y sus controles administrativos*, Editorial Sherwood, Caracas, 2006, págs. 75 y sigs.
[45] SUBRA, P.: "El nuevo Derecho Administrativo", en A.A.V.V.: *Transformaciones del Derecho Público*. E.C.A., Buenos Aires, 1994, pág. 86 y sigs.
[46] DE LA CRUZ FERRER, J.: *Principios de regulación económica en la Unión Europea*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 2002, págs. 191 y sigs.
[47] BRITO, M. R. y DELPIAZZO, C. E.: *Derecho Administrativo de la Regulación Económica*, cit., págs. 93 y sigs.
[48] GORDILLO, A.: *Tratado de Derecho Administrativo*. F.D.A., Buenos Aires, 1997), tomo I, 4ª edic., págs. XV-3 y sigs.

no debe ser el que lo controle; se trata de una actualización del principio de división de poderes y del sistema de frenos y contrapesos.

Innecesario resulta añadir que también se impone la separación entre la Administración prestadora (cuando el servicio se mantiene en su ámbito) y la Administración de control como garantía para el usuario, que en nuestro país se ha visto sometido en el pasado a organismos simultáneamente prestadores, reguladores y controladores, es decir, jueces y partes de los servicios a su cargo.

Asimismo, la fiscalización debe confiarse a órganos dotados de cierta independencia[49] –en nuestro Derecho, se ha utilizado reiteradamente la calificación de "autonomía técnica"– con funciones de regulación en aspectos técnicos, y que se ocupen en sede administrativa de la tutela de los derechos e intereses de los usuarios, con sujeción al necesario control jurisdiccional.

En tercer lugar, cabe destacar la instrumentación de **procedimientos administrativos adecuados** de reclamación en caso de defectos en la prestación del servicio o denegación de los mismos, así como procesos jurisdiccionales abreviados que permitan obtener la prestación pretendida[50]. Obvio resulta señalar que la previsión de tales procedimientos administrativos en sede de los órganos reguladores nos ubica ante actos y trámites típicamente administrativos regidos por las normas respectivas y susceptibles de impugnación conforme al régimen general.

De modo particular, interesa destacar la revitalización de la audiencia pública como procedimiento idóneo para el control de determinados aspectos de los servicios privatizados bajo régimen monopólico[51].

En cuarto lugar, entre los instrumentos de tutela del usuario de carácter general, cabe incluir los previstos en el **régimen de relaciones consumo**, que persigue el objetivo de proteger a los consumidores de bienes y servicios sin crear desequilibrios en perjuicio de los proveedores[52].

[49] FERRES RUBIO, R.: Autoridades reguladoras independientes, A.M.F., Montevideo, 2005, págs. 48 y sigs.
[50] CAJARVILLE PELUFFO, J. P.: *Sobre Derecho Administrativo*, F.C.U., Montevideo, 2007, tomo I, págs. 20 y 21.
[51] GORDILLO, A.: *Después de la reforma del Estado*. F.D.A., Buenos Aires, 1996, págs. I-27 y sigs., y cap. VIII.
[52] DURAN MARTINEZ, A.: "Los servicios públicos y los derechos de los usuarios. Tendencias actuales en el Uruguay", en *Rev. de Derecho Público*, Año 2004, N° 26, págs. 54 y sigs.

De acuerdo al *art. 6º de la ley Nº 17.250 de 11 de agosto de 2000* se enumeran no taxativamente una serie de derechos calificados como básicos del consumidor o usuario[53], a saber:

> a) la protección de la vida, la salud y la seguridad contra los riesgos causados por las prácticas en el suministro de productos y servicios considerados peligrosos o nocivos;
>
> b) la educación y divulgación sobre el consumo adecuado de los productos y servicios, la libertad de elegir y el tratamiento igualitario cuando contrate;
>
> c) la información suficiente, clara, veraz, en idioma español sin perjuicio de que puedan emplearse además otros idiomas;
>
> d) la protección contra la publicidad engañosa, los métodos coercitivos o desleales en el suministro de productos y servicios y las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión;
>
> e) la asociación en organizaciones cuyo objeto específico sea la defensa del consumidor y ser representado por ellas;
>
> f) la efectiva prevención y resarcimiento de los daños patrimoniales y extramatrimoniales; y
>
> g) el acceso a organismos judiciales y administrativos para la prevención y resarcimiento de daños mediante procedimientos ágiles y eficaces.

Para la tutela de tales derechos, sin perjuicio de las acciones judiciales que por el Derecho común puedan corresponder, se prevé un sistema de control específico asignado a la Dirección General de Comercio, dependiente del Ministerio de Economía y Finanzas, en subsidio de la competencia que tengan atribuidos otros órganos del Estado o personas públicas no estatales[54].

En quinto lugar, se impone hacer caudal de las reglas de **defensa de la competencia** ya que el Derecho de la competencia tutela al usuario al permitirle adquirir mejores productos y servicios a menores precios[55].

---

[53] GROS ESPIELL, H.: "Los derechos básicos del consumidor en el art. 6º de la ley Nº 17.189", en A.A.V.V.: *Derechos del consumidor en el marco de la legislación nacional y la integración regional*, Ingranusi, Montevideo, 2000, págs. 16 y sigs.

[54] DELPIAZZO, C. E.: "Alcance del control administrativo sobre las relaciones privadas de consumo", en *Rev. Actualidad en el Derecho Público*, Buenos Aires, 2002, Nº 17, págs. 61 y sigs.

[55] OLIVERA GARCIA, R.: "Introducción al Derecho de la Competencia", en A.A.V.V.: *El Nuevo Régimen del Derecho de la Competencia*. U.M., Montevideo, 2001, págs. 11 y sigs.; y DURAN MARTINEZ, A.: *Los servicios públicos y los derechos de los usuarios. Tendencias actuales en el Uruguay*, cit., págs. 56 y 57.

D. Nuevos derechos e instrumentos de tutela especial frente a las TICs

Las nuevas Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TICs) no sólo aportan una nueva dimensión al ejercicio de los derechos del usuario[56] sino que también entrañan novedosos riesgos requeridos de adecuados medios de tutela.

Entre dichos riesgos, pueden citarse las técnicas de identificación por radiofrecuencia, el uso de cámaras de videovigilancia, el tratamiento de datos personales y otras formas de violación de la privacidad, que no coincide exactamente con la intimidad sino que es algo más profundo y abarcativo, que en los ordenamientos de ámbito anglosajón, se ha dado en llamar "privacy" y que nosotros hemos castellanizado como privacidad[57].

Para neutralizarlos, algunos ordenamientos –no es el caso del Derecho uruguayo– han acudido a la creación de instrumentos especiales, tales como **Defensores de colectivos específicos** en relaciones sectoriales[58].

Sin embargo, lo más frecuente sigue siendo la inclusión de procedimientos y previsiones adecuadas en los **marcos regulatorios**, así como la explicitación o reconocimiento de nuevos derechos.

Al respecto, merece destacarse la ley española Nº 11/2007 de 22 de junio, sobre acceso de los ciudadanos a los servicios públicos (entendidos en amplio sentido), al tenor de cuyo art. 6º se reconocen los siguientes derechos, entre otros[59]:

> a) a elegir, entre aquellos que en cada momento se encuentren disponibles, el canal a través del cual relacionarse electrónicamente con las Administraciones públicas;

[56] DELPIAZZO, C. E.: "Triple dimensión del principio de transparencia en la contratación administrativa", en *Rev. Trimestral de Direito Público*, Sao Paulo, 2007, Nº 46, pág. 5 y sigs., y "Dimensión tecnológica de la participación del administrado en el Derecho uruguayo", en *Rev. Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, San José de Costa Rica, 2005, Nº 5, págs. 63 y sigs.; y en GESTA LEAL, R. (Organizador): *Administraçao Pública e Participaçao Social na América Latina*. Edunisc, Santa Cruz do Sul, 2005, págs. 117 y sigs.

[57] DAVARA RODRIGUEZ, M. A.: *Manual de Derecho Informático*. Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004, 6ª edición, págs. 53 y 54, y DELPIAZZO, C. E. y VIEGA, M. J.: *Lecciones de Derecho Telemático*. F.C.U., Montevideo, 2009, tomo II, lección 20.

[58] COTINO HUESO, L.: "Las diversas garantías de los derechos del usuario de la Administración electrónica", en COTINO HUESO, L. (Coordinador): *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 437 y sigs.

[59] Ver: GAMERO, E. CASADO y VALERO TORRIJOS, J. (Coordinadores): *La ley de Administración electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007 de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos*. Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

b) a no aportar los datos y documentos que ya obren en poder de las Administraciones públicas, las cuales utilizarán medios electrónicos para recabar dicha información siempre que cuenten con el consentimiento de los interesados;

c) a la igualdad en el acceso electrónico a los servicios;

d) a conocer por medios electrónicos el estado de tramitación de los procedimientos en que sean interesados;

e) a obtener copias electrónicas de los documentos electrónicos que formen parte de los procedimientos en los que tengan la condición de interesado;

f) a la conservación en formato electrónico por las Administraciones públicas de los documentos electrónicos que formen parte de un expediente;

g) a obtener los medios de identificación electrónica necesarios;

h) a la utilización de firma electrónica;

i) a la garantía de seguridad y confidencialidad de los datos;

j) a la calidad de los servicios públicos prestados por medios electrónicos;

k) a elegir las aplicaciones o sistemas para relacionarse como las Administraciones públicas; y

l) a obtener electrónicamente la información sobre los trámites necesarios para acceder a las actividades de servicio y para su ejercicio.

Es que la propia evolución del servicio público a que se ha hecho referencia, unida al progreso tecnológico de las últimas décadas, han aparejado un cambio cualitativo determinante de un tránsito de la Administración prestacional a la regulatoria, con incidencia en la posición del usuario[60].

V. Conclusión

Frente a las mutables categorías de la doctrina y los vaivenes del Derecho positivo, es necesario insistir en la **centralidad de la persona** como destinataria del quehacer estatal y foco para la interpretación de las relaciones emergentes de la variedad de servicios que la Administración le brinda, sea en forma directa o indirecta[61].

[60] DELPIAZZO, C. E.: "Las nuevas telecomunicaciones y el tránsito de la Administración prestacional a la Administración electrónica", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. La Coruña, 2007, Nº 11, págs. 177 y sigs.

[61] DELPIAZZO, C. E.: "Régimen jurídico de los usuarios de servicios públicos y de interés general en Uruguay", en RODRIGUEZ ARANA MUÑOZ, J. y CANOSA USERA, R. (Editores): *Derecho de Cont.*

Ese sujeto al que, a pesar de razonables críticas[62], seguimos llamado "administrado" –y aquí, "usuario"– es la persona considerada desde su posición privada respecto a la Administración o sus agentes[63].

Por eso, el otro término de la ecuación no puede ser otro que la **servicialidad administrativa** que, a partir de la génesis etimológica de la palabra "administrar", pone el acento en el carácter servicial de la Administración para la procura del bien común, entendido como el conjunto de condiciones de la vida social que posibilitan a los individuos y a las comunidades intermedias que ellos forman el logro más pleno de su perfección[64].

Desde tal enfoque, el actual Derecho Administrativo pone el acento no sólo en la prestación de determinados servicios de interés general sino primordialmente en garantizar su accesibilidad por todos con independencia de quienes los provean. Ese es el desafío impuesto por la revalorización del quehacer estatal desde la perspectiva de los derechos fundamentales del hombre al que se debe.

los consumidores y usuarios: una perspectiva integral. Netbiblo, La Coruña, 2008, págs. 248 y sigs.

[62] MARTINS, D. H.: "No llamemos más administrados a las personas que habitan nuestro territorio", en *Anuario de Derecho Administrativo*. Montevideo, 1996, tomo V, págs. 61 y sigs.

[63] GARCIA DE ENTERRIA, E. y FERNANDEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, cit., tomo II, pág. 19.

[64] DELPIAZZO, C. E.: *Derecho Administrativo Uruguayo*, cit., pág. 7.

VENEZUELA

ALGUNOS ASPECTOS DEL CONTROL JUDICIAL DE LA DISCRECIONALIDAD EN VENEZUELA*

Allan R. Brewer-Carías

Introducción

El control judicial de la discrecionalidad es, sin duda, una de las manifestaciones más destacadas del afianzamiento del principio de la legalidad en los Estados democráticos, donde se ha podido desarrollar una Jurisdicción contencioso administrativa autónoma e independiente capaz de enfrentar el poder de la Administración, y proteger los derechos de los administrados frente a la arbitrariedad administrativa[1]. Ese control es una de las manifestaciones más destacadas del proceso experimentado por el derecho administrativo contemporáneo de lo que EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA denominó la lucha contra las "inmunidades de poder" donde tradicionalmente se había enmarcado precisamente el poder discrecional,[2] cuyo desarrollo ha correspondido a los jueces contencioso administrativos. Estos, en definitiva, han sido los conductores de ese "vasto movimiento de lucha por el derecho"[3] que ha implicado la reducción y control de la discrecionalidad, lo que por supuesto ha sido posible en regímenes democráticos que es donde en definitiva se puede garantizar la autonomía e independencia de los mismos.

Ello fue así en Venezuela durante la segunda mitad del siglo pasado, cuando la jurisdicción contencioso administrativa pudo desarrollarse y pudo controlar con total libertad la legalidad de la actuación de la Administración, y pudo

* Ponencia para el Congreso de Derecho Administrativo, paralelo al VIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, Panamá septiembre 2009. Para la elaboración de este documento hemos partido de lo expuesto en nuestro estudio sobre "Sobre los límites al ejercicio del poder discrecional," publicado en DELPIAZZO, C. E. (Coordinador): *Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano Brito*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo 2008, págs. 609-629.

[1] Sobre los poderes discrecionales y sus límites, véase BREWER-CARÍAS, A. R.: *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, Caracas 1964, págs. 52 y sigs.; BREWER-CARÍAS, A. R.: *Fundamentos de la Administración Pública*, Tomo I, Caracas 1980, págs. 203-222; HERNÁNDEZ RON, J. M.: "La potestad administrativa discrecional" en *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, Nos. 35-36, Caracas 1943, pág. 8; y BREWER-CARÍAS, A. R.: "Los límites al poder discrecional de las autoridades administrativas" en *Ponencias Venezolanas al Vil Congreso Internacional de Derecho Comparado*, Caracas 1966, págs. 255-278 y en *Revista de la Facultad de Derecho, UCAB*, Nº 2, Caracas 966, págs. 9-35.

[2] Véase el clásico trabajo de GARCÍA DE ENTERRIA, E.: "La lucha contra las inmunidades de poder en el Derecho Administrativo" (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos), *Revista de Administración Pública*, Nº 38, Madrid 1962, págs. 159 a 205.

[3] GARCÍA DE ENTERRIA, E.: *La lucha..., loc. cit.*, pág. 166.

limitar la arbitrariedad de los funcionarios. Es a ese período al cual me referiré en estas líneas, en el cual se fijaron las bases del control judicial de la discrecionalidad. Ello, lamentablemente no está garantizado en la actualidad debido al régimen autoritario que se ha instalado en el país desde 1999, y cuya manifestación más trágica ha sido precisamente el sometimiento de la totalidad del Poder Judicial al Poder Ejecutivo, y en particular, de la Jurisdicción contencioso administrativa, la cual ha sido despojada de toda autonomía e independencia[4].

Ahora bien, para analizar el progresivo desarrollo del control judicial de la discrecionalidad, tal como lo expresó ALEJANDRO NIETO, deben distinguirse "dos fases completamente distintas: una, la de precisión o determinación de lo que no sea discrecional, y sobre lo que se extiende, como es lógico, la jurisdicción; y una segunda fase, la de control —en la medida de lo posible— de lo que sí es discrecional"[5]. Para ello, por supuesto, hay que partir de la determinación de cuándo en la actividad administrativa se está en presencia de una actividad que pueda calificarse de discrecional, en cuyo ejercicio precisamente es donde puede manifestarse la arbitrariedad que pueda ser controlada por el juez[6].

I. Algo sobre la actividad discrecional de la administración y sus límites

La discrecionalidad administrativa se manifiesta en el ejercicio de aquellas actividades de la Administración en las cuales el legislador le confiere al funcionario determinados poderes de apreciación de la oportunidad y conveniencia de su actuación. Ello sucede, por ejemplo, en todos los casos en los cuales la ley otorga a la Administración la facultad de obrar, y se encuentra en aquellos casos en los cuales la Ley confiere la competencia al funcionario mediante el uso del verbo "podrá." Como lo indicó la antigua Corte Federal de Venezuela en sentencia de 6 de noviembre de 1958:

[4] Véase nuestros trabajos BREWER-CARÍAS, A. R.: "La justicia sometida al poder [La ausencia de independencia y autonomía de los jueces en Venezuela por la interminable emergencia del Poder Judicial (1999-2006)]" en *Cuestiones Internacionales. Anuario Jurídico Villanueva 2007*, Centro Universitario Villanueva, Marcial Pons, Madrid 2007, págs. 25-57; "La justicia sometida al poder y la interminable emergencia del poder judicial (1999-2006)", en *Derecho y democracia. Cuadernos Universitarios*, Órgano de Divulgación Académica, Vicerrectorado Académico, Universidad Metropolitana, Año II, No. 11, Caracas, septiembre 2007, págs. 122-138; y "La progresiva y sistemática demolición institucional de la autonomía e independencia del Poder Judicial en Venezuela 1999-2004", en *XXX Jornadas J.M Domínguez Escovar, Estado de derecho, Administración de justicia y derechos humanos*, Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto, 2005, págs. 33-174

[5] Véase NIETO, A.: "Reducción jurisdiccional de la discrecionalidad en materia disciplinaria", *Revista de Administración Pública*, Nº 44, Madrid 1964, pág. 153.

[6] Véase sentencias de 17 de julio y 23 de octubre de 1953, Corte Federal (Venezuela), *Gaceta Forense* No. 1, Caracas 1953, p. 151 y No. 2, Caracas 1953, pág. 64.

> El uso del verbo "poder", en la oración "podrá reducir las penas" [de una norme legal], indica que se está en presencia de una facultad discrecional de la Administración Pública. Poder es tener la facultad o el medio de hacer una cosa, y facultad, el derecho —no el deber ni la obligación—, de hacer una cosa. El Código de Procedimiento Civil, en su artículo 13, da la interpretación jurídica de este verbo, que bien puede aplicarse, no sólo en las actuaciones judiciales, sino en general. Cuando la ley dice: "El Juez o Tribunal puede o podrá", se entiende que lo autoriza para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y de la imparcialidad[7].

Ello ha sido, precisamente, lo que ha dado origen a la distinción clásica del derecho administrativo entre la administración reglada y el poder discrecional; distinción a la cual se refirió hace varias décadas la misma antigua Corte Federal de Venezuela de Venezuela al expresar que:

> Los actos administrativos son de dos categorías: los *discrecionales*, cuando la administración no está sometida al cumplimiento de normas especiales en cuanto a la oportunidad de obrar, sin que ello quiera decir que se obra al arbitrio, eludiendo toda regla de derecho, pues la autoridad administrativa debe observar siempre los preceptos legales sobre formalidades del acto; y los *reglados*, llamados también vinculados y obligatorios, cuando el funcionario no puede ejecutarlos sino con sujeción estricta a la ley, so pena de incurrir en incompetencia, exceso de poder o genéricamente, en ilegalidad o violación de la ley[8].

En este sentido, en otra sentencia la misma antigua Corte estableció la diferencia entre estos dos tipos de actos administrativos, indicando que estriba:

> en que en los [actos administrativos] reglados la ley establece si la autoridad administrativa ha de actuar, cuál es esa autoridad y cómo debe hacerlo, determinando las condiciones de la conducta administrativa en forma de no dejar margen a la elección del procedimiento; mientras que en los [actos administrativos] discrecionales, atendiendo a necesidades de la Administración Pública, la autoridad administrativa, en muchos casos, apreciará hechos pasados o consecuencias futuras, y para ello, dispondrá de cierta libertad de apreciación, sin que quiera significar esto que proceda *arbitrariamente*[9].

Entendida en esta forma, la actividad discrecional de la Administración es indispensable para que ésta pueda realizar actividades en procura del interés general y lograr sus fines de un modo cabal, porque la ley no puede prever y

[7] Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 6 de noviembre de 1958 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, Nº 22, Caracas 1958, pág. 133.

8 Véase sentencia de la Antigua *Corte Federal* de 17 de julio de 1953 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, Nº 1, Caracas 1953, pág. 151.

[9] Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 26 de noviembre de 1959 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, Nº 26, Caracas 1959, pág. 125.

reglamentar las múltiples, cambiantes y complejas relaciones jurídicas que se producen en la sociedad. De ahí que, en muchos casos, la ley se limite a determinar normas que fijan la competencia de los diversos órganos administrativos y deja a éstos una cierta *libertad de apreciación de los hechos*, para decidir u orientar su actuación[10].

De lo anterior resulta una premisa en esta materia, y es que el ejercicio de una actividad administrativa discrecional tiene que tener siempre su fundamento y su razón de ser en una ley, en el sentido de que la discrecionalidad, como lo dijo hace años BALLBE, "no se funda en la ausencia de preceptos jurídicos que limitan la actividad de la administración, sino en la atribución, por el derecho, de una libertad de apreciación"[11]. Es decir, como la jurisprudencia venezolana lo sostuvo hace años, el funcionario sólo puede ejercer las facultades que la ley le señala expresamente (competencia expresa), por lo que "nunca, en ninguna oportunidad, puede el funcionario ejercer atribuciones discrecionales, a menos que la ley se las conceda directa y categóricamente"[12]. Por ello, el primer motivo del control judicial de la discrecionalidad está en la aplicación e interpretación de la ley que autoriza la actividad discrecional, que no es otra cosa que el control de la competencia o base legal de los actos administrativos. Por ello, con razón, MARCEL WALINE afirmó hace varias décadas que si fuera necesario dar de algún modo una definición de derecho administrativo mismo, podría decirse "que es esencialmente el estudio del poder discrecional de las autoridades administrativas y de su limitación para salvaguardar los derechos de terceros (administrados o agentes públicos)"[13].

Ahora bien, en materia de la actividad discrecional, no sólo el juez contencioso ha jugado un papel fundamental, sino también el legislador, de manera que en muchos casos los límites al ejercicio del poder discrecional se ha establecido en leyes, positivizándose en esta forma los principios generales del derecho.

En tal sentido, la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica establece varias normas relativas al ejercicio del poder discrecional y al control judicial del mismo que deben destacarse. El artículo 15.1 de la Ley General, en efecto, comienza por prescribir que el ejercicio del poder discrecional está

[10] Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 6 de noviembre de 1958 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, Nº 22, Caracas 1958, pág. 133.

11 Véase Ballbé, M.: "Derecho Administrativo" en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona 1949, pág. 64 cit. por CLAVERO ARÉVALO, M. F.: "La doctrina de los principios generales del derecho y las lagunas del ordenamiento jurídico", *Revista de Administración Pública*, Nº 7, Madrid 1952, pág. 89.

[12] Véase sentencia de la antigua *Corte Federal y de Casación en Sala Federal* de 11 de agosto de 1949 en *Gaceta Forense*, 1ª etapa (Segunda Edición), Año I, Nº 2, Caracas 1949, pág. 140.

[13] Véase WALINE, M.: "Étendue et limites du contrôle du juge administratif sur les actes de l'Administration", *Études et documents*, Conseil d'Etat, núm. 10, París, 1956, pág. 25.

"sometido en todo caso a los límites que le impone el ordenamiento expresa o implícitamente, para lograr que su ejercicio sea eficiente y razonable", atribuyéndose el juez potestad para controlar la legalidad no sólo sobre los aspectos reglados del acto discrecional, sino "sobre la observancia de sus límites" (art. 15.2).

Ello lo refuerza la propia Ley General al prescribir en su artículo 216 que:

> La Administración deberá adoptar sus resoluciones dentro del procedimiento con estricto apego al ordenamiento y, en el caso, de las actuaciones discrecionales, a los límites de racionalidad y razonabilidad implícitos en aquél.

El artículo 16.1 es reiterativo, en cuanto a este principio de la razonabilidad, al establecer que "en ningún caso podrán dictarse actos contrarios a reglas unívocas de la ciencia o de la técnica, o a principios elementales de justicia, lógica o conveniencia" (art. 16.2). Otro límite al ejercicio del poder discrecional en la Ley de Costa Rica, se establece, en relación a "los derechos del particular" (art. 17) frente a la discrecionalidad, que no deben ser vulnerados.

La Ley General, además, consagra expresamente la consecuencia del traspaso de los límites mencionados por la autoridad administrativa al prescribir, en el artículo 158, como una causa de invalidez de los actos administrativos, la infracción a las reglas técnicas y científicas de sentido unívoco y aplicación exacta, en las circunstancias del caso, y agrega en el artículo 160, que:

> El acto discrecional será inválido, además, cuando viole reglas elementales de lógica, de justicia o de conveniencia, según lo indiquen las circunstancias del caso.

Por último, es de destacar que el artículo 133 de la misma Ley General el cual regula los motivos del acto administrativo, y establece que cuando éste no esté regulado, "deberá ser *proporcionado* al contenido y cuando esté regulado en forma imperiosa deberá ser *razonablemente* conforme con los conceptos indeterminados empleados por el ordenamiento. El principio de la proporcionalidad también lo repite la Ley General en el artículo 132.1 relativa, al objeto del acto administrativo, al prescribir que debe ser "proporcionado al fin legal" del acto.

Es difícil, ciertamente, encontrar otro ejemplo de legislación positiva en el mundo con normas tan precisas y ricas en su contenido, para que los jueces puedan controlar el ejercicio del poder discrecional[14], con precisas referencias a

[14] Véanse los comentarios en BREWER-CARÍAS, A. R.: "Comentarios sobre los Principios Generales de la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica", en *Revista del Seminario Cont.*

los principios de razonabilidad, racionalidad, justicia, lógica, proporcionalidad y conveniencia.

La Ley venezolana de Procedimientos Administrativos de 1982, recogió también el principio de los límites al ejercicio del poder discrecional en la norma que hemos comentado del artículo 12, que prescribe:

> Aún cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente, dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia.

Se consagró así, expresamente, como antes hemos analizado, no sólo la existencia de elementos reglados del acto discrecional que siempre deben respetarse (adecuación con los presupuestos de hecho, adecuación con la finalidad, competencia legal o reglamentaria, respeto de las formas y procedimiento), sino que se erigió como límite fundamental al ejercicio del poder discrecional, la obligación del funcionario de "mantener la debida proporcionalidad". Así se estableció también en el Código Contencioso Administrativo de Colombia, en su artículo 36:

> En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa.

De lo anteriormente expuesto se puede sacar como conclusión, en materia de control judicial del ejercicio del poder discrecional, que tanto la jurisprudencia y la doctrina como la legislación, esta última, en particular en América Latina, fue abandonando la vieja inmunidad jurisdiccional en esta materia, distinguiendo, incluso, lo que en apariencia es discrecionalidad (como en el caso de la aplicación de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados) y que está sometida plenamente a control judicial; de lo que sí es, propiamente, ejercicio del poder discrecional y en relación a lo cual los principios de razonabilidad, lógica, justicia, igualdad y proporcionalidad, se impusieron en el materia de oportunidad, que tradicionalmente había estado excluida de control.

Internacional de Derecho Administrativo, San José, 1981, pág. 52; ORTÍZ, E.: "Nulidades del Acto Administrativo en la Ley General de Administración Pública", *idem*, pág. 386; GONZALO FAJARDO: *El Estado de Derecho y la Ley General de Administración Pública*, *idem*, págs. 523-524.

Es precisamente, por los límites impuestos al ejercicio de los poderes discrecionales derivados de esos principios generales del derecho, por lo que la jurisprudencia ha reiterado[15] que "la discrecionalidad no es arbitrariedad"[16].

II. El control judicial del ejercicio del poder discrecional

En efecto, el ejercicio del poder discrecional, es decir, de la potestad atribuida por el Legislador a la Administración de apreciar libremente las circunstancias de hecho y adoptar una decisión escogiendo entre varias alternativas, todas igualmente justas y conforme a la legalidad, tiene siempre un límite absoluto sobre el cual versa el control judicial, y es que el acto administrativo que se adopte con base en el ejercicio de tal poder no puede ser arbitrario, es decir, la libertad de apreciación de los hechos y de la oportunidad de actuar otorgada al funcionario, no significa que pueda actuar arbitrariamente[17].

El problema de los límites al ejercicio del poder discrecional y su control judicial radica, entonces, en el establecimiento de la frontera entre discrecionalidad y arbitrariedad; de manera que el juez contencioso administrativo pueda controlar el ejercicio directo del poder discrecional cuando resulte arbitrario, además de ejercer sus poderes de control sobre los aspectos reglados del acto discrecional[18] y particularmente sobre la comprobación y calificación de los presupuestos de hecho[19], y sobre la adecuación de la decisión a los fines establecidos en la Ley.

Las dudas del Juez contencioso-administrativo de controlar efectivamente lo que es ejercicio del poder discrecional por la Administración y establecer el límite entre discrecionalidad y arbitrariedad, históricamente existieron en todos los países contemporáneos, donde con frecuencia se formuló el principio de que el juez no podía juzgar sobre las razones de oportunidad o de conveniencia para la adopción de un acto administrativo porque: "el juez no puede sustituirse al administrador por motivos obvios de diferenciación y especialización de funciones conectadas con el principio de la separación de poderes"[20].

[15] Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 17 de julio de 1953 en *Gaceta Forense,* Nº 1, 1953, p. 151. *Véase* Además, la antigua *Corte Federal* de 24 de febrero de 1956 en *Gaceta Forense,* 2ª *etapa,* Nº 11, 1956, pág. 28.

[16] Véase HERNÁNDEZ RON, J. M.: "La Potestad discrecional y la Teoría de la Autolimitación de Poderes", loc. cit, pág. 8.

[17] BREWER-CARÍAS, A. R.: *Los límites..., loc. cit.,* pág. 11.

[18] En la sentencia de la antigua Corte Federal (Venezuela) (Caso *Reingruber*) de 6 de noviembre de 1958, por ejemplo, quedó claramente señalado en relación a los actos del ejercicio del poder discrecional, que siempre "puede ser materia de revisión (por el Juez) por lo que se refiere a la incompetencia del funcionario que lo dictó, o defecto de forma del acto, o a su ilegalidad", *Gaceta Forense,* núm. 22, pág. 134. *Cf.* BREWER-CARÍAS, A. R.: *Los límites..., loc. cit.* pág. 14.

[19] Sobre la "veracidad y la congruencia de los hechos" como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa (Venezuela), en sentencia (caso *Depositaria Judicial)* de 2 de noviembre de 1982, *Revista de Derecho Público,* núm. 12, Caracas 1982, pág. 130.

[20] *Idem*.

Sin embargo, tanto en la jurisprudencia como en la legislación de América Latina, desde hace décadas se aprecian esfuerzos significativos por permitir, efectivamente, que el juez contencioso-administrativo penetre en el ámbito de la discrecionalidad y controle la arbitrariedad. En esta materia, de nuevo, los principios generales del derecho han suministrado el arsenal inicial para esta lucha contra la arbitrariedad que habiendo sido inicialmente librada por los jueces, ha venido teniendo como aliado al Legislador en la codificación del procedimiento administrativo.

A. Los fundamentos del control judicial: los principios generales del derecho

Hace más de medio siglo, por ejemplo, uno de los clásicos tratadistas venezolanos, J. M. HERNÁNDEZ RON, señalaba que "la acción administrativa se puede considerar como discrecional, cuando se realiza según la libre apreciación de las circunstancias que, *con sujeción siempre a la equidad y a los principios generales del derecho,* hará la Administración"[21]. Ello implica la facultad de ejercer una actividad administrativa en forma discrecional, está limitada por los principios generales del derecho y puede suponer un control judicial que no implica "una sustitución de la discrecionalidad administrativa por la judicial"[22]. Entre esos principios generales se encuentran el principio de la injusticia manifiesta, el de la irracionalidad, el de la buena fe, el de la proporcionalidad de los medios a los fines, el de la igualdad, y en general todos los principios derivados de los derechos y libertades fundamentales de las personas, puesto que es evidente que la Administración no puede, en nombre de sus facultades discrecionales, violar principios constitucionales consagrados como base entera de la organización social y del orden jurídico[23].

Un punto de partida contemporáneo en este esfuerzo, puede situarse en dos sentencias de la antigua Corte Federal de Venezuela adoptadas en los años cincuenta. En la primera (caso Municipalidad de Maracaibo) de fecha 24 de febrero de 1956, al declarar la Corte la anulación de un acto administrativo que había revocado un permiso de construcción, el juez consideró que era arbitrario por carecer de fundamento y por ser injusto, afirmando que "la discrecionalidad no implica arbitrariedad ni injusticia puesto que la

[21] Véase HERNÁNDEZ RON: *La Potestad Administrativa discrecional*, *loc. cit.*, pág. 8.

[22] Véase NIETO: *Reducción jurisdiccional...*, *loc. cit.*, pág. 157.

[23] *Cfr.* GARCÍA DE ENTERRIA: *La lucha por...*, *loc. cit.*, págs. 178-179. En este mismo sentido CLAVERO AREVALO, M. F.: "La Doctrina de los Principios Generales del Derecho y las Lagunas del Ordenamiento jurídico", *Revista de Administración Pública*, N° 7, 152, pág. 101, expresa que los Principios Generales del Derecho "constituyen un límite exterior que no puede ser violado por el contenido de los actos discrecionales, ya que en este sentido se producirá un desbordamiento de la potestad discrecional invadiendo la esfera reglada, cuya norma la constituirán los preceptos administrativos y, en su defecto, los principios generales del Derecho".

Administración... no obra en pura conformidad a su elección, sino en virtud y como consecuencia de su capacidad condicionada por su fin"[24].

En la segunda sentencia (caso Reingruber) de 6 de noviembre de 1958, la antigua Corte, a pesar de haber considerado que la potestad dada al Ministerio de Hacienda de poder reducir las multas cuando concurran circunstancias que demuestren falta de intención dañosa del contraventor, era una potestad discrecional, y decidir que "la manera como el funcionario administrativo ejerció la facultad discrecional" que le reconoce la ley no podía ser revisado por la Corte, el Supremo Tribunal reconoció que en los casos de atribución de poder discrecional debe entenderse que la Ley autoriza al funcionario: "para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y de la imparcialidad"[25].

Puede decirse que en este considerando la antigua Corte sentó las bases para el control jurisdiccional del ejercicio del poder discrecional en Venezuela, fundamentándose en principios generales del derecho, como son el principio de la *racionalidad* (la decisión administrativa adoptada en ejercicio de un poder discrecional no puede ser ilógica o irracional); el principio de la *justicia* o de la *equidad* (la decisión producto del ejercicio de poderes discrecionales no pueden ser inicua, inequitativa o injusta); y el principio de la *igualdad* (la decisión administrativa que resulte del ejercicio de poderes discrecionales no puede ser parcializada ni discriminatoria). A estos principios se agrega el principio de la *proporcionalidad* que toda decisión adoptada en ejercicio de un poder discrecional debe respetar, de manera que exista una adecuación entre los supuestos de hecho y la decisión tomada[26], y debe agregarse también

[24] *Gaceta Forense*, núm. 11, Caracas, 1956, págs. 27-30, *Véase* en BREWER-CARÍAS, A. R.: *Jurisprudencia de la Corte Suprema de 1930-1974 y Estudios de Derecho Administrativo,* t. I, Caracas, 1975, págs. 611-612.

[25] *Gaceta Forense*, num. 22, Caracas, 1958, págs. 133-134

[26] Véase en BREWER-CARÍAS: *Los limites del poder discrecional de las autoridades administrativas*, *loc. cit*., págs. 27-33. *Véase* los comentarios a nuestro análisis en URDANETA TROCONIS, G.: "Notas sobre la distinción entre actos reglados y discrecionales y el control jurisdiccional sobre estos" en *Tendencias de la Jurisprudencia venezolana en materia contencioso administrativa*, Caracas, 1986, págs. 395-399. En Colombia, al referirse a la necesaria sumisión del ejercicio del poder discrecional a los principios generales del derecho, Consuelo Sarría los resume así: "la Administración tendrá en cuenta la *racionalidad o razonabilidad*: en cuanto su decisión tiene que estar de acuerdo con la razón con la lógica y congruente con la motivación, en cuanto la discrecionalidad no implica arbitrariedad; *la justicia*: el actuar de la Administración, aunque sea discrecional en el sentido de que puede evaluar la oportunidad y conveniencia de sus decisiones, no puede ser injusto, deberá siempre ser equitativo, respetando los intereses de la Administración y de los administrados*; la igualdad*: la autoridad administrativa tendrá que respetar el principio de la igualdad que se aplica a todas las actuaciones del Estado enfrente a los particulares, en cuanto estos serán tratados en igualdad de condiciones, sin que pueda haber favoritismo por parte de las autoridades; *la proporcionalidad*: que debe existir entre los medios utilizados por la Administración y los fines de la medida; *el derecho a la defensa:* en cuanto la Administración antes de tomar una medida, debe oír al administrado", Sarria, C.: "Discrecionalidad Administrativa" en J.C. CASSAGE Y OTROS: *Acto Administrativo,* Tucumán, 1982, pág. 118.

el principio de la *buena fe*, de manera que toda actuación del funcionario que con intención falsee la verdad, también sería ilegal[27].

En la jurisprudencia argentina y uruguaya, estos principios que se configuran como límites a la discrecionalidad, se englobaron en la exigencia de la "razonabilidad" en la actuación administrativa[28], en el sentido de que un acto administrativo, aún dictado en ejercicio de facultades discrecionales, puede ser revisado judicialmente si es irrazonable o arbitrario. El principio de la razonabilidad se desarrolló particularmente en Argentina como un límite al ejercicio del poder de policía[29], al erigirse en la garantía de seguridad respecto a la forma, modo, manera y oportunidad del *cómo* debe realizarse la función policial. La jurisprudencia argentina, así, conformó cuatro principios de lógica jurídica que conforman el carácter razonable de una medida de policía, exigiendo que la limitación debe ser justificada; el medio utilizado, es decir, la cantidad y el modo de la medida, debe ser adecuado al fin deseado; el medio y el fin utilizados deben manifestarse proporcionalmente; y todas las medidas deben ser limitadas[30].

La razonabilidad se ha configurado así, en un *standard* jurídico comprensivo de una serie de valores que deben guiar la actividad administrativa (en lugar de "*bonus pater familiae*" el "*bonus magistratus*") y que realizan la justicia con todos sus sinónimos: equivalencia, proporción, adecuación, igualdad, paridad, justa distribución, dar a cada uno lo que le corresponde, etc[31]. La actuación administrativa irrazonable, por tanto, es arbitraria y aún cuando sea producto del ejercicio de un poder discrecional, puede ser controlada judicialmente, tal como lo decidió la antigua Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), en 1959, al señalar que "los jueces poseen la potestad de revocar o anular la decisión administrativa sobre hechos controvertidos, si ella fuera suficientemente irrazonable, o se apoyara tan solo en la voluntad arbitraria o en el capricho de los funcionarios"[32].

Lo arbitrario o irrazonable de una actuación administrativa, en todo caso, puede resultar, de la irrazonabilidad en la elección del momento (decisión manifiestamente inoportuna); en la elección de modalidades de actuación (medios desproporcionados, por ejemplo), o en la forma de actuación (desigual o discriminatoria)[33].

[27] Véase sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 21 de marzo de 1984, *Revista de Derecho Público*, núm. 18, Caracas, 1984, pág. 172.
[28] Véase LINARES, J. F.: *Poder Discrecional Administrativo*, Buenos Aires, 1958, págs. 155 sigs.
[29] Véase VÁSQUEZ, R. F.: *Poder de Policía*, Buenos Aires, 1957, págs. 41 sigs. y 122 sigs.
[30] Véase FIORINI, B. A.: *Poder de Policía*, Buenos Aires, 1958, Pág. 149.
[31] *Idem*, pág. 158; J. F. LINARES, *op. cit.*, pág. 164.
[32] Caso *Reyes* de 25 de septiembre de 1959, Fallos t. 244, *cit.* por GORDILLO, A.: *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 3, Buenos Aires, 1979, págs. 9-27.
[33] Véase J. F. LINARES, *op. cit.*, págs. 164 sigs.

En la jurisprudencia contencioso-administrativa del Uruguay se encuentran soluciones basadas en principios similares. Así, el Tribunal de lo Contencioso administrativo en sentencia de 27 de septiembre de 1971 afirmó que "los poderes discrecionales... sólo los podía ejercitar (la Administración) dentro de los límites razonables y conforme a una equilibrada valuación de los factores constitutivos de la falta en juicio"[34].

En España, la reducción progresiva de la arbitrariedad se desarrolló inicialmente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en igual forma, por la aplicación de los principios generales del derecho. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMAS RAMÓN FERNÁNDEZ, en esta forma, citan un cúmulo de sentencias en las cuales el control jurisdiccional del ejercicio del poder discrecional se ha efectuado con base en considerar que unas medidas eran injustificadas a todas luces a incluso contrarias a la razón (sentencia 6-2-63). Así, se censuraron jurisdiccionalmente las actuaciones administrativas contrarias al "respeto debido al principio de la buena fe, en que han de inspirarse los actos de la Administración" (sentencias de 23-12-59, 22-6-60, 27-12-66, 13-5-71, 12-3-75, 6-2-78, 24-2-79 y 5-2-81); o "cuya gravedad no guarda una razonable proporcionalidad con la infracción" (sentencia de 25-3-72). El Tribunal Supremo también acudió al principio *favor libertatis* para obligar a la Administración a acomodar sus intervenciones en la esfera de los administrados al procedimiento menos restrictivo de la libertad[35].

B. El control judicial de la discrecionalidad basado en el principio de la proporcionalidad

Como hemos dicho, por ejemplo, las leyes de Colombia y Venezuela establecen que el acto discrecional debe mantener la debida proporcionalidad, lo cual configura uno de los límites que tradicionalmente la jurisprudencia exigía a la autoridad administrativa frente a la discrecionalidad. El acto discrecional no puede ser desproporcionado, porque la desproporción es arbitrariedad. Si una disposición establece, por ejemplo, que por la infracción de una norma se puede aplicar una sanción entre dos límites, máximo y mínimo, según la gravedad de la falta, a juicio de la autoridad administrativa, dentro de su libre apreciación de la situación, la Administración no puede ser arbitraria y aplicar medidas desproporcionadas. La decisión que tome tiene que ser proporcional al supuesto de hecho.

[34] Véase en J. P. CAJARVILLE, *Dos Estudios de Derecho Administrativo*, Montevideo, 1988, pág. 106.
[35] Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, Madrid, 1983, págs. 449-451.

Por supuesto, la proporcionalidad, como limite a la discrecionalidad, no sólo rige respecto de la aplicación de sanciones, sino en general, respecto de toda medida discrecional que adopte la Administración.

Este límite había sido tradicionalmente elaborado por la jurisprudencia que había señalado expresamente que "el funcionario al obrar discrecionalmente, tiene que hacerlo... marcando la exacta correspondencia entre el fin perseguido y los medios utilizables (medio que ofrece la técnica de su actividad)"[36]. Se trata de la aplicación del principio de la proporcionalidad de medios a fines como límite del poder discrecional[37]. En este sentido, la desproporcionalidad entre los fines perseguidos y los medios utilizados puede también ser controlada judicialmente. Esa situación puede plantearse en casos como el siguiente: un funcionario comete una falta de poca entidad (contestar de mala forma a un superior); no se discute el hecho considerado en sí mismo; las leyes y reglamentos no prevén la falta, ni fijan la sanción; aunque el poder disciplinario, en principio, es discrecional, no podría destituirse al funcionario porque tal sanción sería *manifiestamente excesiva*, configurando una arbitrariedad[38].

La proporcionalidad también se establece en la Ley argentina de Procedimiento Administrativo, al prescribir dentro de los "requisitos esenciales del acto administrativo", la necesidad de que "las medidas que el acto involucre deben ser proporcionalmente adecuadas" a la finalidad que resulta de las normas que otorgan las facultades al órgano administrativo (art. 7.f).

Estas normas incorporaron, por tanto, a los límites a la discrecionalidad, el principio de la proporcionalidad[39], conforme al cual las medidas adoptadas en los actos administrativos deben ser proporcionales tanto a los fines que prevé la norma que las autoriza, como a los hechos que las motivan. Tal como lo precisó la antigua Corte Suprema de Justicia de Venezuela, los actos administrativos estarían viciados de abuso de poder:

[36] Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 24 de febrero de 1956 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, Nº 11, Caracas 1956, pág. 28.

[37] *Cfr.* GARCÍA DE ENTERRIA, E.: *La interdicción...*, *loc. cit.*, pág. 130; MERIKOSKi: *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration*, Bruselas, 1958, pág. 44 *cit.* por GARCÍA DE ENTERRIA, E.: *La interdicción...*, *loc. cit.*, pág. 163.

[38] *Cfr.* SAYAGUES LASO, E.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Montevideo, 1953, pág. 410, nota Nº 3.

[39] Véase BREWER-CARÍAS, A. R.: *El Derecho administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Caracas, 1985, pág. 46; GORDILLO, A.: *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1969, pág. 250. Conforme a lo establecido por la Corte Suprema de la Nación (Argentina) "las medidas utilizadas por la autoridad pública deben ser proporcionadamente adecuadas a los fines perseguidos por el legislador". Caso: *Sindicato Argentino de Músicos*, 1960, Fallos t. 248, págs. 800 y sigs.

> cuando no existe proporción o adecuación entre los motivos o supuestos de hecho que sirvieron de base al funcionario u órgano autor del acto recurrido para dictar su decisión, y los contemplados en la norma jurídica, en el sentido de que se trata de un vicio que consiste en la actuación excesiva o arbitraria del funcionario, respecto de la justificación de los supuestos que dice haber tornado en cuenta, para dictar el acto[40].

En el mismo sentido, el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Uruguay, en sentencia de 23 de abril de 1976 al apreciar la ilegalidad de la imposición de una sanción, señaló que esta "aparece como ciertamente desproporcionada... hubo exceso de parte del jerarca en el ejercicio de sus funciones discrecionales, cayendo en ilicitud... obligando, por ende, al control anulatorio por parte del Tribunal"[41].

Por su lado, en la Ley de Procedimientos Administrativos del Perú, entre los principios del procedimiento administrativo que enumera y describe el artículo IV del Título Preliminar, se destaca el de razonabilidad señalándose, al efecto, que:

> Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido (art. IV, 1.4).

Los principios de la razonabilidad y de la proporcionalidad también han tenido aplicación jurisprudencial en Francia, en materia de control jurisdiccional del ejercicio del poder discrecional. En cuanto al principio de la razonabilidad, puede encontrarse aplicado en la jurisprudencia comentada relativa al "error manifiesto de apreciación", el cual según lo afirma GUY BRAIBANT, aparece cuando la Administración "ha ido más allá de los límites de lo razonable en el juicio que ella ha realizado sobre los elementos de la oportunidad"[42]. De allí la celebre frase del mismo BRAIBANT en relación al ejercicio del poder discrecional y el principio de la razonabilidad: "El poder discrecional comporta

[40] Véase sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 21 de marzo de 1984, *Revista de Derecho Público*, núm. 18, Caracas, 1984, pág. 172. En igual sentido, la misma Corte Primera en sentencia de 16 de diciembre de 1982, estimó que este vicio de abuso de poder se da en los casos de "desmedido uso de las atribuciones que han sido conferidas lo cual equivale al excesivo celo, a la aplicación desmesurada, esto es, a todo aquello que rebasa los límites del correcto y buen ejercicio de los poderes recibidos de la norma", *Revista de Derecho Público*, núm. 13, Caracas, 1982, pág. 119.

[41] Véase en J. P. CAJARVILLE, *op. cit.*, pág. 106.

[42] Conclus, CE, 13 de noviembre de 1970, *Lambert, cit.*, por A. DE LAUBADERE, "Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat Français", *Mélanges offerts a Marcel Waline*, París, 1974, t. II, pág. 540.

el derecho de equivocarse pero no el de cometer un error manifiesto, es decir a la vez aparente y grave"[43].

En el caso de control jurisdiccional del error manifiesto en la apreciación de los hechos, indicaron LONG, WEIL y BRAIBANT, que el juez "no se pronuncia sobre la apreciación como tal, sino sobre el error que ha podido viciar esta apreciación, cuando este error es evidente, al poder ser descubierto por simple sentido común, cuando se trate de un error manifiesto que desnaturalice la interpretación que hace la Administración de la extensión de su poder discrecional"[44].

Ahora bien, si en general se dan ejemplos jurisprudenciales de la aplicación de la técnica del error manifiesto como instrumento de control del ejercicio del poder discrecional por el Consejo de Estado, en la gran mayoría de los casos reseñados, en realidad, como hemos dicho,se trata de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados[45]. Quizás, supuestos de aplicación del error manifiesto de apreciación en tanto que control del ejercicio del poder discrecional, en estricto sentido se pueden encontrar en las decisiones del Consejo de Estado sobre error de equivalencia entre empleos públicos (CE 13 nov 1953, *Denizet*, Rec. 489; y CE 15 fév 1961, *Lagrange*, Rec. 121; CE 9 mai 1962, *Commune de Montfermeil*, Rec. 304)[46].

En cuanto al principio de la proporcionalidad como límite al ejercicio del poder discrecional, aun cuando a veces se afirmó que no había sido reconocido plenamente en el sistema francés[47], fue aplicado en muchas decisiones por el Consejo de Estado, comenzando por el *arrêt Benjamin* del 19 de mayo de 1933, en el cual el Consejo de Estado anuló la prohibición de una reunión impuesta por un Alcalde, considerando que "la eventualidad de las perturbaciones... no presentaban un *grado de gravedad* tal que no pudiera, sin prohibir la conferencia, mantener el orden decretando las medidas de policía que le correspondía tomar"[48]. En este caso, como lo observaron LONG, WEIL y BRAIBANT, el juez verificó "no solamente la existencia, bajo las circunstancias del caso, de una amenaza de perturbación del orden público susceptible de justificar una medida de policía, sino también si esta medida era apropiada,

[43] Conclus, CE, 2 de noviembre de 1973, *Libraire François Maspero*, Rec. 611, en LONG, WEIL y BRAIBANT, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *cit.*, pág. 585.
[44] Véase LONG, WEIL y BRAIBANT, *op. cit*., pág. 580.
[45] Véase todas las referencias jurisprudenciales en LONG, WEIL y BRAIBANT, *op. cit*., con ocasión de los comentarios al *arrêt Maspero*, págs. 580-585; J. M. AUBY y R. DRAGO, *op. cit*., t. II, págs. 399-400.
[46] Véase las referencias en LONG, WEIL y BRAIBANT, *op. cit.*, pág. 581.
[47] G. BRAIBANT: "Le Principe de la proportionalité", *Mélanges offerts à Marcel Waline*, Paris, 1974 t. II págs. 297 sigs.
[48] Rec. 541, concl. MICHEL. en LONG, WEIL y BRAIBANT, *op. cit*., págs. 217 sigs.

por su naturaleza y su gravedad a la importancia de la amenaza; controlando así la adecuación de la medida a los hechos que la motivan"[49].

Se trató, sin duda, de la aplicación del principio de la proporcionalidad, es decir, de la adecuación entre las medidas adoptadas y los hechos, lo cual también tuvo aplicación en Francia en materia disciplinaria a partir del *arrêt Lebon* (CE 9 juin 1978), en el cual el Consejo de Estado, aplicando la técnica del error manifiesto, controló la proporcionalidad de la sanción disciplinaria con la gravedad de la falta[50]. En otra decisión del Consejo de Estado en el *arrêt Vinolay* (CE 26 juillet 1978), conforme al mismo criterio, anuló una destitución de un funcionario, señalando que "si las faltas a reglas de buena administración... eran de tal índole que legalmente justificaran una sanción disciplinaria, ellas no podían legalmente fundamentar, sin error manifiesto de apreciación, una medida de revocación que constituye la sanción más grave dentro de la escala de las penas"[51].

C. El control judicial de la discrecionalidad basado en el principio de la racionalidad

Pero además del límite al poder discrecional derivado del principio de la proporcionalidad, otro importante límite al mismo es el que se ha construido por la jurisprudencia derivado del principio de la racionalidad o razonabilidad. Como lo dijo la antigua Corte Federal de Venezuela, en los casos de ejercicio del poder discrecional, la ley autoriza al funcionario para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y de la imparcialidad" [52].

En sentido similar, en otra decisión referente a las limitaciones a la libertad de cultos, los cuales conforme a la legislación, están sometidos a la suprema inspección de la Administración, la antigua Corte Federal venezolana también señaló que "esa inspección o vigilancia no es puramente contemplativa, sino que implica la facultad de tomar medidas que a juicio del Ejecutivo Nacional aconsejan los superiores intereses de la Nación, materiales, morales, políticos, industriales, patrióticos o de cualquier otra índole *racional y justa*"[53].

[49] *Idem*, pág. 221.
[50] Cf. LONG, WEIL y BRAIBANT, *op. cit.*, pág. 583.
[51] Cit., en J. M. AUBY y R. DRAGO, *op. cit.*, t. 11, pág. 400; VEDEL, G. y DELVOLVE, P.: *Droit Administratif*, París, 1984, pág. 801.
[52] Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 6 de noviembre de 1958 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, Nº 22, 1958, pág. 133.
[53] En este mismo sentido la antigua *Corte Federal y de Casación*, en sentencia de 7 de diciembre de 1937 señaló: "Cuando la ley no establece esas formas especiales para el acto, sino que únicamente establece la facultad de cumplir el funcionario tal o cual acto, la forma de expresión de la voluntad de la administración pública, puede hacerse en las condiciones que juzgue más *conveniente y Cont.*

Por tanto, uno de los límites del ejercicio de la libertad de apreciación que implica el poder discrecional, es que éste se ejerza racionalmente, lo que no es sino una consecuencia de ese principio que impone a la Administración una actuación lógica y congruente. La irracionalidad y la ilogicidad aparecen entonces como una falta de consecuencia y de nexo lógico entre las distintas partes que forman el acto administrativo, siempre que no sea la ley la que determine su estructura. En este sentido habría ilogicidad por contradicción en la propia motivación o en el propio dispositivo del acto o por falta de correspondencia entre la motivación y el dispositivo[54].

Uno de los supuestos que requiere de racionalidad en el ejercicio de la facultad discrecional es la oportunidad de obrar. Si bien es típico de la discrecionalidad que "la administración no está sometida al cumplimiento de normas especiales en cuanto a la *oportunidad de obrar*. . . ello no quiere decir que se obre al arbitrio"[55], es decir, ello no quiere significar que en la elección de ese "momento" se pueda obrar irracionalmente. Por ejemplo, el viejo Reglamento General de Alimentos de Venezuela establecía que correspondía "al Ministerio de Sanidad y Asistencia Social todo lo relacionado con la higiene de la alimentación y, en consecuencia,... adoptar cualquier otra medida sanitaria que se considere conveniente para el mejoramiento de la alimentación en el país"[56]. Ello implica que la autoridad administrativa, para hacer uso de esa facultad discrecional cuando lo "considere *conveniente*", puede tomar cualquier medida sanitaria en vista del mejoramiento de la alimentación, pero siempre que ello sea oportuno. Y aquí hay que hablar de una oportunidad espacial y temporal. No sólo es necesario que el "momento" sea el congruente con la medida adoptada (por ejemplo, la prohibición de importar carne de cerdo, aunque ésta haya sido tratada para destruir las triquinas, que disponga la autoridad sanitaria porque existe temor de que esté contaminada, en virtud del alto índice de contaminación que presenta en un momento dado en el país de origen, debe hacerse cuando el "momento" lo exige, y no tiempo después, cuando el peligro de contaminación ha sido erradicado), sino que también debe esa apreciación de la oportunidad tener una referencia espacial (por ejemplo, prohibición de importar carne de cerdo de un país dado donde existe alto índice de contaminación, y no prohibición general de importación respecto, a todos los países) . En este sentido la jurisprudencia ha determinado que los actos administrativos discrecionales implican "un juicio *técnico lógico de los hechos, soberanamente apreciados* a través de las respectivas normas jurídicas"[57].

racional el funcionario público, siempre que, esa forma de expresión, demuestre claramente la voluntad de la administración". Véase en *Memoria* de 1938, Tomo I, pág. 374.

[54] *Cfr.* MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S.: *El exceso de poder..., loc. cit.*, pág. 147.

[55] Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 17 de julio de 1953 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, Nº 1, 1953, pág. 157.

[56] Artículo 1º, ordinal 10 del Reglamento General de Alimentos.

[57] Véase sentencia de la *Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa* de 3 de julio de 1961 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, Nº 33, 1961, pág. 14.

Por otra parte, el poder discrecional debe ser utilizado técnicamente para que sea racional. Era muy clara en este sentido una norma del mismo viejo Reglamento General de Alimentos citado, que inicialmente era única en el derecho positivo, que establecía que: "Cuando en este Reglamento se deje alguna medida, reglamentación o providencia, *a juicio de la autoridad sanitaria, se entiende que* tal medida, reglamentación o providencia *debe estar fundada en principios, normas, directrices o apreciaciones de carácter científico o técnico y de ninguna manera podrá ser el resultado de una actuación arbitraria*"(art. 2). Este es otro de los límites impuestos al ejercicio del poder discrecional, en el sentido de que éste debe ser usado técnicamente por la autoridad administrativa: La prohibición de utilizar determinados utensilios en la elaboración de alimentos debe estar fundada en razones de carácter técnico, es decir, en que del análisis del utensilio se ha comprobado científicamente que contiene substancias capaces de alterar el alimento.

Este principio del viejo Reglamento, como se dijo, se recogió textualmente en el artículo 12 de la Ley venezolana de Procedimientos Administrativos de 1982, al disponer que "Aún cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente, dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia".

D. El control judicial de la discrecionalidad basado en el principio de la justicia

Pero además de la exigencia de que el acto administrativo discrecional sea racional, la jurisprudencia en distintas decisiones ha exigido que sea *justo*. El poder discrecional está dado a la autoridad administrativa para que obre "según su prudente arbitrio, consultando lo *más equitativo* o racional, en obsequio de la *justicia y de la imparcialidad*"[58]. Por ello la "discrecionalidad no implica arbitrariedad ni *injusticia*"[59], y en todo caso, la potestad discrecional del funcionario administrativo, "no puede traspasar los lindes de la verdad y de la *equidad*"[60].

[58] Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 6 de noviembre de 1958 en *Gaceta Forense,* 2ª etapa, Nº 22, 1958, pág. 132.
[59] Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 24 de febrero de 1956 en *Gaceta Forense,* 2ª etapa, Nº 11, 1956, pág. 28.
[60] Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 9 de agosto de 1957 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, Nº 17, 1957, pág. 135.

En este sentido, puede ser controlada judicialmente la falta de equidad manifiesta o "iniquidad manifiesta"[61] en los actos discrecionales, así como también su injusticia manifiesta[62].

En este sentido el principio de la equidad como integrante del más amplio de justicia, funciona al lado de la libertad de apreciar la oportunidad, "como uno de los principios inspiradores para la obtención del mejor contenido del acto, tratando que la autoridad administrativa elija entre las diversas soluciones la más equitativa, la mejor que respete los intereses de la administración y de los administradores"[63].

Por otra parte, el acto administrativo discrecional no puede crear situaciones manifiestamente injustas. Clásico ere el clásico ejemplo de la jurisprudencia italiana por el cual se "anulaba un acto administrativo de separación por escaso rendimiento de un ferroviario, cuya capacidad había sido notablemente disminuida a causa del servicio"[64], lo que producía una situación *manifiestamente* injusta.

De todo lo antes expuesto resulta, en consecuencia, que "*la discrecionalidad no implica arbitrariedad*"[65].Es decir, la Administración, cuando realiza una determinada actividad en ejercicio del poder discrecional, además de estar enmarcada su actuación dentro de los requisitos legales generales, la misma debe ser racional, justa, igual y proporcional, pues de lo contrario sería arbitraria, es decir, irracional, injusta, desigual o desproporcionada, lo que produciría la posibilidad de ser controlada judicialmente por los tribunales contencioso-administrativa. Por ello, precisamente, en materia de ejercicio del poder discrecional es que se ha hablado, y tan bien, de la *"interdicción de la arbitrariedad"* como limitación al mismo[66].

[61] *Cfr*. GARCÍA DE ENTERRIA, E.: "La interdicción de la arbitrariedad en la Potestad Reglamentaria", *Revista de Administración Pública*, Nº 30, 1959, pág. 164; DIEZ, M. M.: *El Acto Administrativo*, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1956, pág. 197.
[62] *Cfr*. MARTIN-RETORTILLO BAQUER: *El exceso de poder..., loc. cit.*, pág. 148.
[63] Véase M. M. DÍEZ, *op. cit.*, pág. 198.
[64] Véase MARTIN-RETORTILLO BAQUER: *El exceso de poder..., loc. cit.*, pág. 149.
[65] Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 24 de febrero de 1956 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, Nº 11, 1956, pág. 28; sentencia de la misma Corte de 17 de julio de 1953 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, Nº 1, 1953, págs. 151-152; y sentencia de la misma *Corte Federal* de 26 de noviembre de 1959, en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, Nº 26, 1959, pág. 125.
[66] Véase GARCÍA DE ENTERRIA: *La Interdicción....*", *loc. cit.*, pág. 160.

III. La depuración del ámbito de la discrecionalidad administrativa y el control judicial de los elementos reglados de los actos administrativos

Delimitada la discrecionalidad administrativa como la potestad o libertad otorgada por la ley al funcionario para elegir entre varias posibilidades, todas las cuales son justas, lo primero que se impuso el juez contencioso administrativo al ejercer el control de legalidad, fue distinguir los casos donde hay auténtica discrecionalidad de aquellos en que no la hay, donde el control judicial se realiza en otro ángulo, propio del principio de legalidad respecto de la Administración reglada. Es el caso, por ejemplo, de la previsión en las leyes de los conceptos jurídicos indeterminados que imponen un control judicial que difiere del control de la discrecionalidad, así como del control sobre la apreciación y calificación de los hechos, que constituye una operación reglada de la acción administrativa.

A. La técnica de los conceptos jurídicos indeterminados y su control judicial

En el caso de los conceptos jurídicos indeterminados, la ley, sin otorgar discreción alguna al funcionario, generalmente le fija su competencia utilizando conceptos jurídicos que no están precisamente determinados, pero en cuya aplicación no hay libre elección, sino simple aplicación de la ley a un caso concreto, en forma tal que sólo admite una solución justa. Por ejemplo, cuando una ley local o municipal establece la competencia de la autoridad para ordenar la demolición o modificación de edificaciones que "amenacen o se encuentren en ruina", con ello no se está otorgando poder discrecional alguno al funcionario, sino lo que se está es delimitando el ejercicio de su competencia mediante el uso de un concepto jurídico indeterminado, lo que implica que ante una edificación determinada no tiene competencia sino para adoptar una sola solución justa, dependiendo de si la edificación se encuentra o no se encuentra en ruinas, cuya determinación no puede ser objeto de facultad discrecional discrecional alguna[67].

[67] Véase E. GARCÍA DE ENTERRIA, *La lucha contra..., loc. cit.*, pág. 174. El tema de los conceptos jurídicos indeterminados como excluidos del ámbito de la discrecionalidad fue considerado inicialmente por los autores alemanes. Por ejemplo FORSTHOFF, E.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1958, págs. 123 y sigs.; KLECATSKY, H.: "Reflexiones sobre el imperio de la ley, especialmente sobre el fundamento de la legalidad de la administración", *Revista de la Comisión Internacional de Juristas*, Vol. IV, Nº 2, Verano de 1963, pág. 237. *Véase* las referencias en SAINZ MORENO, F.: *Conceptos Jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, 1976, págs. 224 sigs. In Italia es lo que se conoce como discrecionalidad técnica. *Véase* por ejemplo SANDULLI, A.: *Manuale di Diritto Administrativo*, Napoles 1964 págs. 573 sigs.; VIRGA, P.: *Il Provedimento Amministrativo*, Milano 1972, págs. 27 sigs.

Por tanto, cuando la ley, al otorgar una facultad o competencia al funcionario, utiliza expresiones como "justo precio," "urgencia," "interés general," "orden público" y otros similares, lo que está es estableciendo la competencia del mismo con base a conceptos jurídicos indeterminados, respecto de los cuales, en su aplicación concreta respecto de casos particulares, el funcionario está en la obligación de determinar su contenido específico, sin que ello signifique que tenga discrecionalidad para determinar, por ejemplo, lo que sea el "justo precio."

Si la ley al contrario, estableciera al definir la competencia del funcionario, su poder para determinar por ejemplo un determinado valor o una multa dentro de un límite máximo y un límite mínimo claramente determinado,[68] allí estaríamos en presencia de un poder discrecional, que le permite al funcionario según su apreciación de las circunstancias o de la gravedad de la falta establecer la cifra correspondiente. En cambio, en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados la operación que realiza la Administración es de estricta aplicación de la ley en el sentido de que está llamada a determinar, por ejemplo, el precio que sea "justo, para lo cual no tiene libertad de apreciación, sino que tiene que ser el resultado de un juicio técnico. En este último caso, cabe la posibilidad de que la Administración se haya equivocado en su juicio, y tal error puede ser controlado y corregido por los tribunales[69].

Como ejemplo de este control respecto de la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, puede citarse lo resuelto en sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia de Venezuela de 19 de mayo de 1983[70], al conocer de la impugnación de un acto administrativo que había decidido la suspensión de un programa de televisión por ofensas a la moral pública. En el caso, el Reglamento relativo a la Radiodifusión Audiovisual (Televisión) de 1980, establecía que dichas estaciones, entre los programas que podían transmitir, estaban "los programas recreativos que contribuyan a la sana diversión, sin ofender la moral pública ni exaltar la violencia ni el delito" (art. 15). El Ministerio respectivo con competencia en materia de comunicaciones, consideró que en el caso, referido a un determinado programa (Hola Juventud), transmitido por una estación de televisión, en una fecha determinada, "se proyectó una escena de una obra de teatro en la cual se ofende la moral pública, por cuanto apareció la figura de un hombre desprovisto de vestimenta", razón por la cual la Administración sancionó a la empresa con suspensión del programa referido, por un día.

[68] Véase sentencia de la *Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa* de 12 de diciembre de 1963 en *Gaceta Oficial*, Nº 27.344 de 13 de enero de 1964.
[69] Véase NIETO, A.: *Reducción jurisdiccional..., loc. cit.*, págs. 154-155.

El acto administrativo sancionatorio fue impugnado ante la jurisdicción contencioso-administrativa, ante la cual se alegó que la escena en cuestión correspondía a una obra de teatro denominada "Macunaima" de Brasil, y que personificaba el nacimiento de dicho personaje, quien era un héroe mitológico indígena; y que no podía considerarse que ofendía la moral pública, razón por la cual se consideró que la transmisión del programa no había violado el Reglamento aplicado.

La Corte Suprema de Justicia, en su sentencia, al anular la Resolución impugnada, se basó en la siguiente argumentación:

> El presupuesto de hecho ofensa a la moral pública incorpora a la norma uno de aquellos elementos que la doctrina administrativa ha denominado conceptos jurídicos indeterminados, y que se diferencian claramente de las llamadas potestades discrecionales. Mientras éstas dejan al funcionario la posibilidad de escoger según su criterio entre varias soluciones justas, no sucede lo mismo cuando se trata de la aplicación de un concepto jurídico indeterminado. Se caracterizan, estos últimos, por ser conceptos que resulta difícil delimitar con precisión en su enunciado, pero cuya aplicación no admite sino una sola solución justa y correcta, que no es otra que aquella que se conforma con el espíritu, propósito y razón de la norma.
>
> La aplicación del concepto jurídico indeterminado por la Administración Pública constituye una actividad reglada y por consiguiente, sujeta al control de legalidad por parte del órgano jurisdiccional competente. De allí la importancia que tiene establecer la significación y alcance del concepto moral pública empleada por la norma y que ha sido invocada como fundamento de la Resolución impugnada[71].

Con base en esas premisas, la antigua Corte Suprema de Justicia analizó el concepto de "moral pública", como concepto dinámico, destinado a proteger el buen orden social y la pacífica convivencia de los ciudadanos (y no atinente a la moral individual), el cual, consideró, "cambia con el correr de los tiempos y la evolución de las costumbres". "De allí que para juzgar si una determinada actuación ofende efectivamente la moral pública sostuvo la antigua Corte, menester es atenerse al criterio dominante en el medio social en que aquélla se realizó", concluyendo que "En el estado actual de la evolución cultural de

[70] Véase sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, de 19 de mayo de 1983, en *Revista de Derecho Público,* No. 34, Caracas 1988, pág. 69.

[71] *Idem*. En sentido similar la Corte Suprema de Justicia (Venezuela) en sentencia de 27 de abril de 1989 consideró que la noción de "interés público" para el otorgamiento de una exoneración fiscal, no podía dar origen a su apreciación discrecional, sino que "siendo la aplicación de un concepto jurídico indeterminado en caso de aplicación o interpretación de la Ley que ha creado el concepto, el Juez debe fiscalizar tal aplicación valorando si la solución a que con ella se ha llegado, es la única solución justa que le permite la Ley" *Revista de Derecho Público,* núm. 38, Caracas, 1989, pág. 96.

Venezuela, seria inexacto sostener que toda manifestación del cuerpo humano desprovisto de vestimenta afecte a la moral pública o constituya objeto de escándalo o de repudio por parte de la colectividad"[72].

En esta forma, la distinción entre lo que es ejercicio del poder discrecional y lo que no es discrecionalidad, basado en la noción de los conceptos jurídicos indeterminados, ha conducido a una reducción efectiva del ámbito de la libertad de apreciación y a una ampliación de los poderes de control judicial. La consecuencia es que la discrecionalidad sólo existe cuando la ley deja a la Administración la elección entre varias decisiones, de manera que en la voluntad del Legislador, cualquiera de ellas es jurídicamente admisible y tiene el mismo valor; en cambio, existe un concepto jurídico indeterminado y, por tanto, no hay discrecionalidad, cuando sólo una sola decisión es la jurídicamente admisible[73]. Lo peculiar de estos conceptos jurídicos indeterminados es que su calificación en una circunstancia concreta no puede ser más que una: o se da o no se da el concepto; es decir, una actividad es de utilidad pública, o no la es; o se da, en efecto, una perturbación del orden público, o no se da; o el precio que se señala para un bien es justo o no lo es; o se ofende a la moral pública o no se la ofende. No hay un tercer género o posibilidad. Por ejemplo, para que se adopte una orden municipal de demolición de un inmueble porque amenaza ruina, el inmueble, o está en estado ruinoso o no lo está.

Como lo puntualizó GARCÍA DE ENTERRÍA, "hay, pues, y esto es esencial, una unidad de solución justa en la aplicación del concepto a una circunstancia concreta". Por ello califica el proceso de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados como un "proceso reglado", porque no admite más que una solución justa: "es un proceso de aplicación a interpretación de la Ley, de subsunción en sus categorías de un supuesto dado; no es un proceso de libertad de elección entre alternativas igualmente justas"[74].

Sobre esto, el Tribunal Supremo de España, en relación con el concepto de "justo precio" como un concepto jurídico indeterminado, indicó que sólo podía conducir a determinar el precio en una expropiación como real y efectivamente un "verdadero y justo valor". Así, en una la decisión judicial pionera en este campo en el mundo de habla hispana, de 28 de abril de 1964, el Tribunal señaló:

> las facultades discrecionales se caracterizan por la pluralidad de soluciones justas posibles entre las que libremente puede escoger la Administración, según su propia iniciativa, por no estar comprometida dentro de la norma la solución

[72] *Idem*.
[73] Véase F. SAINZ MORENO, *op. cit.*, pág. 234.
[74] Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, págs. 35, 37 y 38.

> concreta; mientras que el concepto jurídico indeterminado (ruina, precio justo, utilidad pública etc.) es configurado por la Ley como un supuesto concreto de tal forma que solamente se da una única solución justa en la aplicación del concepto a la circunstancia de hecho[75].

Esta noción de los conceptos jurídicos indeterminados como área de actividad pública que no pertenece a lo discrecional, también se ha adoptado en Italia pero sobre la base de la distinción entre la llamada "discrecionalidad administrativa" y "discrecionalidad técnica". La discrecionalidad administrativa, así, se ha definido "como la facultad de escogencia entre comportamientos jurídicamente lícitos, para la satisfacción del interés público, y para la consecución de un fin que se corresponda con la causa del poder ejercido"[76]; en cambio en la "discrecionalidad técnica" no existe escogencia alguna. Como lo destacó hace años Aldo Sandulli, en la discrecionalidad técnica "la escogencia del comportamiento a seguir, tomando en cuenta los intereses públicos, fue realizada por el legislador a priori (de una vez y para siempre) de manera vinculante, por lo que a la Administración sólo le corresponde realizar una valoración sobre la base de conocimientos y de reglas técnicas, como son aquellas de la medicina, de la ética, de la economía, como sería el caso, por ejemplo, de la determinación del valor económico de un bien[77]. La "discrecionalidad técnica" por tanto, como lo destacó en su momento MASSIMO SEVERO GIANNINi, no es discrecionalidad, derivando su denominación de un error histórico de la doctrina[78].

Por esta razón por ejemplo, la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica recalca con precisión, que "en ningún caso podrán dictarse actos contrarios a reglas unívocas de la ciencia o de la técnica" autorizando al Juez para "controlar la conformidad con esas reglas no jurídicas de los elementos discrecionales del acto, como sí ejerciera contralor de legalidad" (art. 16).

B. El control judicial de la apreciación y calificación de los presupuestos de hecho del acto administrativos

1. Algunos aportes de la jurisprudencia francesa

En Francia, el proceso de ampliación del control jurisdiccional de la Administración y de reducción de la discrecionalidad, también se ha manifestado en este campo aún cuando sin denominarlo como de los conceptos jurídicos indeterminados, y sin dejar de considerarlo como parte del ejercicio de potestades discrecionales, mediante el desarrollo del control jurisdiccional

[75] Véase la referencia en SAINZ MORENO, *op. cit*., pág. 273.
[76] Véase VIRGA, P.: *Il Provedimento Amministrativo*, Milano, 1972, pág. 19
[77] Véase A. M. SANDULLI, *op. cit*., pág. 574.
[78] Véase SEVERO GIANNINI, M.: *Diritto Amministrativo*, vol. I, Milán, 1970, pág. 488.

en relación con la calificación de los hechos y en la apreciación de los motivos de los actos administrativos[79].

El primer *arrêt* del Consejo de Estado que se dictó en estos aspectos fue el *arrêt Gomel* de 4-4-1914[80], en el cual se juzgó el poder legal de un Prefecto, para negar el otorgamiento de un permiso de construcción en los casos en los que se considerara que el alineamiento y el nivel de la construcción proyectada con la vía pública, no se encontrase acorde con el interés de la seguridad pública, de la salubridad y, en particular, de la conservación de perspectivas monumentales y del sitio. El Consejo de Estado, en un caso concreto en París, entró a apreciar si la construcción permisaza atentaba contra "la perspectiva monumental existente" en una conocida plaza de París (Place Beauveau), concluyendo en el caso concreto que la misma no chocaba con la "perspectiva monumental" del sitio, por lo que consideró que el Prefecto, al haberse rehusado a conceder el permiso de construcción, había hecho una falsa aplicación de la Ley.

Este *arrêt* se consideró en su momento como el punto de partida de una abundante jurisprudencia relativa al control por el juez de exceso de poder, de la calificación jurídica de los hechos, en el sentido de que cada vez que un texto subordine el ejercicio de un poder de la Administración a la existencia de ciertas circunstancias de hecho, el juez debe verificar si estas condiciones de hecho están efectivamente cumplidas, y, particularmente, si los hechos presentan un carácter de tal índole que justifican la decisión tomada[81]. Ello llevó al Consejo de Estado a controlar, por ejemplo, el carácter artístico y pintoresco de monumentos y ciudades (CE 2 mai 1975, *Dame Ebri et autres*, Rec. 280, AJ 1975, 311 concl. G. GUILLAUME); el carácter técnico de un cuerpo de funcionarios (CE 27 juin 1955, *Deleuze*, Rec. 296; A. J. 1955, II, 275, concl. LAURENT); el carácter fáctico del acto de un agente público, (CE 13 mars 1953, *Teissier*, Rec. 133 concl. DONNEDIEU DE VABRES); el carácter licencioso o pornográfico de una publicación (CE 5 déc 1956, *Thibault*, Rec. 463; D. 1957, 20, concl. MOSSET); o el carácter inmoral de un film (CE 18 déc 1959, *Societé Les Films Lutetia*, Rec. 693, concl. MAYRAS)[82].

En este último caso, el Consejo de Estado estimó que el Alcalde respectivo, al haber prohibido la exhibición de un film en el municipio, había tomado la decisión correcta, al precisar el concepto jurídico indeterminado del "carácter inmoral" del film.[83] En otros casos similares, el Consejo de Estado examinó

[79] Véase DE LAUBADERE, A.: "Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat Français", *Mélanges offerts a Marcel Waline*, París 1974, t. II, págs. 531-S49.

[80] CE 4 avr. 1914, *Gomel*, Rec. 488. *Véase* en LONG, WEIL y BRAIBANT, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 7.° ed., París, 1978, pág. 124

[81] Véase LONG, WEIL y BRAIBANT, *op. cit.*, pág. 125.

[82] *Idem*, pág. 125.

[83] *Ibid., op. cit.*, págs. 490-493.

si esta inmoralidad era de naturaleza tal como para justificar legalmente la prohibición, teniendo en cuenta las circunstancias locales (CE 14 oct 1960, *Societé Les films Marceau*, Rec, 533, y 23 déc 1960, *Union générale cinematographique*, Rec. 731), anulando la prohibición de exhibición de un film. En otro caso, rechazó el recurso contra la prohibición de proyectar otro film[84]. En estos casos, se trató, de una operación de control de la calificación jurídica de los hechos por parte del juez o, si se quiere, de la aplicación por la Administración de conceptos jurídicos indeterminados, que no configuran ejercicio de poder discrecional.

Después de estas primeras manifestaciones, la reducción del ámbito de la discrecionalidad condujo en Francia, al control jurisdiccional en casos de "error manifiesto de apreciación" y mediante la aplicación del principio del "balance-costo-beneficios".

En cuanto al principio del "error manifiesto de apreciación" como mecanismo de control de la discrecionalidad, el mismo se aplicó por ejemplo en el *arrêt Société anonyme Libraire François Maspero*, de 2 nov 1973 (Rec. 611, concl. BRAIBANT)[85], en el cual el Consejo de Estado decidió, con motivo de la impugnación de un acto administrativo del Ministro del Interior de prohibir la circulación de la edición francesa de la *Revista Tricontinental*, editada en Cuba, que había sido adoptado en virtud de una Ley que lo autorizaba para prohibir la circulación distribución y venta de revistas y periódicos de proveniencia extranjera; que dicha decisión no podía ser discutida en la jurisdicción contencioso administrativa, al no estar "viciada de error manifiesto", en cuanto a la apreciación del Ministro del Interior sobre el peligro que representaba la revista para el orden público[86].

En esta decisión, sin embargo, a pesar de tratarse de un tema propio de los conceptos jurídicos indeterminados, como se ha analizado, el Consejo de Estado estimó que estaba en presencia del ejercicio de un poder discrecional de apreciación por la Administración, el cual consideró que sólo podía ser juzgado si el Ministro hubiera incurrido en error manifiesto de apreciación. En sentido similar la doctrina consideró que en estos casos en los cuales

> el legislador no ha fijado las condiciones bajo las cuales se debe ejercer la actividad administrativa o bien las ha fijado de manera general e imprecisa", activándose el poder discrecional de la Administración, no puede el juez, bajo esta hipótesis, controlar la calificación jurídica de los hechos, sino solamente la legalidad de la motivación de la decisión. En estos casos, como en el arrêt Maspero, si bien el juez ha sido conducido a someter a la Administración, a un

[84] *Ibid*., pág. 493.
[85] *Ibid*., *op*. *cit*., págs. 575 sigs.
[86] *Ibid*, pág. 576.

> control mínimo en cuanto a la apreciación de los hechos realizada por ella: "de hecho el juez no se pronuncia sobre la apreciación como tal, sino sobre el error que ha podido viciar esta apreciación cuando este error es evidente, al poder ser descubierto por simple sentido común, cuando se trate de un error manifiesto que desnaturalice la interpretación que hace la Administración de la extensión de su poder discrecional"[87].

En todo caso, este criterio del "error manifiesto de apreciación" puede considerarse en Francia, como fundamental en cuanto a la limitación y control al poder discrecional conforme al principio de la razonabilidad o racionalidad, particularmente cuando es aplicado a casos en los cuales se trate del verdadero ejercicio del poder discrecional, cuando la Administración tiene la libertad de escoger entre varias decisiones justas. En casos como en el decidido en el *arrêt Maspero*, en el cual sólo se trataba de juzgar si la Revista prohibida presentaba peligro para el orden público de manera de justificar la prohibición de circulación, en realidad, bajo el ángulo de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, el Ministro del Interior no ejercía poderes discrecionales sino que sólo podía tomar una decisión justa: o la revista presentaba o no presentaba peligro para el orden público al momento en el cual se dictó la decisión y esa decisión configuraba, por tanto, el ejercicio de una competencia reglada. Esto ya lo había apuntado en la doctrina francesa ANDRÉ DE LAUBADÉRE, cuando se refirió a los casos de "apariencia" de control del poder discrecional; precisamente referido a la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados en los cuales "el juez administrativo, contribuyendo así con el legislador a determinar en qué casos hay poder reglado, transformándose entonces una competencia aparentemente discrecional en una competencia reglada"[88], o más exactamente, según la expresión de AUBY y DRAGO, "descubre" las condiciones legales, los motivos considerados por el cómo los solos legítimos de la decisión[89].

Otro principio destacado por la jurisprudencia francesa relativo al control jurisdiccional del poder discrecional, o más propiamente, mediante el cual se buscó descubrir competencias regladas en lo que aparentemente era el ejercicio de poderes discrecionales, fue el conocido principio del "balance-costo-beneficio"[90], desarrollado en casos de urbanismo y expropiación con ocasión de la aplicación precisamente, del concepto jurídico indeterminado de "utilidad pública" .

[87] *Ibid., cit.,* pág. 580.
[88] Véase A. DE LAUBADÈRE, *loc. cit.*, pág. 535.
[89] *Idem*
[90] Véase LEMASURIER, J.: "Vers un nouveau principe général du droit. Le principe 'bilan-cout-avantages'", en *Mélanges offerts à Marcel Waline*, París, 1974, t. II, págs. 551-562.

El inicio de esta aproximación al control jurisdiccional del poder discrecional se puede situar en el *arrêt* denominado *Ville Nouvelle Est* adoptado por el Consejo de Estado el 28 de mayo de 1971[91], con motivo de la impugnación de un acto administrativo del Ministro del Equipamiento y Vivienda que había declarado de utilidad pública un proyecto de desarrollo y renovación urbana al este de la ciudad de Lille destinado a configurar, tanto una ciudad universitaria como una Nueva Ciudad. Con motivo de la impugnación de la decisión, entre otros motivos, se denunció que la destrucción de un centenar de viviendas que podía evitarse si se hubiera dispuesto de un proyecto distinto al de una autopista, constituía un costo demasiado elevado para la operación proyectada que le quitaba el carácter de utilidad pública a la misma. El Consejo de Estado, al juzgar "la utilidad pública de la operación" y considerar que el proyecto si tenía carácter de tal, estimó "que una operación no podría ser legalmente declarada de utilidad pública sino cuando los atentados a la propiedad privada, el costo financiero, y eventualmente los inconvenientes de orden social que ella comporta, no son excesivos en relación al interés que ella presenta"[92].

Hasta ese momento, el Consejo de Estado había controlado la finalidad de utilidad pública de determinados proyectos, verificando si la operación correspondía en sí misma a un fin de utilidad pública, pero se había rehusado a examinar el contenido concreto del proyecto, es decir, la escogencia de las parcelas a expropiar. Con la decisión comentada, el Consejo de Estado asumió la tareas de decidir y de apreciar, en cada caso, la utilidad pública de un proyecto, realizando el balance entre las ventajas y los inconvenientes de la operación y apreciando no sólo el costo financiero de la misma, sino también su costo social[93]. MARCEL WALINE, al comentar el "considerando" del *arrêt* constató que:

> El juez se reconoce el derecho de apreciar todo tipo de ventajas e inconvenientes de la operación en cuestión, de establecer entre ellos un balance, de hacer en alguna forma la suma algebraica de unas y otros, y de no dar la aprobación, sino cuando el saldo de esta operación, después de hechas las cuentas, le parecía positivo[94].

[91] CE 28 mai 1971, *Ministre de l'équipement et du logement c. Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé "Ville Nouvelle Est"*, Rec. 409, concl. BRAIBANT, en LONG, WEIL y BRAIBANT, *op. cit.*, págs. 561-574.
[92] Véase en LONG, WEIL y BRAIBANT, *op. cit.*, pág. 563.
[93] *Idem*, págs. 568-569.
[94] Véase Waline, M.: "L'appréciation par le juge administratif de l'utilité d'une project", *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, 1973, pág. 454; *cit.*, por J. LEMASURIER, *loc. cit.*, pág. 555.

En el mismo sentido, el Consejo de Estado se pronunció en otra decisión, *Soc. Civile Sainte-Marie de l'Assomption* de 20 de octubre de 1972[95], al juzgar sobre la utilidad pública del proyecto de la autopista norte de Niza, cuya construcción amenazaba un Hospital Psiquiátrico (Sainte-Marie), caso en el cual no sólo se oponía el interés general a los intereses particulares, sino en el cual surgía un conflicto entre dos intereses públicos: el de la circulación y el de la salud pública. En su decisión, el Consejo de Estado declaró la nulidad del decreto declarativo de utilidad pública, por considerar la solución de circulación establecida en el proyecto alrededor de un hospital, como inconveniente, no solo por el ruido que se producía sino porque privaba al hospital de toda posibilidad de expansión futura[96].

En todos estos casos, las decisiones del juez no incidieron realmente en el ejercicio de poderes discrecionales, sino en el ejercicio de competencias regladas, que sólo admitían una solución justa: o la obra era o no era de utilidad pública. El balance costo-beneficios que efectuó el Consejo de Estado fue precisamente lo que la Administración estaba obligada a hacer en cada caso, para adoptar la única solución justa al concretar el concepto jurídico indeterminado de "utilidad pública" en un proyecto de expropiación. El Consejo de Estado, por tanto, al efectuar jurisdiccionalmente el mismo balance lo que controló no fue el ejercicio de poder discrecional alguno, sino la competencia legal que tiene la Administración al hacer la declaratoria de utilidad pública; es decir, corregir "las faltas o las ligerezas, algunas veces fantasiosas", como lo indicó MARCEL WALINE, de los tecnócratas administrativos[97].

[95] CE 20 octobre 1972, Rec. 657, concl. Morisot.

[96] Véase en Long, Weil y Braibant, *op. cit*., pág. 569.

[97] Véase M. WALINE, *L'appréciation... loc. cit*., pág. 461. El problema se plantea, incluso, en los cases de control judicial de la constitucionalidad de las leyes que declaran la utilidad pública a los efectos expropiatorios, como ha sucedido en Argentina. En el caso *Nación Argentina* y *Jorge Ferrario*, 1961, la Corte Suprema de Justicia de la Nación señaló "si los jueces de una causa expropiatoria comprueban que la utilidad pública no existe o ha sido desconocida por la Administración, y...media alguno de los supuestos de gravedad o arbitrariedad extrema... están obligados a desempeñar la primera y más elemental de las funciones que les incumben, esto es, la que consiste en proteger las garantías constitucionales declarando la invalidez de los actos del Estado que pretendan vulnerarlos" (*Fallos* t. 251, págs. 246 sigs.). A. GORDILLO, sobre este principio, ha comentado lo siguiente: "si la jurisprudencia ha establecido, y con razón, que puede controlar y revisar hasta la calificación de utilidad pública hecha por el Congreso en materia de expropiación (lo que si es probablemente facultad discrecional, y ni siquiera del Poder Ejecutivo sino del Poder Legislativo), no se advierte entonces qué superioridad constitucional tiene el Poder Ejecutivo sobre el Poder Legislativo y el Poder Judicial para que los actos discrecionales del parlamento, esto es las leyes del Congreso de la Nación, puedan ser controladas judicialmente, pero no pueda serlo un acto meramente emanado del Poder Ejecutivo", GORDILLO, A.: *El acto administrativo*, Buenos Aires, 1969, pág. 216.

Como lo destacó indirectamente el Comisario MORISOT en sus conclusiones sobre el caso *Sainte-Marie de l'Assomption*:

> La noción de utilidad pública es relativa. No se la puede apreciar y, en consecuencia, controlar sin considerar todos los elementos, lo que conduce a hacer el balance de los aspectos positivos y negativos de la operación. Dado el caso de que la utilidad pública de ésta es la condición de legalidad de la puesta en marcha de un procedimiento de expropiación, la apreciación hecha por el juez de esta utilidad, con todos los elementos que ella comporta, es un control de legalidad[98].

En esta forma, aún cuando no consideramos que esta jurisprudencia signifique realmente control del ejercicio de poderes discrecionales, como lo continuó razonando la doctrina francesa, fue un importante avance inicial en cuanto al control de legalidad y la reducción del círculo de la discrecionalidad, pues conforme a la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, contribuyeron a identificar lo que sólo era una apariencia de discrecionalidad.

2. El control judicial en la determinación del presupuesto de hecho del acto administrativo discrecional y la forma de apreciación de los hechos

El tema de los presupuestos de hecho de los actos administrativos, sean discrecionales o no, corresponde a los elementos de fondo de los mismos, en lo que se ha denominado la causa de los actos[99]. La determinación de los presupuestos de hecho por tanto, constituye una de las etapas que debe seguir la Administración para manifestar su voluntad, la cual no comprende ningún elemento de apreciación ni de juicio.[100]

Por tanto, en esta determinación de los hechos, aun encontrándose en ejercicio de un poder discrecional, la Administración debe ceñirse a determinados límites en relación con la comprobación de los presupuestos de hecho del acto; en relación con la certeza de los mismos; y en relación con la correcta calificación

[98] *Cit*. por A. DE LAUBADÈRE, *loc. cit.* pág. 540.

[99] *Cfr*. GARRIDO FALLA, F.: *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Tomo I, Madrid 1956, pág. 453. En este sentido G. VEDEL incluyó los elementos o presupuestos de hecho del acto dentro del elemento causa: Véase *Essai sur la notion de cause en droit administratif*, Sirey, París, 1934, pág. 361, *cit.* por R. NUÑEZ LAGOS, "La causa del acto administrativo" en *Estudios en homenaje de Jordana de Pozas*, Tomo III, Vol. I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, pág. 113. *Véase* asimismo nuestro libro *Las Instituciones Fundamentales..., ob. cit.*, pág. 127.

[100] *Cfr*. STASSINOPOULOS, M.: *Traite des actes administratifs*, Collection de l'Institut Français d'Athènes, N° 82, Atenas, 1954, pág. 154; VENEZIA, J. C.: *Le pouvoir discrétionnaire*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Bibliothèque de Droit Public. Tome XVII, París, 1959, pág. 48.

de ellos. Estos tres son condicionantes de la actividad administrativa, incluso de la realizada en ejercicio del poder discrecional.

2.1 La comprobación de los hechos

Como lo ha determinado la jurisprudencia, las decisiones administrativas se hayan condicionadas por "la *comprobación previa* de las circunstancias de hecho previstas en la norma, claramente estatuida para obligar a la Administración a someter sus actos, en cada caso, al precepto jurídico preexistente"[101].

Conforme a esta doctrina, por ejemplo, en un caso llevado ante la antigua Corte Suprema de Venezuela, la sentencia respectiva declaró la nulidad de un acto administrativo revocatorio de otro por el cual se le había concedido la nacionalidad venezolana a una extranjera, por el hecho de que la Administración no comprobó suficientemente los hechos en que se fundaba la resolución ministerial impugnada, señalando, en el caso, "no existir, como en efecto no existe, prueba alguna de los hechos que se imputan a la recurrente". La Corte concluyó en el caso, por falta de elementos de prueba, que la "Resolución impugnada carece de toda eficacia legal, *por haberse fundado en hechos no comprobados* y porque al dictarla la autoridad administrativa actuó en forma no permitida por la rigidez del precepto legal".[102]

Por tanto, uno de los límites del poder discrecional en cuanto a la determinación de los presupuestos de hecho del acto administrativo, es la necesaria comprobación de dichas circunstancias de hecho por la Administración. En consecuencia, en cuanto al acto discrecional, esta exigencia implica: En primer lugar, que todo acto administrativo debe tener una causa o motivo, identificado, precisamente, en los supuestos de hecho, no pudiendo haber acto administrativo sin causa y sin supuesto de hecho. En segundo lugar, que debe haber adecuación entre lo decidido y el supuesto de hecho y para que ello sea cierto, es necesario que ese supuesto de hecho haya sido comprobado, estando la Administración, obligada a probarlo. El acto, por tanto, no puede estar basado simplemente en la apreciación arbitraria de un funcionario. No basta señalar, por ejemplo, que una fábrica contamina para ordenar cerrarla. Si el funcionario considera que una instalación industrial es contaminante tiene que probar que contamina y debe hacer constar en el expediente cuáles son los efectos contaminantes. Esto implica que la carga de la prueba en la actividad administrativa, recae sobre la Administración, como principio general muy importante.

[101] Véase sentencia de la *Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa* de 22 de mayo de 1963

[102] Sentencia de la antigua Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa de 8 de junio de 1964.

La comprobación exacta de los presupuestos de hecho del acto, o la "exactitud material de los hechos básicos de la decisión"[103] evita, por otra parte, el llamado error de hecho[104] que puede ser controlado también judicialmente y que consiste simplemente en el "falso conocimiento de la realidad"[105].

En este sentido la jurisprudencia ha señalado al decidir sobre la impugnación de un acto administrativo que contenía un error de cálculo, acordando su nulidad, que "el error en que incurre la Resolución ministerial impugnada, equivale a *falta de adecuación entre el supuesto legal y la realidad*, de allí que el resultado obtenido haya sido *inexacto*", resultando procedente el recurso de nulidad solicitado[106].

2.2 La calificación de los presupuestos de hecho

Por otra parte, dentro del proceso lógico de formación de todos los actos administrativos, incluyendo los discrecionales, la Administración, después de constatar y comprobar los presupuestos de hecho, debe proceder a la subsunción de los hechos al presupuesto de derecho[107], es decir, a la norma que autoriza su actuación. Esto es lo que se ha llamado "calificación jurídica de los hechos"[108] como otro de los límites de la actividad administrativa y por tanto limitativo de la potestad discrecional, que permite el control judicial de lo que la jurisprudencia italiana llamó la tergiversación de los hechos[109], y que en la actualidad se configura como el vicio de falso supuesto; es decir, el vicio que se configura "en la errada fundamentación fáctica del procedimiento administrativo, pues, la Administración fundamentó su decisión en hechos inexistentes, falsos y no relacionados con el asunto objeto de la decisión"[110].

[103] Véase LETOURNEUR M.: "El Control de los hechos por el Consejo de Estado Francés, juez del Recurso por exceso de poder, en la jurisprudencia reciente" en *Revista de Administración Pública*, Nº 7, Madrid 1952, pág. 221.

[104] *Cfr.* M. STASSINOPOULOS, *op. cit.*, págs. 175 y sigs.

[105] Véase MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S.: "El Exceso de poder como vicio del acto administrativo", *Revista de Administración Pública*, Nº 23, Madrid 1957, pág. 138.

[106] Véase sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 3 de julio de 1961 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, Nº 33, Caracas 1961, pág. 20.

[107] *Cfr.* J. C. VENEZIA, *op. cit.*, pág. 25.

[108] M. STASSINOPOULOS, *op. cit.*, pág. 182.

[109] Véase en la jurisprudencia venezolana nuestra obra *Las Instituciones fundamentales del Derecho Administrativo... cit.*, págs. 67-68. En la jurisprudencia italiana: MARTIN-RETORTILLO BAQUER, *El Exceso de poder..., loc. cit.*, pág. 135.

[110] Véase por ejemplo, en *Revista de Derecho Público*, No. 93-96, Caracas 2003, pág. 400. El vicio es similar a la institución existente en el proceso civil en materia de casación, cuando se alega infracción de regla legal expresa para valorar el mérito de la prueba, y que procede, cuando los jueces hayan dado por probado un *hecho* con pruebas que por la ley sean improcedentes para demostrarlo; cuando a una prueba que no reúna los requisitos exigidos por la ley, le hayan dado, sin embargo, los efectos que ésta le atribuye, como si estuviere debidamente hecha; cuando basen sus apreciaciones en *falso supuesto*, atribuyendo la existencia de un instrumento o acta del

Cont.

En este elemento está, quizás el área más rica de vicios del acto administrativo: el vicio en la causa, en la comprobación de los hechos, en la calificación de los hechos, e inclusive, en la propia existencia del supuesto de hecho. Por ello, el falso supuesto del derecho procesal encuentra aquí su asidero fundamental en materia de derecho administrativo. Es decir, los actos no pueden partir de falsos supuestos, sino que deben partir de supuestos probados, comprobados y adecuadamente calificados.

Por otra parte, la Administración no puede tergiversar los hechos, que tampoco es infrecuente, sino que debe darle el tratamiento racional a los hechos, comprobados técnicamente.

En este sentido la jurisprudencia hace años indicó que "si la Administración, sin violar un precepto legal, realiza un acto en el que altere la verdad que sirve de presupuesto a éste, no podría ciertamente decirse que ha cometido una efectiva transgresión de la Constitución o de la ley positiva... pero no puede caber duda de que el acto así cumplido está gravemente viciado por exceso de poder. *La potestad discrecional del funcionario administrativo, lo mismo que la del juez, no puede traspasar los lindes de la verdad y de la equidad*"[111].

Por tanto, los límites del poder discrecional y la posibilidad de control no se reducen a la posible trasgresión de normas constitucionales o legales expresas, sino que abarcan también la necesidad de que el funcionario, aun en el caso de darle cumplimiento estricto a la norma escrita, en la aplicación de este precepto legal, no tergiverse los presupuestos de hecho que autorizan su actuación[112], ni falsee el lógico y verdadero presupuesto del mismo. En tal sentido SEBASTIÁN MARTÍN RETORTILLO consideraba que un acto se dictaba con tergiversación de los hechos, no sólo en el caso extremo de que el acto se fundase sobre el presupuesto de la existencia o inexistencia de hechos que resultaban inexistentes o existentes, sino también bastaba con que en su realidad tales hechos fueran sustancialmente distintos a como fueron aprehendidos por la autoridad administrativa; es decir, cuando ésta, realizando un error de método, no consideraba debidamente elementos esenciales o por lo contrario, diera excesiva importancia a elementos accesorios[113].

expediente de menciones que no contenga, o dando por demostrado un *hecho* con pruebas que no aparezcan de autos, o cuya inexactitud resulte de actas o instrumentos del expediente mismo, no mencionados en la sentencia.

[111] Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 9 de agosto de 1957 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, Nº 17, Caracas 1957, pág. 136.

[112] Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 9 de agosto de 1957 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, Nº 17, Caracas 1957, pág. 136.

[113] *Cfr.* MARTIN-RETORTILLO BAQUER, *El exceso de poder…*, *loc. cit.*, pág. 131. *Véase* asimismo sentencia de la *Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa* de 8 de junio de 1964.

La función de calificación de los hechos y sus límites, ciertamente es una actividad reglada y, por tanto, controlable en todos los actos administrativos, pero su verdadera relevancia se particulariza en relación con la actividad discrecional. Como lo ha destacado la jurisprudencia, este vicio del acto administrativo por falsa calificación de los hechos, consiste en "hacer *uso indebido* del poder que es atribuido al funcionario, independientemente del fin logrado, bien porque se tergiverse la verdad procesal denudándose los hechos, o bien por cualquier otra causa"[114], lo que conlleva un cierto elemento subjetivo de valoración intelectual por parte de la Administración. Esto distingue por otra parte, a la calificación de los hechos y su vicio, la tergiversación de los mismos, de la comprobación de los hechos y su vicio, el error de hecho[115].

En esta materia, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela, establece en el artículo 12, como otro límite a la discrecionalidad, que el contenido del acto debe tener adecuación con los supuestos de hecho que constituyen su causa.

C. El control judicial de otros aspectos regulados de los actos administrativos, aún los discrecionales

Pero dejando aparte estos aspectos de reducción del círculo de la discrecionalidad, otro aspecto que contribuye a aislar el poder discrecional se refiere a los aspectos regulados (principio de legalidad) de los actos administrativos, tanto reglados como discrecionales, al estar sometidos a determinadas normas legales cuyo cumplimiento les da contenido y determina los efectos jurídicos a los mismos. En estos casos, es el principio de la legalidad el que impone que todos los actos administrativos deban emitirse de acuerdo con las disposiciones preexistentes[116].

Es decir, como lo estableció hace décadas la antigua Corte Federal de Venezuela de 17 de julio de 1953, si bien la Administración puede obrar discrecionalmente cuando no está sometida al cumplimiento de normas especiales en cuanto a la oportunidad de obrar, ello no quiere decir que pueda obrar a su arbitrio, "eludiendo toda regla de derecho, pues la autoridad administrativa debe observar siempre los preceptos legales sobre

[114] Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 9 de agosto de 1957 en *Gaceta Forense*., 2ª etapa, Nº 17, Caracas 1957, pág. 135.
[115] *Cfr.* MARTIN-RETORTILLO BAQUER, *El exceso de poder…*, *loc. cit.*, pág. 138.
[116] Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 26 de noviembre de 1959 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, Nº 26, 1959, pág. 125. Por otra parte, véase la sentencia de la *Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa* de 12 de diciembre de 1962 en nuestro trabajo *El Poder discrecional...*, *loc. cit.*, pág. 193.
[117] Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 17 de julio de 1953 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, Nº1, Caracas 1953, Pág. 151.

formalidades del acto"[117]. Por tanto, los requisitos de forma de los actos administrativos siempre han de cumplirse ineludiblemente en el ejercicio de la potestad discrecional[118]; y es por ello, que el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela de 1982 disponga que la Administración, aún en ejercicio de potestades discrecionales, debe cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia de los actos administrativos. Por tanto, el acto discrecional no puede nunca ser arbitrario en sus formas; debe cumplir las formalidades previstas en la Ley. En el mismo sentido, en cuanto al cumplimiento de los requisitos de fondo en el ejercicio del mismo poder discrecional, la jurisprudencia ha hecho especial referencia a la competencia[119], señalando que "el funcionario al obrar discrecionalmente tiene que hacerlo sin excederse de su competencia"[120].

Pero en esta materia, hay elementos de fondo de los actos administrativos que la Administración está obligada a observar, quizás con mayor atención cuando ejerce poderes discrecionales, y que se refieren al elemento causa o a la determinación de los presupuestos de hecho del acto administrativo y a su finalidad. Adicionalmente está, también, el principio de la igualdad que la Administración está obligada a observar en todas sus actuaciones.

1. El control judicial de la adecuación a la finalidad legalmente prescrita del acto administrativo

El mismo artículo 12 de la Ley Orgánica de procedimientos Administrativos de Venezuela, además, exige que el acto discrecional tenga adecuación con los fines de la norma que prevé su emisión por la Administración. Con esto se consagra legalmente el principio de la necesaria adecuación a la finalidad legal de los actos administrativos, de manera que el funcionario, al dictarlos, no puede desviar esos fines, y perseguir fines distintos a los previstos en la norma, así sean ellos plausibles desde el ángulo del servicio público. La no adecuación a los fines previstos en la norma, da origen al conocido vicio de desviación de poder, regulado en el artículo 259 de la Constitución venezolana.

Sin embargo, en sus inicios ello fue destacado por la jurisprudencia al indicar que "la subordinación (de los actos administrativos) a la equidad y a la verdad significa que el funcionario o la Administración no pueden en modo alguno

[118] Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 6 de noviembre de 1958 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, Nº 22, Caracas 1958, pág. 134.
[119] Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 6 de noviembre de 1958 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, Nº 22, Caracas 1958, pág. 134.
[120] Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 24 de febrero de 1956 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, Nº 11, Caracas1956, pág. 28.

salirse de los fines que con la norma legal se persiguen, aun en el supuesto de que estén en función las facultades discrecionales del Poder Público"[121].

De allí que otro de los elementos reglados del acto administrativo que ha contribuido eficazmente a la fijación de los límites del poder discrecional, haya sido este de la finalidad perseguida, en el sentido de que la "discrecionalidad no implica arbitrariedad ni injusticia puesto que la Administración nacional, estadal o municipal, no obra en pura conformidad a su elección, sino en virtud y como consecuencia de su capacidad condicionada por su *fin*"[122].

La desviación de poder, por tanto, como vicio en la finalidad de los actos administrativos, "surge cuando la Administración usa de sus poderes con finalidades distintas a aquellas determinadas en la ley"[123], por lo que su configuración es sencilla: la Administración está obligada a realizar su actividad no sólo respondiendo a un fin público o social buscado[124], sino que dentro de tal concepto genérico, debe actuar precisamente conforme al *fin especifico* para cuyo logro le son concedidas las facultades determinadas que ejercita[125].

En consecuencia, la desviación de poder no sólo se presenta como resultado de la obtención de un fin extraño al interés general, sino también como resultado de la obtención de un fin que, sin ser extraño al interés general, no es la manifestación concreta del interés general por el que la autoridad administrativa ha recibido los poderes que ejercita[126]. En este sentido, un acto administrativo "aun siendo dictado por quien está facultado para hacerlo y en forma tal que aparece subordinado a la ley, [está viciado si] en su espíritu o en el fondo es realmente *contrario a la finalidad del servicio público o de los principios que informan la función administrativa*"[127].

[121] Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 9 de agosto de 1957 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, Nº 17, Caracas 1957, pág. 135.
[122] Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 24 de febrero de 1956, en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, Nº 11, Caracas 1956, pág. 28
[123] Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 2 de junio de 1958 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, Nº 20, Caracas 1958, pág. 99.
[124] Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 17 de julio de 1953 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, Nº 1, Caracas 1953, pág. 153.
[125] *Cfr.* MARTIN-RETORTILLO BAQUER, S.: "La desviación de poder en el Derecho español", *Revista de Administración Pública*, Madrid 1957, Nº 22, pág. 137.
[126] *Cfr.* LATOURNEUR, M.: "La desviación de poder en Francia", *Cuadernos de Derecho Francés*, Nos. 14-15, Barcelona, 1960, págs. 19 y 21.
[127] Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 28 de septiembre de 1954 en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, Nº 5, Caracas 1954, pág. 218.

La actividad administrativa en el Estado de Derecho está condicionada por la ley a la *obtención de determinados resultados;* por ello no puede la Administración pública procurar resultados distintos de los perseguidos por el legislador, "aun cuando aquéllos respondan a las más estrictas licitud y moralidad pues lo que se busca es el logro de determinado fin"[128] que no puede ser desviado por ningún motivo, así sea plausible éste.

En consecuencia, este elemento reglado de la finalidad de la actuación administrativa, viene a ser otro de los límites impuestos al poder discrecional por el principio de la legalidad administrativa.

2. El control judicial del acto discriminatorio: el principio de la igualdad

Como lo ha señalado la jurisprudencia venezolana, la consagración en la ley de facultades discrecionales para que un funcionario público actúe, es hecha, además, para que éste obre "según su *prudente arbitrio,* consultando lo más equitativo y racional, en obsequio de la justicia y de la *imparcialidad*"[129]. Por tanto, otro de los límites impuestos al ejercicio del poder discrecional, como a toda actuación de la Administración, es el que se deriva del principio de la igualdad que impide los tratamientos de favor de parte de la autoridad administrativa en relación a los administrados. Hay en este sentido, igualdad, cuando se toman las mismas medidas en condiciones parecidas o análogas; por el contrario, no hay igualdad —hay desigualdad y parcialidad— cuando en las mismas condiciones se niega a un administrado lo que se ha acordado a otro[130].

El principio de la igualdad, aunque de rango constitucional y, por tanto, aplicable a todas las actuaciones del Estado, ofrece especial interés en cuanto límite del poder discrecional, pues el ejercicio de éste debe adecuarse especialmente a las exigencias de este principio[131]. De ahí que se haya hablado de la "irracionalidad de la desigualdad"[132].

Existe entonces desigualdad y el acto así dictado puede ser controlado judicialmente cuando de la actuación administrativa surge un disparejo trato de dos o más casos, pese a no existir sustancial diferencia de circunstancias

[128] *Idem*.
[129] Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 6 de noviembre de 1958, en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, Nº 22, 1958, pág. 133.
[130] *Cfr*. STASINOPOULOS, *op. cit.*, pág. 212.
[131] *Cfr*. R. ENTRENA CUESTA: "El Principio de la Igualdad ante la ley y su aplicación en el Derecho administrativo", *Revista de Administración Pública,* Nº 37, Madrid 1962, pág. 67.
[132] Véase J. F. LINARES, *Poder discrecional administrativo (Arbitrio Administrativo), Abeledo-Perrot*, Buenos Aires, 1958, págs. 197-229

de hecho; o dicho de otro modo, cuando la Administración ha discriminado entre supuestos similares, dando a unos y a otros, no obstante su esencial identidad, tratamientos distintos[133]. Por ejemplo, hay evidentemente un trato desigual si frente a dos propietarios de edificaciones en igualdad de situaciones de peligro, es decir, que ambas amenazan ruina, la autoridad administrativa ordena a uno la demolición, y al otro no.

La aplicación del principio de la igualdad como límite del poder discrecional, tiene riquísimas posibilidades, y entre éstas, especialmente, la llamada "vinculación del precedente"[134]. Se admite, en efecto, que la contradicción de un acto administrativo con otro anterior emanado en circunstancias análogas produce la violación del principio de la igualdad y, como consecuencia, dicho acto puede ser controlado por la jurisdicción contencioso-administrativa. No hay duda que esta forma de control ofrece máximas posibilidades, pues la Administración frente a supuestos idénticos, no debe sino decidir en forma también idéntica.

3. El control judicial respecto de la motivación de los actos administrativos

Uno de los elementos de forma de los actos administrativos de mayor importancia en cuanto al control de los mismos, particularmente de los discrecionales, es la motivación de ellos, es decir, la necesaria expresión formal de los motivos o causa de los actos. Ello es esencial para permitir que los jueces contencioso-administrativa puedan hacer realmente efectivos los límites impuestos al poder discrecional[135].

Esta exigencia de motivación de los actos administrativos, ciertamente que en la actualidad está consagrada formalmente en todas las leyes de procedimientos administrativos, pero sin duda, también fue la jurisprudencia la que la impuso en ausencia de aquellas. Ello se evidencia, por ejemplo, de la sentencia de 9 de agosto de 1957 de la antigua Corte Federal donde se estableció lo siguiente:

> Entre los elementos integrantes del acto administrativo están el motivo y la forma... Pues bien, el motivo del acto administrativo es, como lo enseña la doctrina, el antecedente que lo provoca. Un acto administrativo se integra con tal elemento cuando exista previa y realmente una situación legal o de hecho, cuando esa situación es la que el legislador ha previsto con miras a la actuación administrativa. De allí que, vinculado o discrecional el Poder de la

[133] Véase GARCÍA DE ENTERRIA: *La interdicción..., loc. cit.,* pág. 149.
[134] Véase GARCÍA DE ENTERRIA: *La interdicción..., loc. cit.,* pág. 150.
[135] *Cfr.* STASSINOPOULOS, *op. cit,* pág. 198; GUILLERMO ANDUEZA, J.: *El Control en Venezuela de los Actos Ilegales de la Administración Pública.* Publicaciones del Ministerio de Justicia, Caracas, 1959, pág. 13.

Administración Pública, cuando están de por medio el interés colectivo y los derechos subjetivos de los administrados, todo acto administrativo, máxime si es revocatorio de uno proferido por el inferior jerárquico, ha de ser motivado, o mejor dicho, fundamentado con los razonamientos en que se apoya... En este orden de ideas, la forma del acto en lo tocante a la motivación del mismo, ha llegado a considerarse sustancial, en razón de que la ausencia de fundamentos abre amplio campo al arbitrio del funcionario... Los actos administrativos deben expresar concretamente la causa o motivo que los inspira como condición de validez... De otra parte, la motivación del acto dictado por la Administración, no sólo es conveniente como justificativo de la acción administrativa, sino como medio de permitir el control jurisdiccional sobre la exactitud de los motivos y su correspondencia con los textos legales en que se funda el acto[136].

[136] Véase sentencia de la antigua *Corte Federal* de 9 de agosto de 1957, en *Gaceta Forense*, 2ª etapa, Nº 17, 1957, págs. 132 y sigs.

LA INDEPENDENCIA DEL REGULADOR SECTORIAL EN VENEZUELA – EXPERIENCIA Y PERSPECTIVAS

Armando Rodríguez García

I. Introducción

La "permeabilidad" del Derecho administrativo frente a la diversidad de manifestaciones que conforman el vasto escenario de la dinámica social, es una de sus notas características más destacadas y, por cierto, la más trascendente para comprender su contenido, tanto en su condición de disciplina científica, como en su cualidad de ordenamiento normativo de aplicación práctica. Es cierto que el Derecho, en general, se nutre de la realidad social a la cual sirve por igual como fuente de producción intelectual y como instrumento operativo; pero pocas ramas dentro de la sistemática jurídica permiten una visión tan inmediata de los cambios constantes que operan en el devenir cotidiano de las comunidades como sucede con ésta en particular.

Por su indisoluble asociación con lo colectivo, con lo público, que se convierte en su verdadera esenia y su razón de ser, el Derecho administrativo está atado al hecho político, influenciado como ninguna otra de las ramas del Derecho al ser y el acontecer del pensamiento y la práctica políticas. Puede entenderse que en alguna medida el Derecho administrativo se encuentra cercado por las circunstancias propias del acontecer social del que forma parte determinante el hecho político.

De este modo, es conveniente entender que la dinámica del Derecho administrativo está montada sobre la vivificación de lo extrajurídico –y particularmente de lo político–, de una manera más acentuada, frente a la generalidad del Derecho en su conjunto; como pone de relieve el Profesor VILLAR PALASÍ, "...El apego a lo real no está solo en la aplicación, sino también en la creación del Derecho. Este es primariamente un conocimiento de la realidad (HORNEFFER) y luego, sobre el mismo, una concreción de los ideales de justicia: el Derecho no vive de conceptos, ideas, expresiones legales, sino que por su función de configurar la vida comunitaria debe estar cerca de la misma, regular las conductas *practicables* para el hombre medio, porque el Derecho tiende necesariamente a su realización, y el que esto sea posible es, por tanto, un elemento de su esencia. Por ello, el jurista no

puede prescindir de esta realidad, so pena de quedarse aislado en su mundo irreal de conceptos técnicos e instituciones; el Derecho y la vida real no son elementos contrapuestos, sino que Derecho, por el contrario es tanto como la vida real llena de sentido (WENZEL). Esto es singularmente importante para el Derecho administrativo, aunque sea predicable de todo el Derecho..."[1].

La manera de como se produce o cómo se puede producir teórica y prácticamente esa interacción entre Derecho y Sociedad, en cuanto a la prevalencia o primacía de uno de los extremos de esa relación frente al otro, es decir, si el Derecho guía o debe guiar a la dinámica de la Sociedad, o por el contrario, si éste actúa, o debe actuar, como secuela o producto de las realizaciones sociales mediante la juridificación posterior e incondicionada de sus expresiones y tendencias, es un tema ampliamente controvertido, y por ello, profundamente debatido en el campo del pensamiento filosófico y jurídico desde hace ya bastante tiempo, y con una extensa e importante producción intelectual. Como breve muestra de esas diferentes posiciones doctrinarias basta recordar los puntos de vista contradictorios que sobre el tema han sostenido autores como SAVIGNY y BENTHAM.

Desde luego, que un ejercicio de tal magnitud y profundidad escapa claramente a los objetivos y al espacio que determinan el alcance concreto de la tarea propuesta para la presente oportunidad; no obstante, la referencia al tema sirve como base introductoria de nuestra aproximación, en el sentido de tomar como punto de enfoque para la evaluación de las experiencias y perspectivas de una categoría jurídica, como lo es la figura de los entes reguladores que aparecen con un cierto grado de consistencia en diversas latitudes durante las últimas tres décadas, dentro del contexto que presenta en una realidad nacional determinada y su sistema jurídico, pero con una visión comparada.

Este punto preliminar de acercamiento se encuentra satisfecho en su alcance con la aceptación convencional, de la dinámica constante, que se hace presente a manera de soporte estable dentro de una realidad cotidiana de relaciones humanas e institucionales, signada por la variedad, con diversas cargas de contenido predominante (político, económico, cultural, religioso, laboral, lúdico, intelectual, etc.) que se entrelazan necesariamente con manifestaciones teóricas e instrumentales del derecho, bien porque en su posibilidad de expresión real necesiten del soporte jurídico o estén de alguna manera limitadas en su entorno por regulaciones propias del derecho, bien porque, surgiendo de una manera ajena al derecho (si es que ello posible en la práctica), provocan la necesidad de generar nuevos instrumentos o adaptar

[1] VILLAR PALASÍ, J. L.: *Derecho Administrativo. Introducción y Teoría de las Normas*, Universidad de Madrid. Madrid, 1968, pág.15.

los existentes para institucionalizar jurídicamente esa concreta manifestación del quehacer humano.

En síntesis, para dar inicio a la observación del tema planteado para la reflexión desde la óptica analítica que permite el derecho administrativo nos ubicamos en el punto de mira que abre la oportunidad de apuntar el enfoque hacia el espacio de correlación que deriva de la integración, convergencia o sumatoria que arroja la dinámica práctica de los acontecimientos y el diseño o la puesta en ejecución del instrumental (sustantivo, organizativo y funcional) jurídico.

En ese sentido, adelantamos la consideración sobre la existencia de posiciones que, de entrada, resultan radicales o extremas y, por eso, de dudosa confiabilidad, pues pretenden instalar y difundir la predica de transformaciones absolutas, de cambios definitivos y el triunfo irreversible de nuevos paradigmas que implican, prácticamente, la desaparición de todos los marcos referenciales, tanto en lo atinente a la organización del Estado, como en lo que aplica en relación con las instituciones jurídicas que se aplican a su estructura y funcionamiento, particularmente en las relaciones con los ciudadanos y las organizaciones intermedias, lo que conduce al anuncio de su reemplazo por una nueva realidad.

Más aceptable y eficiente como marco referencial, por lo que viene a ser un enfoque más confiable en su estabilidad para la reflexión analítica, resulta comprender que se trata de una continuidad dinámica, en la que se insertan cambio, más o menos intensos, pero en todo caso necesariamente inmersos en la relatividad propia del movimiento, por oposición a lo estático e inmutable, que habla de un Estado –y consecuencialmente un derecho administrativo– vitalmente en transformación, precisamente por su indisoluble vínculo con la realidad cotidiana de la sociedad. Así se puede extraer del resultado de las investigaciones que, a través de una línea conceptual y metodológica sostenida, nos ofrece el Profesor GARCÍA-PELAYO, desde la reflexión general del Estado como un ente en transformación permanente, hasta la visión del Estado de nuestros días, como un complejo conjunto de sistemas[2].

En estos trabajos –así como también en otros del mismo autor–, que se inscriben en la línea investigativa articulada en torno a los cambios sociales, políticos, económicos y culturales, en general, y su impacto en las estructuras del sector público y sus soportes instrumentales, se pone en evidencia esa plasticidad para la transformación y el cambio, para la adaptación que no comporta un quiebre o ruptura radical.

[2] Hacemos mención, en particular, a dos obras del Profesor García-Pelayo, M.: *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid, 1977, y *El Estado de nuestro tiempo*, Fundación Manuel García-Pelayo, Caracas, 2008.

Es entonces a partir de estas premisas metodológicas, acentuadas con la significativa presencia de las determinantes que en los momentos actuales resultan de imprescindible consideración, como la globalización y la correlativa velocidad de transferencia de la información a través de la magia que significa la comunicación contemporánea, que abordamos nuestra aproximación al tema, comenzando por una consideración general, para luego entrar a revisar los datos más significativos de la escena actual que encierra la figura de los entes reguladores en Venezuela.

II. Consideraciones Generales

Entre las últimas décadas del Siglo XX –particularmente el cuarto de siglo final– y los primeros años de la presente centuria, la economía global ha estado marcada por diversos procesos, tales como la apertura económica de los países para buscar su inserción y proyectar su permanencia en los mercados internacionales, los procesos de integración regional a través de la multiplicación, profundización y afinamiento continuo de mecanismos específicos de inversión, producción e intercambio comercial. Es común observar cómo se profundizan cambios que apuntan hacia la apertura de la actividad económica y su tendencia a la liberalización mediante la ampliación del protagonismo de los sectores privados de la producción y el comercio.

Como derivación lógica de ello, el panorama se complementa con el impulso de las formulas de desregulación, privatización y cambios en las modalidades de control jurídico sobre la economía por parte del Estado, lo que se traduce en cambios normativos y funcionales a los efectos de la preservación del interés de los ciudadanos– que en algunos ámbitos de relaciones jurídico-públicas adquieren la calificación de “usuarios” o “consumidores”, lo que apunta como una clara deriva hacia la consideración de un ingrediente mercantil o comercial como componente de la relación–, en una relación jurídico-económica sujeta a protección.

Correlativamente se percibe, sin mayor dificultad, un proceso gradual de incremento en el protagonismo que exhibe la empresa privada como conjunto de sujetos responsables por la organización y funcionamiento de la economía, a cuya presencia se acompaña con un no siempre correlativo aumento en la cuota de responsabilidad social, de nuevas exigencias para la atención directa de asuntos de interés colectivo que gravitan sobre su actividad de interés inmediato, sobre su objeto social o misión.

Todo ello ocurre, además, dentro de un escenario signado por la globalización asociada a la ampliación de mercados, lo que influye decisivamente en el rediseño de los mecanismos tradicionales de control y– de manera

complementaria–, aparecen nuevas técnicas para garantizar adecuadas garantías de justicia y equilibrio en las relaciones con contenido jurídico, que exceden el límite de los asuntos estrictamente subjetivos o personales, entrando en el campo de las cuestiones de carácter y trascendencia colectiva.

Encontramos así, instrumentos dispuestos para la protección del comercio; la propiedad intelectual; las marcas; las previsiones antidumping; la preservación, solidez y transparencia de los mercados financieros; la tributación; mercado de capitales; régimen aduanal; participación y control por los usuarios; libre competencia; protección a la moneda; estructura arancelaria; protección, respeto y garantía del derecho a la información; libertad de empresa, comercio e intercambio; derecho de las comunicaciones; libertad de culto, libertad de pensamiento, etc., por solo enumerar un breve elenco demostrativo de la amplitud sustantiva que compone el espectro.

Desde el punto de vista de la producción y la actividad económica en general, las transformaciones han sido constantes y sostenidas a partir de mediados del siglo dieciocho –como efecto de los impactos iniciales de la revolución industrial–, con avances que se expresan en términos lineales y exponenciales, tanto en intensidad como en extensión, apuntalados en una coincidencia temporal y una suerte de maridaje fenomenológico con el proceso de urbanización a escala mundial, que contribuye decisivamente, en paralelo, a dar sustento y proyección a esa dinámica económica, aportando en forma simultánea, las oportunidades de avance tecnológico junto con las condiciones mínimas necesarias para incrementar y perfeccionar las demandas de bienes y servicios en todas las áreas de la vida.

En este contexto se destaca la formación progresiva de la llamada empresa multinacional que comporta un rango de poderío e influencia en el medio social y político de escala abiertamente superior a los niveles antes conocidos, lo que ocurre primordialmente, por sus características de potencialidad económica y por la amplitud de extensión espacial que comporta su radio de acción directa, unidos a la magnitud de los mercados en los que participa.

Se aprecia, entonces, una arquitectura corporativa marcada por la existencia de centros de trabajo y operaciones administrativas en diversos países, con una dirección central o un verdadero “cuerpo de unidades de dirección”, que se ubican físicamente en determinados lugares estratégicamente seleccionados, atendiendo, no solo a los requerimientos propios de la producción y distribución, sino igualmente, a razones de diversa índole, dentro de las que destacan las de orden jurídico y político, como factores significativos, y en alguna medida determinantes, para el montaje de tal decisión, partiendo de la consideración y rigurosa evaluación de las ventajas

y debilidades comparativas que para la operación global y las estrategias de funcionamiento, crecimiento o expansión pueda tenerse definidas o cuando menos suficientemente delineadas para horizontes temporales predeterminados.

Realidades como la determinada en el cuadro de las empresas multinacionales –las cuales, en muchos casos, se organizan y operan bajo la modalidad de empresas *multiplanta multiproducto*, generando con ello un escenario aún más complejo en su contenido y expresión–, que no son necesariamente gigantescas en la escala corporativa de sus dimensiones, se hacen cada día más comunes, como efecto de la globalización, que influye, a su vez, como un agente causal o generador de la multiplicación exponencial de los casos representativos de este tipo de organización empresarial, lo que acentúa la generalización del fenómeno y hace que sus efectos –por igual los positivos y los negativos–, se puedan manifestar de manera más directa sobre una masa más extensa e indeterminada de destinatarios, y en forma prácticamente inmediata, en cuanto al tiempo. Para ejemplificar lo que ahora se afirma, basta mirar en el entorno que ofrece en la dinámica cotidiana de realidad contemporánea, la velocidad con que se produce la expansión de la crisis financiera, que por ello, se transforma en crisis económica; y al mismo tiempo, la extensión, magnitud e intensidad de sus efectos, como consecuencia directa de la amplísima red de vínculos que relacionan a las organizaciones entre sí, y los con los clientes y usuarios, en un escenario espacial prácticamente ilimitado.

Pero esas tendencias y transformaciones operan en tiempos y espacios en los que también actúan las estructuras del Poder Público, el Estado, mediante diversos modos de presencia que incluyen, desde luego, el instrumental aportado por las instituciones jurídicas, primordialmente, las que atañen de manera directa e inmediata al Derecho administrativo. Es así como se pone de manifiesto la importancia que para la comprensión adecuada de todos estos fenómenos tiene reconocer la presencia de la relación constante entre los factores económicos (como expresión práctica de generación e intercambio de bienes y servicios que afecta la vida cotidiana de los ciudadanos) y políticos (como expresión de las prácticas y modalidades de ejercicio del poder, que igualmente atañe al interés de los individuos por afectar sus condiciones de vida), con en Derecho administrativo (como estructura instrumental y operativa que institucionaliza las relaciones entre los centros de ejercicio del poder político, y con los destinatarios de las actuaciones de tales centros, en razón de la gestión que ellos cumplen sobre los asuntos de carácter colectivo que, por ser tales, son de todos, aunque no pertenecen a ninguno en particular).

Hay una procura constante de los individuos –que se convierte en demanda incesante de las colectividades–, por alcanzar mejores condiciones de vida, lo que se traduce en la producción y suministro de oportunidades transformadas en bienes y servicios que se convierten o desembocan a la postre, en derechos adquiridos y aspiraciones legítimas transferibles a exigencias prácticas, cuya satisfacción efectiva apunta a la búsqueda de respuestas inmediatas por parte de los centros de decisión del poder político y la gestión pública. Tal relación orienta explorar, diseñar y poner en ejecución, modalidades diversas de actuación que, respondiendo a la demanda colectiva, como causa eficiente, también deben ponderar las condiciones prácticas que presenta la realidad, alimentadas, claro está, con la perspectiva ideológica y la racionalidad derivada de la experiencia.

Así se producen los cambios, cargados de oscilaciones que podrían ilustrarse –echando mano a la expresión geométrica, con todas las imperfecciones que el símil gráfico puede acarrear–, con una suerte de elipse con extensión variable, en la que se mueven los actores, entre manifestaciones de mayor o menor grado de intervención por parte del Estado, desde el punto de vista regulatorio y de control, así como en el papel de agente o actor protagónico en la dinámica económica. Esto nos habla, cuando menos, de dos cosas que nos interesan de manera inmediata en la presente oportunidad: por una parte la influencia intersectorial que tienen los diversos factores concurrentes en la construcción del escenario de las relaciones sociales, económicas y políticas que vinculan cada vez con mayor intensidad a los individuos con las organizaciones privadas y públicas, y a éstas entre sí (lo que incluye, con particular relevancia, a las relaciones entre Estados y otras organizaciones propias del ámbito internacional); y por otro lado aparece, con el mismo vigor e importancia, la permeabilidad y plasticidad del instrumental jurídico para adaptarse a las exigencias derivadas de tales relaciones, que acompaña de una manera constante, al intercambio que opera entre las mismas, dentro del variado entorno de realidades singlares que representan los distintos escenarios domésticos en los que se producen.

La preponderancia de una tendencia frente a la otra, en un determinado momento o período histórico y, desde luego, en un país también determinado, son datos que hablan de esa permeabilidad o apertura que, en términos relativos, se puede tener en cuanto a la lectura de las orientaciones, para dirigir la gestión en la dirección que apunta hacia el rumbo seleccionado por la generalidad, sin que ello implique pérdida de autonomía o independencia; antes bien, puede considerarse como una expresión decidida de tales facultades, a la que se añade el ingrediente de racionalidad estratégica expresado en el aprovechamiento de esa suerte de energía eólica que proporcionan las fuerzas impulsoras de los procesos de cambio.

No obstante, también es factible observar en escena, con igual intensidad, y probablemente mayor nivel de ruido, cambios de dirección destacables por el fuerte contraste que registran, al configurar una llamativa posición de contramarcha cargada más con emotividad que con racionalidad. Tales derivas se expresan, usualmente, en la subordinación de las decisiones propias de las políticas públicas a postulados ideológicos, que resultan planteados y acogidos como dogmas de fe, como creencias ciegas, con lo cual se pone en primer plano la ceguera que padece el creyente.

En este contexto, las posiciones se colocan en las expresiones que se producen entre los grados extremos de presencia del aparato público en el desenvolvimiento de las actividades de contenido económico que dibuja la elipse antes aludida. En ella se puede apreciar, como uno de sus segmentos extremos más alejados, la fórmula de intervencionismo acentuado mediante el montaje de un pesado andamiaje regulatorio cargado de controles, que en muchas ocasiones conlleva incluso la presencia directa del Estado, absorbiendo la realización de las actividades de producción e intercambio comercial de manera directa y bajo la modalidad de monopolio, esto es, la estatización radical, con una evidente desigualdad de oportunidades y desarrollo frente a los otros posibles o potenciales participantes, que si lo hacen, es a partir del esfuerzo singular, privado, cada vez en menor proporción numérica y más desiguales o desventajosas condiciones de actuación.

El segmento diametralmente opuesto de la ilustración geométrica que empleamos para representar el fenómeno, viene dado por la situación derivada de una reducción significativa del protagonismo estatal en el acontecer económico, jugando el papel de actor directo. Esto se percibe, jurídicamente, a partir de las manifestaciones de desregulación y privatización, lo que no excluye –debemos adelantar la mención concreta al tema–, la presencia del derecho administrativo, tanto en los aspectos funcionales que determinan los nuevos tipos de relación que involucran a la Administración con los agentes privados de producción e intercambio de bienes o servicios, y a su vez, las relaciones entre estos actores y los destinatarios finales de la actuación, que son los ciudadanos, clientes o usuarios.

Como es fácil percibir, el fenómeno de la desregulación supone una revisión, y con ello, un redimensionamiento de las facultades de intervención del Estado, para lograr reducir su presencia, ajustar su protagonismo a partir de la evaluación de los soportes teóricos y la eficacia práctica de las potestades y técnicas de intervención, lo que se realiza mediante la aplicación de parámetros propios del análisis económico el derecho; esto es, el análisis

jurídico sobre el contraste que se produce entre los costos y beneficios (colectivos, desde luego) que comporta la intervención administrativa, lo que aporta la medición del resultado efectivo que produce la existencia de la norma en los términos que dibuja su vigencia respecto del efecto de su aplicación práctica en cuanto a resultados económicos (ventajas o beneficios para la colectividad en su conjunto), y lo que significa suprimir o reducir tales mecanismos de intervención, midiendo sus efectos en igual sentido.

En este sentido es conveniente tener presente que, al hablar de "desregulación" no se está indicando necesariamente una situación de desaparición total de reglas, ni siquiera la ausencia de normativas de corte administrativo y su reemplazo o sustitución por lo que podríamos caracterizar como normas propias o típicas del derecho privado, produciéndose lo que en diversas oportunidades se ha denominado ilustrativamente, como una "huída" del derecho administrativo.

No obstante, una mirada distinta del fenómeno permite entender que, lo que en el fondo ocurre, es una transformación normativa y funcional del supuesto de hecho con trascendencia jurídica, que se produce mediante un cambio de patrón regulatorio lo que conduce a determinar –o tal vez mejor, viene determinado por– una nueva matriz de relación jurídica, distinta de la típica relación jurídico-administrativa de fomento o policía, que opera en el entorno de una concepción diferente del Estado, por ser menos estruendosa, o tal vez, más sutil en sus métodos. Al respecto es oportuno recordar lo que hace ya bastante tiempo puso de manifiesto el profesor OTTO MAYER[3], en cuanto a que el Derecho Civil no es *supletorio* del Derecho Administrativo, pues éste configura una rama autónoma del Derecho, y no una "especialidad" frente a la "generalidad" que significa el derecho "común".

Entonces, los sistemas de derecho, como tales, no se encuentran aislados ni compenetrados; antes bien, se trata de una posibilidad de aplicación indistinta de sus categorías –primordialmente de aquellas categorías que se *normativizan*, que se encuentran expresadas en regulaciones o disposiciones normativas–, lo que ocurre a través de enlaces jurídicos que se describen técnicamente como "conexiones" –usuales en el campo de las situaciones jurídicas que corresponde manejar al Derecho Internacional Privado–, de modo que en este entorno, las normas de derecho privado pueden regir un asunto mediante el envío o remisión que le hace una norma de derecho administrativo, o viceversa, al igual que las normas de derecho privado pueden resultar reguladoras de la Administración (así sucede, por ejemplo, cuando se produce la constitución de una empresa mercantil, una asociación civil, o una fundación para cumplir cometidos administrativos

[3] MAYER, O.: *Derecho Administrativo Alemán*, Tomo I, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1949.

del Estado), o la aplicación de sus normas corresponde al funcionario administrativo.[4]

En líneas generales, el fenómeno de la desregulación supone el ejercicio de un examen general de las potestades de intervención que se asignan a la autoridad pública, sometiendo a revisión crítica –o tal vez mejor dicho, cuestionando–, aquellas que no evidencian en sí mismas una adecuada justificación, en razón del fin práctico y de interés colectivo que les sirvieron conceptual o teóricamente de soporte. A partir de aquí se formulan los cambios en la plataforma de presencia de la autoridad pública, que conllevan, la desregulación lo que no significa la desaparición de normas, sino el reemplazo de la arquitectura regulatoria, que de ordinario apunta a un cambio de tipo normativo que se acompaña con una modificación en la estructura organizativa, haciendo aparecer, entonces figuras que operan con intensidad menor, pero más acorde con la nueva configuración integral del sistema[5].

Ahora bien, esos cambios no aparecen como consecuencia de una conducta caprichosa e infundada que intenta explorar la implantación de transformaciones sin más. Usualmente, han sido respuestas a situaciones coyunturales, más o menos dramáticas que disparan respuestas de emergencia, convirtiendo de ese modo la dificultad en oportunidad, mediante la puesta en práctica de las modalidades de respuesta que progresivamente se van moldeando y trasformando en fórmulas más definidas que pueden servir de referencia en situaciones de menor gravedad. Así, por ejemplo, se cita la experiencia de los Estados Unidos de Norteamérica, cuando "...Sobre el fondo de la gran depresión, que produjo el caos económico, gran inseguridad social y muchos millones de hombres sin trabajo, fue posible en el transcurso de unos pocos años, establecer en los Estados Unidos un sistema de seguro social de gran alcance que incluye el reconocimiento obligatorio del contrato colectivo, el control de la producción agrícola y, en frente de la oposición hondamente arraigada contra a iniciativa pública, una autoridad pública (la TVA, es decir la Tennesse Valley Authority) proyectó combinar la producción de energía eléctrica y la revitalización de una región abatida. Fue la segunda Guerra Mundial, con sus profundos efectos sobre toda la población, la que produjo en la Gran Bretaña cambios legislativos de tanto alcance como la legislación sobre Seguro Nacional de 1946 –preparada por le Informe

[4] Al respecto véase, A. MOLES CAUBET: "Lecciones de Derecho Administrativo (Parte General)". En *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Nº 84, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1992, págs. 93 y sigs.

[5] Sobre este aspecto particular del alcance de la desregulación, en cuanto a la transformación del sistema normativo y sus consecuencias e el campo del Derecho administrativo, puede verse a SORIANO GARCÍA, J. E.: *Desregulación, privatización y Derecho administrativo*. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia 1993.

Beveridge, publicado antes de terminar la guerra–, la nacionalización de ciertos servicios públicos fundamentales (carbón, electricidad, gas y transporte) y una ampliación considerable del planeamiento urbano y rural, principalmente mediante la legislación sobre poblaciones nuevas, que ocasionó la expropiación (con indemnización) de muchas propiedades particulares...”[6].

Pero así como en un momento determinado la tendencia opera en un sentido de mayor intervención pública, en otro momento, la tendencia se manifiesta en una dirección distinta, o bien, marcando un ritmo intensidad de intervención menores o atenuados. Así lo expresa el profesor PIERRE SUBRÁ, por ejemplo, cuando manifiesta que, “...es deseable que exista asimismo una cierta atenuación de la preeminencia del Estado, lo cual trae aparejado cambios en el derecho administrativo. Pero también parece, y esto es igualmente generador de una renovación del derecho administrativo, que el Estado sólo seguirá siendo un actor privilegiado e indispensable a condición de que sepa transformar sus modalidades de intervención. (...) El rol del Estado se encuentra disminuido por los traspasos de actividades a favor del sector privado, desde el momento en que los poderes públicos han tenido la inteligencia de mostrarse pragmáticos y han comprendido que una cierta forma de intervencionismo público, que podía justificarse en ciertos momentos de la historia, es hoy inaceptable. Pero eso no significa que el Estado haya perdido su importancia. Si el Estado renuncia oportunamente a las funciones que serán asumidas por el juego de la libre iniciativa privada, no deja por eso de tener un lugar esencial; simplemente su rol se ha transformado. Liberado de pesadas tareas que no ejercía de manera satisfactoria, puede consagrarse mejor y más intensamente a aquellas actividades que solo él está en condiciones de asumir satisfactoriamente, que comprenden el terreno de ciertos servicios públicos y también la promoción, orientación, encuadre y control de todas aquellas actividades que de ahora en más han sido confiadas al sector privado...”[7].

Dentro de la línea que dibuja esa tendencia a reducir la presencia del Estado y dejar mayor espacio de movimiento a los actores privados, surge la fórmula de los entes reguladores, mediante la aplicación de técnicas organizativas y funcionales que se adaptan instrumentalmente para alcanzar con mayor eficiencia los objetivos generales que se persiguen. La transformación de los modos de intervención estatal, que se concretiza en una sensible disminución de su presencia bajo la imagen de administración directa, está soportada en la

[6] Vid. FRIEDMANN W.: *El Derecho en una Sociedad en Transformación*, Fondo de Cultura Económica, México, 1966, págs. 30 y 31.

[7] SUBRÁ, P.: “El nuevo Derecho administrativo” en *Transformaciones del Derecho Administrativo*, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1994, págs. 64 y 65.

fórmula autonómica que acompaña al agente regulador, que opera con mayor independencia técnica y más distancia política de los centros de decisión estatales, para reducir la interferencia del sector público sobre la dinámica de las relaciones, aún cuando, se mantiene el control –seguramente más ágil y con mayor soporte técnico, lo que en definitiva lo convierte en un control más justo y adecuado a la actividad supervisada–, para garantizar el interés jurídico y económico de los miembros de la sociedad, de las colectividades.

Este conjunto de circunstancias que rodean el fenómeno, son expresión del contexto en el cual se producen los cambios de la Administración que, para ser eficientes, deben estar en sintonía con la modernidad, esto es, generar transformaciones que apunten a justificar su existencia y aceptar su presencia por las consecuencias que comporta en la presencia y vivencia de los principios y valores de los seres humanos, en términos de garantía eficiente, es decir, realizada en la práctica, más allá de las simples proclamas demagógicas; esto es, calidad de vida, en condiciones de dignidad, libertad plena y respeto a las preferencias personales.

III. Experiencia y expectativas en la Venezuela actual

Para poder reconocer y reflexionar adecuadamente sobre la experiencia y las expectativas de desenvolvimiento del asunto relativo a la independencia de los entes reguladores en un contexto específico, como lo es el caso venezolano, es conveniente concretar la revisión de la experiencia en función de los parámetros que determinan los acontecimientos de mayor impacto y significación que rodean la cuestión.

En tal sentido, el análisis sobre la realidad venezolana actual debe tomar en consideración los cambios que, en mayor o menor medida, se vinculan a la plataforma jurídico-institucional que ofrece la nueva Constitución de 1.999, así como las tendencias y cambios derivados de la particular dinámica política ocurrida en el país a lo largo de la última década. Sin embargo, la posibilidad de observar un cambio significativo surge del contraste con el desempeño que en materia de transformaciones que surgen en la Administración Pública y sus modalidades operativas, a partir de los soportes que da la normativa constitucional anteriormente vigente (1.961), que tiene la característica de ser la de mayor duración en la historia constitucional del país (40 años), pero además, se ubica en la etapa de aparición y proliferación en la escena mundial, de los entes reguladores como figura vinculada con los procesos de privatización y desregulación.

En efecto, Venezuela no es ajena a la tendencia generalizada que contempla la reducción o redimensionamiento del aparato administrativo del Estado,

básicamente en materia de gestión de servicios públicos, para dejar espacio a la actuación privada, incorporando la figura de los entes reguladores, con marcado acento en su independencia funcional y operativa, respecto del aparato que comporta la Administración Directa del Estado. En líneas generales esa nueva concepción de arquetipo operacional y organizativo se pone en práctica de forma progresiva durante el último cuarto de siglo, como respuesta a las oportunidades o exigencias que la dinámica social y política del país iba presentando, y dentro de una tendencia general hacia la modernización de la Administración Pública, que no ocurre de manera lineal y sostenida, aunque si puede decirse que en cierta forma continua, como necesario efecto de la transformación general del país, influida por la globalización y sus consecuencias económicas, sociales y políticas[8].

De ese modo, montado sobre el basamento constitucional que establece o reconoce un sistema de economía social de mercado, cuyo plexo conceptual y normativo admite la libre competencia dentro de una concepción de la libertad económica consagrada, además, como garantía constitucional, pero sujeta, al mismo tiempo, a controles estatales y con prohibición de monopolios[9], se abre un proceso de incorporación progresiva de agentes privados en la gestión de actividades y servicios de interés colectivo, lo que conduce a la creación de entes reguladores dispuestos para operar en los diferente campos de tales actividades y servicios[10]. Esa apertura a la participación privada se expresa tanto en la presencia de tales iniciativas en las áreas abiertas de la economía, como en la tendencia a la invitación hecha a la inversión privada, por parte del Estado, lo que incluye la modalidad de privatización de los capitales públicos en empresas de servicio tales como la de telefonía (CANTV) y otras.

[8] Para una aproximación más detenida sobre el tema, remito a mi ensayo: "La Administración Pública: Modernización, reajuste y adaptación (especial referencia a la situación actual en Venezuela)"; publicado en la *Revista Iberoamericana de Administración Pública*. Nº 4. Ministerio de Administraciones Públicas. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid, 2000. Págs. 75 y sigs.

[9] **Artículo 96**: "Todos pueden dedicarse libremente a la actividad lucrativa de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes por razones de seguridad, de sanidad u otras de interés social....".

Artículo 97: " No se permitirán monopolios. solo podrán otorgarse de conformidad con la ley, concesiones con carácter de exclusividad, y por tiempo limitado, para el establecimiento y la explotación de obras y servicios de interés público..".

Artículo 98: "El Estado protegerá la iniciativa privada, sin perjuicio de la facultad de dictar medidas para planificar, racionalizar y fomentar la producción, y regular la circulación, distribución y consumo de la riqueza, a fin de impulsar el desarrollo económico del país...."

[10] Así, por ejemplo, aparecen la Comisión Antidumping, la Superintendencia de Protección al Consumidor, la Superintendencia de Bancos, la de Seguros, la Superintendencia Nacional de los servicios de agua potable, La Comisión Nacional de Telecomunicaciones, entre otras figuras de entes reguladores.

Es conveniente anotar que, junto a esta expresión de cambio o adaptación del aparato administrativo, que funciona de cara a los ciudadanos en general se produjo, en el mismo período, un nutrido y conjunto de manifestaciones de descentralización administrativa y política que impactó decisivamente el esquema general de articulación territorial del poder público, y desde luego, la dinámica política del país. Ciertamente, en esa etapa final del siglo pasado se concretó la puesta en práctica de dos previsiones constitucionales, referidas, la primera de ellas, a la posibilidad de que el Congreso, mediante el voto favorable de las dos terceras partes de los miembros de cada Cámara, atribuyera a los Estados y Municipios, *determinadas materias de la competencia nacional, a fin de promover la descentralización administrativa* (artículo 137), y la segunda, a la sustitución del sistema de designación de os Gobernadores de Estados, por la fórmula de elección directa, universal y secreta, prevista en el artículo 22, mediante una ley con características especiales, en cuanto a su valor y trascendencia, que ha permitido incluso, calificarla como una ley constitucional, por la instalación de un régimen irreversible por vía de ley, que solo podría ser substituido mediante una reforma constitucional[11].

IV. La Constitución de 1.999 y los cambios en la institucionalidad administrativa pública

El texto constitucional venezolano aprobado por vía de referéndum el 15 de diciembre de 1.999 trae consigo efectos jurídicos y políticos que sobrepasan el espacio acotado de su contenido y el espectro ideológico que le pudiera servir de entorno.

La lectura de algunos de sus contenidos y postulados, y su visión desde la perspectiva del contraste con las realizaciones y tendencias marcadas por la acción de los decisores públicos que lideraron su gestación y se han mantenido en funciones de gobierno, es un buen punto de mira para conocer el grado de apego a sus postulados, presente en la conducta de esos actores; esto es, la coherencia entre las propuestas de cambio que se encapsularon en sus normas como empaque formal y soporte básico de lo que viene calificado en su Preámbulo con la expresión categórica, superior y decisiva de "refundar la República, para establecer una sociedad democrática, participativa y protagónica... ".

Pero también esa mirada de contrapunto con las tendencias de la acción de gobierno ayuda a entender, en proyección hacia el futuro, la viabilidad práctica y la efectividad de las realizaciones, tomando como referente el

[11] RODRÍGUEZ GARCÍA, A.: " Aspectos jurídicos del sistema de elección de Gobernadores", *Revista de Derecho Público* Nº 33, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1988, pág. 15.

marco teórico de las transformaciones del Estado contemporáneo y las características que dan contenido conceptual al Estado de nuestro tiempo[12].

En particular interesa detenernos en lo atinente a la institucionalidad general, la institucionalidad de las instancias del Estado, y particularmente, la atinente al aparato administrativo que, como sabemos, funciona bajo parámetros de *orden, ordenación y organización* propios de un sistema científicamente estructurado que comporta componentes sociológicos, políticos y jurídicos de manera integrada.

Desde la óptica de enfoque político-constitucional, la Constitución venezolana de 1.999 (la "Constitución de la República Bolivariana de Venezuela") ofrece, a nuestro juicio, una particularidad que merece ser destacada, para la mejor comprensión de su análisis, y con ello, del contexto determinado por el acontecer político en el que se inscribe su trayectoria de *vigencia*, entendiendo como tal, simplemente su existencia o presencia formal, sin que sea menester adentrarse en el asunto relativo a su aplicación práctica y efectiva producción de efectos de sus postulados, que constituye otro nivel en la escala de aproximación analítica.

Tal particularidad trata de la vinculación que se ha establecido entre la Constitución y la prédica de una "revolución" política, pacífica y plenamente apegada al orden jurídico, adjetivada como "bolivariana" (en atención a los postulados del ideario de Simón Bolívar que emplea a manera de inspiración), que sirve como soporte de campaña proselitista y programa intelectual o ideológico, a la opción política que resultó ganadora en el proceso electoral presidencial de 1.998. Dentro del conjunto de ofertas contenidas en ese programa electoral se presentó, como mascarón de proa, precisamente, la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente para la redacción de un nuevo texto constitucional que debía reemplazar al entonces vigente.

Uno de los datos que viene a resultar particularmente interesante para el análisis del evento político-jurídico que significa la nueva Constitución y junto a ello, las manifestaciones de la dinámica política ocurridas a partir del momento de su aprobación, cuya existencia es posible evaluar en contraste con sus contenidos, aunque sin embargo –tal como intentaremos poner de manifiesto más adelante–, no es válido categorizar a muchos de los acontecimientos y tendencias que identifican con mayor ímpetu esa dinámica, como una consecuencia directa o indirecta del cuerpo constitucional, y en muchos casos, constituyen expresión innegable de derivas que se apartan ostensiblemente del espíritu, propósito, razón, sentido y alcance que determina ese Texto Fundamental.

[12] Vid. *supra*, nota 2.

En cualquier caso, el dato de mayor significación para el presente análisis viene dado por el hecho evidente, de que se han presentado los contenidos de la Constitución de 1.999 como el soporte fundamental, el esquema programático básico de la propuesta revolucionaria. A ello aparece unida la oferta, o tal vez mejor, el compromiso de hacer totalmente la revolución dentro del orden jurídico establecido ("*dentro de la Constitución todo, fuera de la Constitución nada …*"), lo que sin duda le asigna un signo de llamativa peculiaridad que se convierte en uno de los principales atributos distintivos del experimento, cuyo cabal cumplimiento servirá, en consecuencia, como parámetro referencial para calibrar su efectividad, en cuanto a lo genuino de sus resultados prácticos.

En este sentido, puede comenzar por decirse que el contenido de los postulados de este texto (1.999), en líneas generales, no difieren mucho de los correspondientes al texto derogado (la Constitución de 1.961), a pesar de la pretensión de su alcance ("*refundar la República*"), ni aparece en el mismo mención alguna a la "*revolución*", su definición, orientación, contenido o alcance.

Así, en los artículos 112, 113 y 229 se consagran la libertad económica, la proscripción de los monopolios –como mecanismo de protección de los ciudadanos–, y la garantía de la libre competencia por parte del Estado, precisando que el régimen socioeconómico se fundamenta en los principios de *justicia social, democratización, eficiencia, libre competencia, protección del ambiente, productividad y solidaridad* con la finalidad de asegurar *el desarrollo humano integral y una existencia digna y provechosa para la colectividad*, para lo cual ordena (art. 299), que el Estado *conjuntamente con la iniciativa privada* promueva el desarrollo armónico de la economía nacional, con el fin de generar fuentes de trabajo, alto valor agregado nacional, elevar el nivel de vida de la población y fortalecer la soberanía económica del país, garantizando la seguridad jurídica y la aplicación de una planificación estratégica *democrática, participativa y de consulta abierta*.

De su parte, como componente de necesaria presencia en el sistema estatal, que resulta de múltiples maneras afectado en su arquitectura y funcionamiento por los otros componentes[13], la Administración pública encuentra postulados constitucionales que determinan sus perfiles como expresión de institucionalidad formal, ajustada a postulados rigurosos, en el contexto de lo que significa la fórmula de un Estado social de derecho y de justicia.

[13] Véase GARCÍA-PELAYO, M.: *El Estado de nuestro tiempo*, págs.16 y sigs.

De allí que se disponga que la Administración Pública *está al servicio de los ciudadanos*, y opera *con sometimiento pleno a la ley y al derecho*[14] , postulado que se articula directamente con el principio de legalidad (piedra angular del Estado de Derecho) que se configura como norma constitucional[15], exigiendo, como complemento necesario para la configuración coherente del régimen jurídico constitucional de la Administración Pública, la subordinación e imparcialidad política de los funcionarios[16].

No obstante la claridad y precisión de los postulados constitucionales, la tendencia del Gobierno comenzó a hacer una deriva hacia la instalación de un régimen socialista, mediante la puesta en marcha de una fórmula que parte del ejercicio del poder público y toma como apoyo, precisamente, las estructuras del Poder, que por ser tales, pertenecen a toda la colectividad y no a ninguna parcialidad en particular.

Esta tendencia comporta, desde luego, una separación progresiva del postulado principista que pretende realizar la revolución "dentro" de la Constitución. Lo que llega a un punto de inflexión evidente con la propuesta de reforma constitucional (2007), cuyos contenidos implican una transformación de la norma fundamental que contraria su propia esencia para someterla a los objetivos de la revolución.

En particular destaca la tendencia a la concentración y centralización del Poder, en la figura del Presidente de la República, formalizando lo que progresivamente ha ido ocurriendo en el ejercicio práctico del gobierno, con la complicidad de los agentes y representantes que cubren las posiciones de las distintas ramas del Poder Público, lo que lleva a la calificación de fraude a la constitución y fraude a la democracia, con el objetivo de consolidar un régimen autoritario en gestación desde 1.999[17].

En ese episodio destaca la propuesta de reforma del artículo 141 constitucional, para instalar una administración paralela, no sujeta al principio de legalidad, identificada como las "misiones", para expresar una de las modalidades aplicadas por el gobierno en sus actuaciones.

[14] Artículo 141.-"La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de a función pública, con sometimiento pleno a la ley y el derecho".

[15] Artículo 137.- "La Constitución y la ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen."

[16] Artículo 145.- "Los funcionarios públicos y funcionarias públicas están al servicio del Estado y no de parcialidad alguna...".

[17] BREWER CARÍAS, A. R.: "El autoritarismo establecido en fraude a la Constitución y a la democracia, y su formalización en Venezuela mediante la reforma constitucional" en *Temas constitucionales. Planteamientos ante una eventual reforma*, Ed. FUNEDA, Caracas, 2007, págs. 13 y sigs.

Tales elementos marcan ese punto de quiebre, a partir del cual, y aún cuando la reforma fue contundentemente negada por la votación refrendaria, el gobierno acentuó su tendencia tanto en el rediseño de las estructuras, provocando el surgimiento de una seudo institucionalidad paralela que acrecienta el centralismo y la concentración del poder, como con la reafirmación de la fórmula del régimen socialista impuesto desde el ejercicio del gobierno, mediante la aplicación de verdaderas confiscaciones de propiedades y empresas para aumentar el control directo de los medios de producción y de la actividad económica en general, todo lo que apunta necesariamente al debilitamiento de los mecanismos de desregulación que reclaman la presencia de las figuras de reguladores sectoriales.

Prácticamente se ha proscrito el empleo de las figuras autonómicas y se acentúa el esquema centralizado de decisiones y acciones, tanto en el espectro de la administración funcional como en el campo de la articulación territorial del poder público, todo lo cual se produce en un escenario de arbitrariedad y contrariedad a derecho que evidencia el fracaso de la revolución dentro de la Constitución.

En conclusión, las expectativas de desarrollo de los reguladores sectoriales son poco promisorias en el escenario actual; no obstante, es inocultable que la imposición de los rumbos actualmente en curso se hace quebrando no solo la legalidad formal, que ya seria sufriente para augurar poco éxito en la prospectiva, sino que la deriva adoptada, bajo un talante abiertamente autoritario, resulta en contramarcha de la dirección que marca la modernidad y el progreso, en un mundo globalizado, dentro del cual, posiciones como la indicada no significa aislamiento y estancamiento, sino un verdadero retroceso qua atenta contra las oportunidades de elevación de los niveles de vida de la población.

El mantenimiento de los referentes teóricos, los principios, las técnicas probadas y el indoblegable apego a los valores de libertad, democracia y justicia –que no dependen de la consagración formal de las Gacetas Oficiales, de las proclamas políticas, las arengas militares, ni los Decretos gubernamentales–, se erigen como reservas eficientes para provocar la búsqueda permanente del rumbo correcto.

EL DESARROLLO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO EN VENEZUELA

Víctor Rafael Hernández-Mendible

I. Introducción

En Venezuela[1], el surgimiento y evolución de las medidas cautelares en el Derecho procesal administrativo es de reciente data –si se toma en cuenta el grado de madurez que ha alcanzado el Derecho Administrativo en el mundo occidental– y es el resultado de una construcción jurisprudencial que se inicia con una decisión pretoriana dictada el 4 de diciembre de 1967, por la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia[2], quien posteriormente iría construyendo el conjunto de principios que conformarían la primera de las medidas cautelares que se conoció en el proceso administrativo: La suspensión de la ejecución de los actos administrativos[3].

La Corte Suprema de Justicia, por primera vez, sin que existiese texto expreso que le otorgase tal posibilidad de actuación, se pronunció sobre la pretensión de suspensión de la ejecución de un acto administrativo que le había cancelado la patente de industria y comercio a la sociedad mercantil recurrente, lo que implicaba el cese del ejercicio de su libertad de empresa. La Corte concedió la pretensión de suspensión de la ejecución, mientras se dictaba la sentencia definitiva.

---

[1] Este trabajo se encuentra inspirado en otro que publiqué anteriormente titulado, Cuarenta años de historia de las medidas cautelares en el proceso administrativo venezolano, *Revista de Derecho Público N° 30*. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo. 2007. pp. 153-184. No obstante, el mismo ha sido revisado y actualizado en atención a las recientes reformas legislativas y las posteriores sentencias cautelares de los órganos jurisdiccionales que resultan relevantes para el presente Congreso.

[2] BREWER-CARÍAS, A.: "Los efectos no suspensivos del recurso contencioso administrativo de anulación y sus excepciones", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela* N° 57-58, Caracas, 1968; ORTIZ, L.: *Jurisprudencia de medidas cautelares*. 1980-1994, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1995, págs. 33-35. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V.: "Tendencias de la tutela cautelar en el Derecho procesal administrativo", en *Revista de la Fundación Procuraduría N° 22*, Caracas, 1999, págs. 23-24.

[3] CALCAÑO DE TELMELTAS, J.: "Aspectos generales del régimen legal de la Corte Suprema de Justicia", en *Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia*. 2ª ed., Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1991, págs. 120-122; HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V.: *La tutela judicial cautelar en el contencioso administrativo,* 2ª ed., Vadell Hermanos Editores, Caracas, 1998, págs. 98-99.

A partir de aquel momento, la Corte Suprema de Justicia comienza a desarrollar los requisitos y presupuestos para la concesión de la pretensión de suspensión de la ejecución de los actos administrativos. Tal construcción jurisprudencial quedará consolidada diez años después, cuando entró en vigencia la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia en 1977[4], la cual permitía de manera expresa que los justiciables formulasen la pretensión cautelar dentro del proceso administrativo de anulación de actos administrativos individuales, que tuviesen contenido positivo –los actos administrativos negativos no son susceptibles de suspensión–, siempre que se cumpliesen todos los requisitos y presupuestos contemplados en la norma.

La tutela cautelar evolucionará en una etapa de expansión luego de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales en 1988, momento a partir del cual se amplía la posibilidad de suspensión de la ejecución de los actos administrativos individuales, con la finalidad de proteger los derechos fundamentales que se puedan ver afectados por su ejecución, a través de la pretensión de amparo cautelar[5] –al menos así lo admitieron los operadores jurídicos–, que se debía formular al momento de interponer la pretensión principal ante el órgano jurisdiccional administrativo[6]. Además se admitirá la posibilidad de formular pretensiones cautelares contra los actos administrativos generales[7] –toda una novedad frente a la situación

[4] El artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, establecía que "A instancia de parte, la Corte podrá suspender los efectos de un acto administrativo de efectos particulares, cuya nulidad haya sido solicitada, cuando así lo permita la Ley o la suspensión sea indispensable para evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación por la definitiva, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Al tomar su decisión, la Corte podrá exigir que el solicitante preste caución suficiente para garantizar las resultas del juicio. La falta de impulso procesal adecuado, por el solicitante de la suspensión, podrá dar lugar a la revocatoria de ésta, por contrario imperio".

[5] El artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales señala que "Cuando la acción de amparo se ejerza contra actos administrativos de efectos particulares o contra abstenciones o negativas de la Administración, podrá formularse ante el juez contencioso-administrativo competente, si lo hubiere en la localidad conjuntamente con el recurso contencioso administrativo de anulación de actos administrativos o contra las conductas omisivas, respectivamente, que se ejerza. En estos casos, el Juez, en forma, breve, sumaria, efectiva y conforme a lo establecido en el artículo 22, si lo considera procedente para la protección constitucional, suspenderá los efectos del acto recurrido como garantía de dicho derecho constitucional violado, mientras dure el juicio. PARÁGRAFO ÚNICO: Cuando se ejerza la acción de amparo contra actos administrativos conjuntamente con el recurso contencioso administrativo que se fundamente en la violación de un derecho constitucional, el ejercicio del recurso procederá en cualquier tiempo, aún después de transcurridos los lapsos de caducidad previstos en la Ley y no será necesario el agotamiento previo de la vía administrativa".

[6] HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V.: "El amparo constitucional desde la perspectiva cautelar", en *El derecho público a comienzos del Siglo XXI. Estudios en Homenaje al profesor Allan R. Brewer Carías*, Tomo I, Civitas, Madrid, 2003, págs. 1219-1303.

[7] El artículo 3 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales señala que "También la acción de amparo podrá ejercerse conjuntamente con la acción popular de inconstitucionalidad de las leyes y *demás actos estatales normativos*, en cuyo caso, la Corte Suprema de Justicia, si lo estima procedente para la protección constitucional, *podrá suspender*

Cont.

preexistente– y también se admitirá la posibilidad de formular la pretensión cautelar de amparo constitucional contra la inactividad administrativa.

Si bien la suspensión de la ejecución como el amparo constitucional cautelar suspensivo –en su formulación legal– constituyen medidas cautelares nominadas o típicas en el proceso administrativo, las mismas no resultaban adecuadas, idóneas y eficaces para la protección cautelar ante las distintas pretensiones, que se pueden efectuar en los procesos administrativos.

Es por ello, que la Corte Suprema de Justicia guiada por la obligación que corresponde a todo juez de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva y de efectuar un control jurisdiccional pleno de toda la actividad o inactividad administrativa de los Poderes Públicos inaugura una nueva etapa a partir de 1989, cuando le otorga visa de ingreso y residencia en el proceso administrativo, a la aplicación de las medidas cautelares innominadas contempladas en el Código de Procedimiento Civil.

Es así como de manera paralela y complementaría, la Corte Suprema de Justicia va irradiando en forma expansiva tanto las medidas cautelares nominadas o típicas como las innominadas o atípicas, que oscilarán desde la mera suspensión total o parcial de la ejecución de los actos administrativos individuales (medida conservativa o asegurativa), hasta la concesión de lo pretendido por el legitimado activo, aunque de manera provisional (medida innovativa o regulatoria).

Finalmente, la jurisprudencia y doctrina científica concurrirán en reconocer la constitucionalización de la tutela cautelar en el proceso administrativo, al entender que ésta constituye un atributo del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Ello es así, porque éste se trata de un derecho que "le viene impuesto a todo Estado por principios superiores que el Derecho positivo no puede desconocer. El derecho a la Justicia existe con independencia de que figure en las Declaraciones de los derechos humanos y pactos internacionales, Constituciones y leyes de cada Estado. Como los demás derechos humanos, es un derecho que los seres humanos tienen por el hecho de ser hombres. Los Ordenamientos positivos se limitan a protegerlo, como recogen otros principios de Derecho natural, al lado de los principios políticos y tradicionales"[8].

En efecto, el derecho a la tutela judicial efectiva, –al igual que otros derechos inherentes a la persona humana–, se encuentra reconocido en los tratados

la aplicación de la norma respecto de la situación jurídica concreta cuya violación se alega, mientras dure el juicio de nulidad".

[8] GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Civitas. Madrid, 4ª ed., 2001, págs. 25-26.

internacionales en materia de derechos humanos válidamente suscritos y ratificados por la República de Venezuela, siendo en consecuencia un derecho que gozaba de reconocimiento y rango constitucional, en virtud de lo dispuesto en los artículos 50 y 68 de la Constitución de 1961.

Este escenario de constitucionalización de la tutela cautelar, se ha visto reforzado por la aparición de la vigente Constitución de 1999, que reconoce de manera expresa el derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, mediante un proceso breve, expedito, que debe desarrollarse sin dilaciones indebidas, con interdicción de la presencia de formalismos que no sean esenciales (artículo 26).

El desarrollo de la tutela cautelar en el proceso administrativo ha sido objeto de algunas reinterpretaciones recientes por parte de los tribunales, tal como se expondrá durante el desarrollo de este trabajo.

II. La Ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos

Históricamente ha existido coincidencia en la jurisprudencia y la doctrina científica que en virtud de la potestad de autotutela de la Administración Pública y más específicamente de la autotutela ejecutiva, los actos administrativos nacen al mundo jurídico amparados de la presunción de legalidad, veracidad y certeza, presumiéndose que son válidos y eficaces, por lo que gozan o se encuentran revestidos de los privilegios de ejecutividad y ejecutoriedad[9].

Ello ha conducido a considerar que los actos administrativos son auténticos títulos jurídicos, con plena suficiencia jurídica, tienen fuerza obligatoria, por lo que se bastan a sí mismos, es decir, que no requieren de declaración confirmatoria o ratificatoria de otra autoridad pública distinta a la que los produce para tener plena validez jurídica, valga decir, para crear, modificar o extinguir derechos e imponer obligaciones a sus destinatarios (privilegio de ejecutividad).

Por otra parte, se reconoce que en ejercicio de la potestad de autotutela ejecutiva, existe la posibilidad que la Administración Pública haga cumplir sus propias decisiones, materializar las consecuencias de las mismas, incluso de manera forzosa, aun en contra de la voluntad de sus destinatarios, en principio, sin necesidad de la colaboración de otra autoridad pública (privilegio de ejecutoriedad). Esta ejecutoriedad es propia de los actos administrativos que imponen deberes u obligaciones positivas o negativas, cuyo cumplimiento puede no ser voluntariamente realizado o aceptado por el obligado[10].

[9] ARAUJO JUÁREZ, J.: *Tratado de Derecho Administrativo Formal,* 3ª ed., Vadell Hermanos Editores, 2005, págs. 332-337.
[10] ARAUJO JUÁREZ, Ob. cit., pág. 333.

Lo señalado ha tenido plena aplicación en el Derecho Administrativo nacional, en el cual se ha reconocido tanto el privilegio de la ejecutividad como género y de la ejecutoriedad como especie de los actos administrativos.

En efecto, lo antes expuesto obtuvo pleno reconocimiento en el derecho positivo, a través de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Es así como el artículo 8 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos establece:

> Los actos administrativos que requieran ser cumplidos mediante actos de ejecución, deberán ser ejecutados por la Administración en el término establecido. A falta de término, se ejecutarán inmediatamente.

Por su parte, el artículo 79 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos expresa:

> La ejecución forzosa de los actos administrativos será realizada de oficio por la propia administración, salvo que por expresa disposición legal deba ser encomendada a la autoridad judicial.

En interpretación y aplicación de estas normas, así como recogiendo la evolución jurisprudencial y doctrinal, se pronunció la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en sentencia 332, de 9 de noviembre de 1989, en la que estableció lo siguiente:

> Pero, observa la Sala, no ocurre lo mismo en la relación jurídico-administrativa regulada por nuestro Derecho positivo en forma, por lo demás, semejante a como lo hacen la mayoría de los ordenamientos extranjeros; el acto administrativo al dictarse se presume legítimo y, amparado por la presunción de legalidad que lo acompaña desde su nacimiento, se tiene por válido y productor de su natural eficacia jurídica. Puede afirmarse entonces que el acto administrativo desde que existe tiene fuerza obligatoria y debe cumplirse a partir del momento en que es definitivo, es decir, en tanto resuelva el fondo del asunto; característica general que la doctrina (ZANOBINI, SAYAGUÉS, GONZÁLEZ PÉREZ, GARRIDO) es coincidente en bautizar con el nombre de "ejecutividad".
>
> Pero además, la Administración, tal como se ha dejado expuesto, tiene –cuando los actos, de suyo ejecutivos, impongan deberes o limitaciones–, la posibilidad de actuar aun en contra de la voluntad de los administrados, y sin necesidad de obtener previamente una declaración judicial al respecto; atributo al que –distinguiendo del género "ejecutividad"– se ha dado la denominación específica de "ejecutoriedad". En el artículo 8 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos se reconoce esta posibilidad, atribuida a la Administración, de materializar ella misma, e inmediatamente, sus actuaciones. "Los actos administrativos que requieran ser cumplidos mediante actos de ejecución,

> deberán ser ejecutados por la Administración en el término establecido. A falta de término, se ejecutarán inmediatamente.
>
> Este principio adicional, al que suele darse la denominación de ejecutoriedad –para distinguirlo del género "ejecutividad"– de los actos administrativos, ha sido fundamentado en la presunción *iuris tantum* de legalidad que los acompaña y en la necesidad de que se cumplan sin dilación los intereses públicos que persigue la Administración, cuyo logro no puede ser entorpecido por la actuación de los particulares".

Tal como se puede observar, en virtud del principio de inmediatez, la eficacia de los actos administrativos debe materializarse una vez producida la notificación personal y sólo podría ser diferida en el tiempo cuando el propio acto así lo dispusiese[11], cuando la ley condicionase su ejecución a la producción de una actuación posterior que debería realizar el interesado[12] o a la ocurrencia de un hecho futuro que supusiese que el acto adquiriese definitividad y firmeza[13], cuando la ley reconociese que la mera interposición de los recursos en sede administrativa[14] o jurisdiccional[15] conlleva la suspensión[16] ó cuando habiendo

[11] Cfr. artículo 8 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

[12] El artículo 54 de la Ley para promover y proteger el ejercicio de la Libre Competencia establecía que "Cuando se intente el recurso contencioso-administrativo contra resoluciones de la Superintendencia, que determinan la existencia de prácticas prohibidas, los efectos de las mismas se suspenderán, si el ocurrente presenta caución, cuyo monto se determinará, en cada caso, en la resolución definitiva, de conformidad con el parágrafo segundo del artículo 38", siendo esta última norma la que autorizaba a la Superintendencia para la promoción y protección de la Libre Competencia para determinar en su resolución "...el monto de la caución que deberán prestar los interesados para suspender los efectos del acto si apelasen la decisión, de conformidad con el artículo 54". Respecto a estas normas el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencia 1260, de 11 de junio de 2002, señaló que estas disposiciones constituyen una modalidad de suspensión de la ejecución de los actos administrativos recurridos en vía judicial, acorde al derecho a la tutela judicial efectiva, modalidad que no contraviene el principio de separación de poderes. Cfr. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V.: "La tutela cautelar como garantía de efectividad de la sentencia en el derecho procesal administrativo", en *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo,* N° 4, San José, 2004, págs. 163-168.

[13] El artículo 84 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República de 1984, establecía que "Una vez firme la decisión que determine administrativamente la responsabilidad, el auto respectivo y demás documentos se pasarán al funcionario competente para que éste, en el término de treinta (30) días aplique razonadamente la sanción administrativa que corresponda, de lo cual se informará por escrito a la Contraloría".

[14] El Código Orgánico Tributario de 1994, establecía que la interposición del recurso en vía administrativa (artículo 173) o contenciosa (artículo 189), producía la suspensión de la ejecución del acto por mandato de legislador, lo que fue calificado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sentencia 1260, de 11 de junio de 2002, como suspensión automática. Debe advertirse que el efecto suspensivo de la interposición de la pretensión de anulación en materia tributaria ha desaparecido a partir de la entrada en vigencia del artículo 263 del Código Orgánico Tributario vigente a partir del 1° de enero de 2002, que textualmente señala: "La interposición del recurso *no suspende* los efectos del acto impugnado; sin embargo, a instancia de parte, el tribunal podrá suspender parcial o totalmente los efectos del acto recurrido, en el caso que su ejecución pudiera causar graves perjuicios al interesado, o si la impugnación se fundamentare

Cont.

sido recurrido, la autoridad administrativa hubiese dispuesto la suspensión[17] o el órgano jurisdiccional hubiese concedido una medida cautelar de suspensión de la ejecución[18].

en la apariencia de buen derecho. Contra la decisión que acuerde o niegue la suspensión total o parcial de los efectos del acto, procederá recurso de apelación, el cual será oído en el solo efecto devolutivo".

[15] El artículo 205 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones de 2000, establece que "la interposición de acciones contencioso administrativas contra las multas impuestas por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones suspenderá su ejecución, cuando así lo solicite expresamente el actor en su recurso". La aplicación de esta norma fue reconocida por vez primera por el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 1895, de 3 de diciembre de 2003, no obstante, la misma Sala cambió de criterio en sentencia 6161, de 9 de noviembre de 2005, en la cual desaplicó por vía de control difuso de la constitucionalidad, el artículo 205 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones al considerar que contraviene los artículos 26 y 49 de la Constitución y en su lugar dispuso que en la pretensión cautelar, se deben cumplir los extremos establecidos para todas las medidas cautelares. Esta posición fue ratificada por la propia Sala en la sentencia 6292, de 23 de noviembre de 2005, en la sentencia 6438, de 1 de diciembre de 2005 y posteriormente por la sentencia 1141, de 4 de mayo de 2006. Así las cosas, este asunto fue planteado a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que ha considerado que la referida norma no es contraria a las mencionadas disposiciones constitucionales, en sentencias 1590 y 1596, ambas de 10 de agosto de 2006, posteriormente ratificada por la sentencia 2412, de 18 de diciembre de 2006.

[16] El artículo 152, párrafo primero de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004, establecía "En los casos de imposición de multas se acompañará a la notificación la correspondiente planilla de liquidación para que el sancionado proceda a pagar el monto de la multa en una institución bancaria designada por el Instituto Autónomo para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU), dentro de los quince días hábiles siguientes después de efectuada la respectiva notificación, salvo que el sancionado haya interpuesto recursos administrativos o judiciales que estén pendientes de decisión". Esta norma ha sido aplicada en los términos literales en ella redactados, por el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político Administrativa, sentencia 368, de 18 de marzo de 2009.

No obstante, debe señalarse que con la reforma de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, publicada en Gaceta Oficial Nº 39.163, de 22 de abril de 2009, se modificó la redacción contemplada en la ley anterior y se volvió al régimen general de protección cautelar, en virtud del cual se debe solicitar y probar ante el órgano jurisdiccional, la necesidad y pertinencia de la concesión de la pretensión cautelar.

[17] El artículo 87 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos señala que "La interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado, salvo previsión legal en contrario. El órgano ante el cual se recurra podrá, de oficio o a petición de parte, acordar la suspensión de los efectos del acto recurrido en el caso que su ejecución pudiera causar grave perjuicio al interesado, o si la impugnación se fundamentare en la nulidad absoluta del acto. En estos casos, el órgano respectivo deberá exigir la constitución previa de la caución que consideren suficiente. El funcionario será responsable por la insuficiencia de la caución aceptada".

[18] El artículo 21, párrafo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia señala que éste "podrá suspender los efectos de un acto administrativo de efectos particulares, cuya nulidad haya sido solicitada, a instancia de parte, cuando así lo permita la ley o la suspensión sea indispensable para evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación por la definitiva, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. A tal efecto, se deberá exigir al solicitante preste caución suficiente para garantizar las resultas del juicio".

Debe destacarse que desde la primera decisión cautelar hasta la década de los noventa, únicamente se admitía la suspensión de la ejecución de los actos administrativos individuales, habiendo quedado excluidos de tutela cautelar –por fuerza de los hechos– los actos administrativos generales. Dado que la medida cautelar de suspensión de la ejecución, con las restricciones ya apuntadas, era la única posible en el ordenamiento jurídico, –al igual que sucedía en España–, se inició un debate en la doctrina científica sobre la necesidad de otorgar a los órganos jurisdiccionales, la potestad para adoptar las adecuadas medidas cautelares, que garantizaren la tutela judicial efectiva[19]. Tal como se verá posteriormente, la suspensión de la ejecución como única medida cautelar posible en el proceso administrativo experimentará un giro copernicano gracias a la jurisprudencia progresista de la Corte Suprema de Justicia.

III. La convivencia de la ejecución de los actos administrativos y la garantía de ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva

Uno de los problemas a los cuales se enfrentan los operadores jurídicos cada día consiste en determinar la adecuación de la eficacia de los actos administrativos con la obligación constitucional de los órganos de los Poderes Públicos de garantizar el goce y disfrute de los derechos fundamentales en general y del derecho a la tutela judicial efectiva en particular.

La tutela judicial no es efectiva, si el órgano jurisdiccional no cuenta con las adecuadas potestades que garanticen el control de la ejecutoriedad administrativa y por ende, no aseguren la futura materialización de la sentencia que en el proceso recayere.

Esto lleva a plantear ¿cómo lograr la convivencia entre el principio de eficacia administrativa *de la Administración Pública* a través de la ejecución de sus propios actos y el derecho a la tutela judicial efectiva mediante la protección jurisdiccional cautelar? Al respecto se debe señalar que la ejecución de los actos administrativos en sus propios términos no es contraria al derecho a la tutela judicial efectiva frente a las autoridades administrativas, en efecto, tal como lo refleja la Constitución tienen el mismo rango normativo el principio de eficacia administrativa (artículo 141) y el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 26), es por ello que se puede afirmar que la actuación administrativa destinada a ejecutar y hacer eficaz los actos administrativos frente a sus destinatarios no se encuentra reñida con el derecho a obtener tutela judicial plena y eficaz, es

[19] CHINCHILLA MARÍN, C.: *La Tutela Cautelar en la Nueva Justicia Administrativa*, Civitas, Madrid, 1991, págs. 133-188. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La Batalla por las Medidas Cautelares. Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso-administrativo español*, Civitas, Madrid, 3ª ed., 2004.

así como frente a la potestad de la Administración Pública de ejecutar los actos administrativos se establece el derecho de los interesados a formular ante los órganos jurisdiccionales las pretensiones para obtener las medidas cautelares necesarias y adecuadas que garanticen la tutela judicial definitiva.

Conforme a lo expuesto, la tutela judicial efectiva se garantiza en un primer momento, mediante la existencia de una vía jurisdiccional donde residenciar el control de la actividad formal de la Administración Pública, es decir, el sometimiento del acto administrativo al control del órgano jurisdiccional administrativo –conforme al principio de la plenitud o universalidad del control jurisdiccional–, mediante el planteamiento de la respectiva pretensión de anulación del acto administrativo, al que se le imputa su no sujeción al Derecho, valga decir, al ordenamiento jurídico.

El segundo momento donde se garantiza la tutela judicial efectiva es mediante el reconocimiento de la posibilidad de formular la pretensión de suspensión de la ejecución de los actos administrativos en el proceso administrativo, dado que el derecho se garantiza permitiendo que la ejecutoriedad de los actos administrativos pueda ser sometida al análisis preliminar del órgano jurisdiccional y que éste con los alegatos y pruebas presentados por el interesado, resuelva sobre la pretensión cautelar.

Ahora bien, en el subepígrafe anterior se hizo referencia al hecho que una vez dictado el acto administrativo, la Administración Pública tiene el deber de ejecutarlo en principio en tres momentos posibles: Uno, inmediatamente después de producida la notificación personal al interesado; dos, en el plazo que establezca la ley; y, tres, en el plazo posterior que el propio acto indique.

Esta situación genera una evidente tensión entre la eficacia administrativa y el derecho a la tutela judicial efectiva, pues por más expedito que sea el proceso administrativo el interesado requiere de tiempo para preparar sus alegatos y pruebas con los cuales fundamentar su pretensión y una vez efectuada la demanda ante el órgano jurisdiccional, éste requiere de un tiempo para pronunciarse sobre la admisibilidad de la misma y de ser el caso, sobre la procedencia de la pretensión cautelar, es decir, que el control de la ejecutoriedad del acto administrativo no se produce con la necesaria celeridad que exige la Justicia. De allí que surja la posibilidad que la ejecución del acto administrativo se produzca antes de haber sido sometido el mismo, al control del órgano jurisdiccional o que habiendo sido sometido a éste, el órgano jurisdiccional no se haya pronunciado sobre el control de la ejecutoriedad.

Por ello surge la necesidad de una reinterpretación que permita una armónica convivencia entre la ejecutoriedad de los actos administrativos y el derecho

a la tutela judicial efectiva, en virtud de lo cual, cuando la Administración Pública dicta un acto, éste no debería ser ejecutado de manera precipitada por la propia autoridad administrativa, hasta tanto no transcurra el plazo para que se transforme en un acto firme, en virtud de haber fenecido los lapsos para su impugnación o en caso que haya sido recurrido oportunamente ante el órgano jurisdiccional, deberán considerarse los siguientes escenarios antes de proceder a la ejecución: Uno, que el interesado haya recurrido oportunamente ante el órgano jurisdiccional y no haya solicitado medidas cautelares, en cuyo caso la autoridad administrativa deberá ejecutar el acto administrativo sin más dilación, en sus propios términos; dos, que el interesado haya recurrido oportunamente ante el órgano jurisdiccional y haya solicitado medidas cautelares, en cuyo caso deberá esperarse a que éste se pronuncie sobre la procedencia de la pretensión cautelar, lo que podría implicar un pronunciamiento contrario a tal pretensión y la autoridad administrativa podrá proceder a la ejecución en los términos planteados en el acto; y, tres, que el interesado haya recurrido oportunamente ante el órgano jurisdiccional, haya solicitado medidas cautelares y que éste se pronuncie favorable a diferir la ejecución mediante la declaratoria de suspensión de la ejecución hasta que se resuelva la controversia, en cuyo caso la Administración Pública deberá esperar que se produzca la sentencia que ponga fin al proceso, que de ser favorable a los intereses que representa la autoridad administrativa conducirá a que las medidas cautelares pierdan vigencia y a que se restablezca la ejecutoriedad del acto administrativo que había sido temporalmente suspendido[20] o en caso contrario, a que se confirme la adecuación de la tutela cautelar previamente acordada y como consecuencia de la extinción del acto administrativo, se impedirá su ejecución de manera definitiva.

En ello parece radicar el punto de equilibrio entre la eficacia de la actuación de la Administración Pública que se materializa mediante la autotutela ejecutiva, valga decir, la ejecución de sus propios actos, incluso de manera forzosa y la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva, que sólo se puede alcanzar en el marco del debido proceso y con estricta sujeción a los presupuestos y requisitos para la concesión de la tutela judicial cautelar en el proceso administrativo.

IV. El proceso para la tramitación de las medidas cautelares

Dado su origen jurisprudencial, en un comienzo la concesión de la medida cautelar de suspensión de la ejecución de los actos administrativos individuales

[20] HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V.: "La ejecución de las resoluciones administrativas de multas impuestas por la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras", en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* N° 116, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1999, págs. 58-59.

se producía inaudita parte, sin seguir procedimiento alguno para tramitar la pretensión cautelar, en virtud de una doble justificación: por una parte, porque el procedimiento no se encontraba expresamente establecido en la ley; y por la otra, porque se tenía la creencia que el proceso administrativo era un proceso objetivo y que no existían auténticas partes que acudiesen a oponerse a la pretensión procesal.

Al aparecer la regulación expresa de la suspensión de la ejecución en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, se establecieron los presupuestos para su procedencia, pero no se estableció procedimiento para su tramitación. Esto condujo a que en la práctica se mantuviese la concesión de la suspensión de la ejecución inaudita parte, sin establecer proceso contradictorio alguno.

La aparición de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y la institucionalización de la pretensión cautelar de amparo constitucional dentro del proceso administrativo o del proceso de inconstitucionalidad, condujo inicialmente a tramitar la incidencia cautelar, siguiendo el procedimiento contradictorio establecido en los artículos 23 al 32 de la Ley, lo que suponía que una vez admitida la pretensión cautelar se notificaba a la autoridad administrativa presunta agraviante para que presentase un informe dentro del lapso de 48 horas a partir de la notificación, en el cual expondría sus defensas y luego dentro del lapso de 96 horas se realizaría la audiencia pública donde las partes debatirían ante el órgano jurisdiccional sobre la procedencia o no de la pretensión cautelar, debiendo éste pronunciarse dentro del lapso de 24 horas siguientes a la finalización de la audiencia.

Luego, la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa efectuó una interpretación armónica de los artículos 5 y 22 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales que conllevó a la concesión de la pretensión cautelar de amparo constitucional inaudita parte, siempre que se cumpliesen los presupuestos para ella[21]. Frente a este criterio, se produjo una reacción, a través de dos decisiones de la Corte Suprema de Justicia en Pleno que sostenían la necesidad de tramitar el proceso contradictorio antes de conceder la protección cautelar, en virtud de que se consideraba contrario a la Constitución la concesión del amparo cautelar inaudita parte, como lo permitía expresamente el artículo 22 de la referida Ley[22].

[21] Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 343, de 10 de julio de 1991.

[22] Corte Suprema de Justicia en Pleno, sentencia de 6 de diciembre de 1994, ratificada en la sentencia de 27 de julio de 1995.

Estas decisiones constituyeron el preámbulo de la declaratoria de inconstitucional del mencionado artículo 22 de la Ley[23], lo que condujo a que la propia Corte Suprema de Justicia propusiese a los jueces del orden jurisdiccional administrativo, tres posibles soluciones para la tramitación de la pretensión del amparo cautelar[24]:

a) Tramitar la pretensión conforme a lo establecido en los artículos 23 y siguientes de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.
b) Si la pretensión tenía por objeto la suspensión de la ejecución del acto administrativo recurrido, se le podía dar el trámite establecido en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.
c) Si la pretensión perseguía una medida cautelar innominada, similar a la prevista el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, se podría tramitar conforme a lo establecido en dicho texto legal.

Hay que advertir que el supuesto planteado en el literal b) conllevaba a continuar tramitando la pretensión cautelar de amparo en el caso del proceso de anulación de actos administrativos, inaudita parte, en virtud que el referido artículo de la Ley Orgánica de Corte Suprema de Justicia, no contemplaba procedimiento de audiencia, ni forma alguna de contradictorio una vez concedida la suspensión de la ejecución.

Así las cosas, en virtud del mandato de simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites que se deben realizar en el proceso para alcanzar la Justicia, establecido en el artículo 257 de la Constitución de 1999, la jurisprudencia se ha encargado de unificar los trámites para la concesión y sustanciación de la pretensión cautelar. Es así como se precisó, que cuando se pretende la suspensión de la ejecución de un acto administrativo individual con fundamento en el derogado artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte

[23] El artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales señalaba que "El tribunal que conozca de la solicitud de amparo tendrá potestad para restablecer la situación jurídica infringida, prescindiendo de consideraciones de mera forma y sin ningún tipo de averiguación sumaria que la preceda. En este caso, el mandamiento de amparo deberá ser motivado y estar fundamentado en un medio de prueba que constituya presunción grave de violación o de amenaza de violación".

[24] Corte Suprema de Justicia en Pleno, sentencia de 21 de mayo de 1996, declaró la inconstitucionalidad del artículo 22 transcrito en la nota anterior y en consecuencia su nulidad. Véanse los comentarios a esta sentencia en HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V.: "El artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (A propósito de la sentencia de 21 de mayo de 1996, que declaró su inconstitucionalidad)", en *Procedimiento Administrativo, Proceso Administrativo y Justicia Constitucional,* Vadell Hermanos Editores, Caracas. 1997, págs. 259-291. FARKASS, J.: "El amparo cautelar frente a los actos administrativos particulares y su tratamiento jurisprudencial, después de la declaración de nulidad del artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo", en *Revista de Derecho Administrativo,* N° 2, Editorial Sherwood. Caracas. 1998. Págs. 247-268.

Suprema de Justicia, actual artículo 21, párrafo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en ausencia de una regulación expresa de un procedimiento para su tramitación, una vez decretada la medida cautelar de suspensión inaudita parte, se debía notificar y ejecutar la decisión cautelar, para que la autoridad administrativa procediese a realizar la oposición a la medida cautelar, conforme al procedimiento previsto en los artículos 602 al 606 del Código de Procedimiento Civil, en virtud de la remisión expresa que realiza el artículo 19, párrafo 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia[25].

En lo concerniente a la tramitación de la pretensión cautelar de amparo constitucional, se estableció que era "preciso acordar una tramitación similar a la aplicada en los casos de otras medidas cautelares", en virtud de lo cual una vez admitida la pretensión de anulación, se debe emitir el pronunciamiento sobre la pretensión cautelar de amparo y con prescindencia de cualquier otro aspecto, en caso de existir la presunción de buen derecho, es decir, la violación o amenaza de violación de un derecho fundamental, debe dársele cumplimiento al mandato constitucional de restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida de manera expedita[26]. En caso de concederse la protección cautelar de amparo, la parte contra quien obre la medida podrá ejercer su derecho a la defensa y oponerse a la medida cautelar, conforme a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil.

Como resulta obvio, en el caso que en un proceso administrativo se formulase una pretensión de medidas cautelares nominadas o innominadas conforme a la regulación del Código de Procedimiento Civil, si se cumplen los presupuestos legales, éstas se deberán conceder inaudita parte y luego se producirá el contradictorio, según lo dispuesto en los artículos 602 al 606 del referido texto legal.

Antes de finalizar este subepígrafe, resulta insoslayable hacer referencia al intento de inserción en el proceso administrativo de las medidas cautelares provisionalísimas. La expresión "provisionalísimas" es producto de la construcción realizada por el Tribunal Supremo de España en sus autos de 2 y 19 de noviembre de 1993 y respecto a los cuales dio cuenta, un sector de la

[25] Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sentencia 1852, de 21 de diciembre de 2000. Esta sentencia recoge la tesis que sostuve en la ponencia presentada en el Auditorio de la sede de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela, el 23 de abril de 1999, con motivo de las "II Jornadas de Derecho Procesal Administrativo. Análisis Doctrinario y Jurisprudencial" y que posteriormente fue publicada bajo el título "Tendencias de la tutela cautelar en el Derecho Procesal Administrativo", en *Revista Fundación Procuraduría N° 22*, Caracas, 1999, págs. 34-36.

[26] Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 402, de 15 de marzo de 2001. Cfr. HERNÁNDEZ-.MENDIBLE, V.: "Balance y Perspectivas de la justicia administrativa. (Año y medio de la Constitución de 1999)", en *Libro Homenaje a Humberto J. La Roche*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001, págs. 460-461.

doctrina científica española con severas críticas[27]. No es esta la ocasión para traer a colación el debate que generaron estos autos, pero se debe destacar, que con independencia de la corrección de la solución dada en ella, la misma es producto de una búsqueda de acoplamiento al artículo 24.1 de la Constitución, del preconstitucional sistema procesal administrativo contemplado en la Ley de la Jurisdicción contencioso administrativa de 1956, que sujetaba la concesión de la suspensión de la ejecución, a la tramitación de una incidencia con audiencia previa de la Administración Pública.

Es por ello que el intento de introducir las medidas cautelares provisionalísimas en Venezuela ha fracasado estrepitosamente[28], porque justamente una de las grandes diferencias con el proceso administrativo español, es la posibilidad de concesión de las medidas cautelares inaudita parte.

Por tanto, en la actualidad, debiendo concederse todas las medidas cautelares inaudita parte y habiéndose unificado el procedimiento para su tramitación, puede afirmarse que en el estado actual del Derecho procesal administrativo, las medidas cautelares provisionalísimas resultan total y manifiestamente innecesarias e improcedentes[29].

V. Los presupuestos procesales de las medidas cautelares en la legislación

El legislador no ha guardado uniformidad en el establecimiento de los requisitos de las medidas cautelares en el proceso administrativo, lo que se

[27] CALONGE VELÁZQUEZ, A.: "Primera decisión jurisprudencial sobre medidas cautelares "provisionalísimas". Un paso más en la crisis de la ejecutividad de los actos administrativos", en *Poder Judicial N° 33*. Madrid. 1994. Pág. 469. SANZ GANDASEGUI, F.: "¿Medidas provisionalísimas en el proceso contencioso-administrativo? (Comentarios a los autos del Tribunal Supremo de 2 y 19 de noviembre de 1993)", en *Revista de Administración Pública*, N° 138, 1995, págs. 183-201.

[28] La primera oportunidad en que se mencionaron las medidas cautelares provisionalísimas, aun cuando se negó su procedencia en el caso concreto, lo hizo la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, en la sentencia 1307, de 26 de octubre de 1999, pero posteriormente se produjo un nuevo intento, por demás frustrado de introducir estas medidas cautelares en el orden jurisdiccional administrativo, por el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 488, de 16 de marzo de 2000; sentencia 788, de 10 de abril de 2000 y en sentencia 1173, de 23 de mayo de 2000, calificándola en esta última, de medida "cautelar especial". Sin embargo, la misma Sala reaccionó corrigiendo su tesis en la sentencia 1219, de 26 de junio de 2001. La doble razón para este fracaso es muy sencilla, hablar de medidas cautelares provisionalísimas en Venezuela constituye un desconocimiento tanto de las razones que llevaron a su aparición en el ordenamiento jurídico español como de la realidad en que se aplicaron y de las críticas que se generaron por ello, pero además y más grave aún, supone un total y absoluto desconocimiento del ordenamiento jurídico venezolano, donde se pretenden implantar.

[29] Véase al respecto HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V.: "El amparo constitucional desde la perspectiva cautelar", en *El Derecho Público a comienzos del Siglo XXI. Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer Carías*, Tomo I, Civitas, Madrid, 2003, págs. 1244-1250.

ve reflejado en la manera dispersa e incluso diversa como los ha regulado. Tal situación ha llevado a plantear en algunos momentos, la existencia de diferentes presupuestos para la concesión de las medidas cautelares, pero tal como se demostrará ésta constituye una distinción más formal que real, que ha sido unificada por la reciente tendencia jurisprudencial en la materia.

Es por ello que vamos a analizar, ¿cuál ha sido el tratamiento que le otorga el ordenamiento jurídico a las medidas cautelares en el proceso administrativo?. Como se mencionó antes, la medida cautelar por excelencia en el proceso administrativo, producto de la construcción jurisprudencial fue la suspensión de la ejecución de los actos administrativos individuales de contenido positivo. Es así como el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que regulaba de manera parcial y transitoriamente el orden jurisdiccional administrativo estableció que:

> A instancia de parte, la Corte podrá suspender los efectos de un acto administrativo de efectos particulares, cuya nulidad haya sido solicitada, cuando así lo permita la Ley o la suspensión sea indispensable para evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación por la definitiva, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Al tomar su decisión, la Corte podrá exigir que el solicitante preste caución suficiente para garantizar las resultas del juicio. La falta de impulso procesal adecuado, por el solicitante de la suspensión, podrá dar lugar a la revocatoria de ésta, por contrario imperio.

Esta norma señalaba los requisitos de procedencia de la suspensión de la ejecución de los actos administrativos individuales, de manera similar a como lo hace el artículo 21, párrafo 21 de la vigente Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia: a) que sea solicitada por la parte interesada; b) que se trate de un acto administrativo individual; c) que así lo permita la Ley; y, d) que sea indispensable para evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación por la sentencia definitiva.

La doctrina científica oportunamente advirtió que la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa había desarrollado paulatinamente las características de la suspensión de la ejecución, entre las cuales destacaba que: a) constituye una excepción al principio de ejecutoriedad de los actos administrativos; b) tiene carácter provisional o temporal; c) no prejuzga sobre el debate de fondo en el proceso; d) es una garantía en beneficio del justiciable; e) es una medida revocable y no produce cosa juzgada; f) se puede solicitar en cualquier estado y grado del proceso; g) es potestativo del juez acordarla; y, h) es una medida cautelar de carácter extraordinario[30].

[30] CALCAÑO DE TEMELTAS, J.: "Aspectos generales del régimen legal de la Corte Suprema de Justicia", en *Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia*, 2ª ed., Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1991, págs. 120-122.

A partir de la vigencia de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales se inicia la posibilidad de formular la pretensión cautelar de amparo constitucional en el proceso administrativo o en el proceso de inconstitucionalidad de actos normativos, sean éstos administrativos o legales, tal como lo preciso la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa en la sentencia 434, de 10 de agosto de 1991. En tales casos se exigía como presupuesto para la concesión de la medida cautelar la presunción grave de violación o amenaza de violación de los derechos constitucionales cuya tutela estaba siendo reclamada cautelarmente.

En cambio, si la medida cautelar se pretendía con basamento en el Código de Procedimiento Civil, entonces debían alegarse y probarse los extremos tradicionales, es decir, la existencia del riesgo manifiesto de que quedase ilusoria la ejecución de la sentencia que en el proceso recayere y la demostración de la presunción grave del derecho que se reclama, exigidos por los artículos 585 y 588 de dicho texto legal.

Esto permitía considerar que habían diferentes requisitos para la obtención de las medidas cautelares como lo serían los daños irreparables o de difícil reparación por la sentencia definitiva –peligro en la mora– (artículo 21, párrafo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia), presunción grave de violación o amenaza de violación del derecho constitucional cuya tutela judicial se reclama –apariencia de buen derecho– (artículos 2, 3 y 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales) o la exigencia de la apariencia de buen derecho y del peligro en la mora (artículo 585 del Código de Procedimiento Civil).

En realidad tal distinción entre los requisitos nunca ha existido, porque el hecho que la regulación legal pusiera el énfasis para otorgar la medida cautelar en la presencia de uno de los requisitos que deben concurrir en toda pretensión cautelar, no excluía la presencia del otro. Tal situación ha sido precisada por la jurisprudencia reciente al exigir que la concesión de las medidas cautelares de suspensión de la ejecución, del amparo constitucional cautelar o las medidas innominadas deban estar presentes los dos requisitos tradicionales: la apariencia de buen derecho y el peligro en la mora[31].

Esta precisión es producto del diálogo entre la doctrina científica y la jurisprudencia, que han contribuido a establecer los presupuestos procesales para la concesión de la tutela cautelar en el proceso administrativo, en

[31] Cfr. Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 726, de 13 de noviembre de 1997; Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencia 156, de 24 de marzo de 2000; Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 402, de 15 de marzo de 2001; ratificado por la propia Sala en la sentencia 6161, de 9 de noviembre de 2005 y más reciente en la sentencia 6292, de 23 de noviembre de 2005.

cualesquiera de las distintas modalidades que contempla el ordenamiento jurídico, valga decir, la suspensión de la ejecución de los actos administrativos generales o individuales, las medidas cautelares innominadas o la pretensión cautelar de amparo constitucional.

Es así como la recientemente sancionada Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia además de contemplar la regulación de la suspensión de los actos administrativos individuales de contenido positivo en el artículo 21, párrafo 21, incluye una norma que señala expresamente los presupuestos procesales para conceder las restantes medidas cautelares, también denominada atípicas o innominadas. Al respecto, el artículo 19, párrafo 10, establece que:

> En cualquier estado y grado del proceso las partes podrán solicitar, y el Tribunal Supremo de Justicia podrá acordar, aun de oficio, las medidas cautelares que estimen pertinentes para resguardar la apariencia de buen derecho invocada y garantizar las resultas del juicio, siempre que dichas medidas no prejuzguen sobre la decisión definitiva[32,33].

Esto permite sostener que en el estado actual del Derecho Procesal Administrativo, los presupuestos procesales para la pretensión de las medidas cautelares por el interesado y la eventual concesión por el órgano jurisdiccional son esencialmente el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho y *periculum in mora* o peligro en la mora.

En este mismo orden de ideas, el proyecto de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, elaborado a requerimiento de la Asamblea Nacional, señala en el artículo 129 lo siguiente[34]:

> El órgano jurisdiccional decretará las medidas cautelares cuando las partes aleguen y prueben que existe apariencia del derecho cuya tutela judicial se reclama y riesgo de que pueda quedar ilusoria la ejecución de la sentencia definitiva.

Esto podría llevar a concluir, que los presupuestos procesales de las medidas cautelares establecidos en la legislación, –aplicables en el proceso

[32] Por primera vez, se establece en un texto legal, la potestad cautelar de oficio del órgano jurisdiccional, aunque hay que reconocer que ya lo había hecho sin texto legal expreso, la Corte Suprema de Justicia en varias sentencias que se mencionarán más adelante.

[33] El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 698, de 18 de junio de 2008, ha sostenido que el análisis por el órgano jurisdiccional, de los alegatos formulados por el solicitante de una medida cautelar, no implica necesariamente el adelanto de un pronunciamiento sobre el fondo del asunto debatido.

[34] HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V.: "La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa", en *Revista de Derecho*, N° 2, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2000, pág. 333. www.hernandezmendible.com.

administrativo–, son los universalmente admitidos por la doctrina científica reconocida y por la jurisprudencia.

No obstante, debe advertirse la existencia de unas disposiciones legales que dan al traste con esta conclusión. Se trata de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, que regula al órgano constitucionalmente encargado de defender los derechos e intereses de la República, que en Venezuela, es el sujeto de derecho que ostenta la personificación jurídica del Estado, nacional e internacionalmente. Este texto legal en la Sección Tercera, del Capítulo II, del Título IV, intitulado "De las medidas cautelares" reconoce que la Procuraduría puede solicitar las medidas cautelares que sean necesarias para garantizar la tutela de los derechos, bienes e intereses de la República y además le impone al órgano jurisdiccional la obligación de limitar dichas medidas a los bienes que sean estrictamente necesarios para garantizar las resultas del juicio (artículos 91 y 94). Esto no constituye mayor novedad con respecto a lo expuesto precedentemente, pero donde sí se aprecia una total diferencia es en la exigencia de los presupuestos procesales de las medidas cautelares, tal como lo regula el artículo 92 que se encuentra redactado en los siguientes términos:

> Cuando la Procuraduría General de la República solicite medidas preventivas o ejecutivas, el Juez para decretarlas, deberá examinar si existe un peligro grave de que resulte ilusoria la ejecución del fallo, o si del examen del caso, emerge una presunción de buen derecho a favor de la pretensión, *bastando para que sea procedente la medida, la existencia de cualquiera de los dos requisitos mencionados*. Podrán suspenderse las medidas decretadas cuando hubiere caución o garantía suficiente para responder a la República de los daños y perjuicios que se le causaren, aceptada por el Procurador o Procuradora General de la República o de quien actúe en su nombre, en resguardo de los bienes, derechos e intereses patrimoniales de la República.

Como se puede observar, la norma emplea la conjunción disyuntiva "o" para expresar que el presupuesto del *peligro en la mora* es alternativo del presupuesto de la *apariencia de buen derecho*, lo que termina de corroborarse al señalar que bastará para que proceda la medida cautelar, "*la existencia de cualquiera de los dos requisitos mencionados*". Esta fórmula legal rompe con la exigencia concurrente de ambos presupuestos procesales y desconoce de manera abierta –la doctrina científica reconocida– la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia[35], que ha establecido reiteradamente que corresponde al órgano jurisdiccional constatar la presencia de ambos presupuestos para conceder la medida cautelar pretendida y que la ausencia de uno de los requisitos,

[35] Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 492, de 22 de marzo de 2007.

hace inoficioso el análisis de otro, toda vez que para conceder las medidas cautelares se requiere la presencia de manera concurrente, de la apariencia de buen derecho y del peligro en la mora.

Sin embargo, separándose de la tradicional jurisprudencia el propio Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, al encontrarse con la invocación del artículo 92 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República ha señalado que éste no exige de manera concurrente, los requisitos de la apariencia de buen derecho y el peligro en la mora, que sólo basta la verificación de uno de los presupuestos enunciados para que el órgano jurisdiccional acuerde la medida cautelar solicitada, razón por la cual ha procedido a conceder medidas cautelares a favor de los órganos de la Administración Pública, aun cuando no se encontraban cumplidos de manera concurrente los presupuestos necesarios para la concesión de tales medidas cautelares[36].

Si ello es así, cabe preguntarse qué sentido tiene la concesión de las medidas cautelares cuando existen fundadas probabilidades que la sentencia definitiva reconozca el derecho que se reclama, si no existe temor alguno que el transcurso del tiempo que se debe esperar mientras se decide el proceso, pueda frustrar el reconocimiento de dicho derecho, o expuesto de otra manera, qué sentido tiene conceder medidas cautelares basadas en una apariencia de buen derecho, si no existe peligro alguno de que la sentencia no pueda ejecutarse en los términos que ella disponga.

[36] El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 5970, de 19 de octubre de 2005, señaló que "A fin de establecer la procedencia de las medidas cautelares solicitadas por la parte actora, observa la Sala que de conformidad con el artículo 90 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República citado *supra*, los requisitos de procedencia de las cautelares solicitadas, a saber, *periculum in mora y fumus boni iuris* **no son exigidos de manera concurrente**, sino que en casos como el presente, en los que es la Procuraduría General actuando en defensa de los intereses de la República de Venezuela, quien solicita las medidas cautelares, **basta la verificación de una de las condiciones enunciadas para que el juez acuerde la medida preventiva solicitada**. En ese sentido corresponde a la Sala precisar la existencia de cuando menos uno de los requisitos antes esbozados para lo cual observa lo siguiente: ... omissis ... Precisado lo anterior y toda vez que tal como fue asentado *supra*, de conformidad con el artículo 90 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, **sólo es necesaria la verificación de uno de los dos requisitos allí previstos para la procedencia de las medidas cautelares solicitadas** por la República de Venezuela, la Sala se abstiene de pronunciarse sobre el requisito denominado *periculum in mora* y decreta medida preventiva de embargo sobre bienes muebles y prohibición de enajenar y gravar sobre bienes de la sociedad mercantil Seguros Banvalor, C.A. hasta por el doble de las cantidades demandadas en el presente proceso a dicha empresa y de las costas procesales estimadas en un treinta por ciento (30%) de la suma requerida, ... ". Este criterio ha sido ratificado por la propia Sala Político Administrativa en la sentencia 6453, de 1° de diciembre de 2005; en la sentencia 1009, de 26 de abril de 2006 y más recientemente en la sentencia 2953, de 20 de diciembre de 2006.

Igualmente cabe preguntarse, qué razón justifica la concesión de las medidas cautelares si no existen fundadas razones que conduzcan a la convicción del juzgador *prima facie* que el derecho reclamado no puede ser tutelado en la sentencia que resuelva la controversia, pues en tal caso no existe riesgo en la demora de la tramitación del proceso, es decir, no puede admitirse que el transcurso del tiempo que se debe esperar para obtener una sentencia, constituya válidamente el presupuesto suficiente para conceder las medidas cautelares, que pretenden garantizar la ejecución de una sentencia que jamás se va a producir. Dicho más llanamente, no puede existir peligro en la mora de un derecho que no tiene fundadas probabilidades de éxito, pues en tal caso no existe temor de que se vea frustrada una tutela judicial de un derecho que por inexistente, jamás se va a reconocer.

Es por ello que en estricto Derecho resulta contrario a la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 26 de la Constitución, la redacción otorgada al artículo 92 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, pues con ello se ha agregado un nuevo e inconstitucional privilegio a la República, que se suma a los tradicionalmente existentes[37], uno más destinado a entorpecer, defraudar o pervertir la efectividad de la tutela jurisdiccional.

Esta situación no puede ser más alarmante si se considera que ha sido el propio Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativo, quien luego de reconocer inicialmente la validez constitucional de la protección cautelar establecida en el artículo 205 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, que admitía la posibilidad de suspensión automática de la ejecución de la sanción de multa, mientras se tramitaba el proceso administrativo, en caso de plantearse una pretensión de nulidad contra el acto administrativo sancionador dictado por el ente regulador de las telecomunicaciones[38], ha abandonado su posición inicial por considerar que la misma contraviene los artículos 26 y 49 de la Constitución, lo que condujo a que desaplicase dicha disposición por vía de control difuso de la constitucionalidad y se dispusiese

[37] E. GARCÍA DE ENTERRÍA, había denunciado hace algo más de veinte años atrás, que ni los artículos 24.1, 103.1 y 117.3 de la Constitución española de 1978, que de manera respectiva equivalen a los artículos 26, 141 y 253 de la Constitución venezolana de 1999 permiten sostener la subsistencia del histórico *privilegium fisci*, que calificó de "asombroso fósil medieval viviente fuera de su medio". "Los postulados constitucionales de la ejecución de sentencias contencioso administrativas", en *Documentación Administrativa N°* 209, Enero-Abril, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1987, pág. 13; también puede consultarse en *Actualidad y Perspectivas del Derecho Público a fines del Siglo XXI. Homenaje a Fernando Garrido Falla*, Vol 2, Ed. Complutense, Madrid, 1992, pág. 1048. Y en *Hacia una Nueva Justicia Administrativa*. 2ª ed., Civitas, Madrid, 1992, pág. 159.

[38] Véanse los comentarios a la sentencia 1895, de 3 de diciembre de 2003, de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V.: "La tutela cautelar como garantía de efectividad de la sentencia en el derecho procesal administrativo", en *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, N° 4, San José, 2004, págs. 173-175.

que para obtener la tutela cautelar, los interesados debían alegar y probar los presupuestos exigidos para todas las medidas cautelares[39].

La aparición de estas sentencias –todas en 2005– con criterios tan radicalmente opuestos, sólo permite una conclusión: La Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha asumido una posición complaciente en materia de medidas cautelares con quienes invocan la defensa de los derechos e intereses de la Administración Pública y una posición totalmente severa con quienes pretenden la obtención de medidas cautelares en defensa de sus derechos e intereses como particulares. Tal actuación de la Sala Político Administrativa resulta censurable por constituir una violación del derecho a la igualdad jurídica en la aplicación de la ley que reconoce el artículo 21.1 de la Constitución y del principio de interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos, que debería ser corregida en el futuro, para evitar que se siga evaluando la pretensión de las medidas cautelares en el proceso administrativo con estándares de medición distintos, según quien sea el sujeto que solicita la protección cautelar.

No se le hace ningún favor a la Justicia, cuando se concede una tutela judicial cautelar *ligera* ante una pretensión formulada por los abogados del Estado y una tutela judicial cautelar *dura* ante una pretensión cautelar planteada por los particulares, pues justamente la tutela judicial en el orden jurisdiccional administrativo constituye una garantía para la protección de los derechos de los particulares y no de los privilegios del Estado.

VI. Los presupuestos procesales de las medidas cautelares según la doctrina científica

El proceso constituye una garantía para la eficacia del derecho y el instrumento para lograr su reconocimiento, pero dada la complejidad del proceso, éste requiere la realización de una serie de actos coordinados, que van a concluir con la expresión del órgano jurisdiccional que reconoce el derecho. Es por ello, que el proceso *per se* puede llevar a que tal reconocimiento se produzca con tardanza y que en consecuencia, cuando se produzca dicho reconocimiento del derecho, éste no pueda ser ejercido plena y eficazmente por su titular.

[39] El cambio de criterio respecto a la sentencia 1895, de 3 de diciembre de 2003, lo produjo la propia Sala Político Administrativa, en la sentencia 6161, de 9 de noviembre de 2005, ratificada luego en la sentencia 6292, de 23 de noviembre de 2005; en la sentencia 6438, de 1 de diciembre de 2005 y posteriormente por la sentencia 1141, de 4 de mayo de 2006. Sin embargo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al conocer de este asunto, en virtud de la competencia de examen abstracto y general sobre la constitucionalidad de la norma previamente desaplicada, prevista en el artículo 5.22 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia ha considerado que la referida norma no es contraria a las mencionadas disposiciones constitucionales, en sentencias 1590 y 1596, ambas de 10 de agosto de 2006, ratificadas por la sentencia 2412, de 18 de diciembre de 2006.

En efecto, quien pretende el reconocimiento de una situación jurídica subjetiva, acude al proceso con una doble finalidad: en primer lugar, que se le reconozca su derecho y en segundo lugar, de hacer efectiva la norma jurídica que resulta aplicable, que garantiza la existencia y el ejercicio del derecho.

Sin embargo, dado que la lentitud natural del proceso, para reconocer la existencia del derecho, hace temer que cuando llegue la decisión judicial, ésta carezca de sentido, ha llevado a la doctrina científica más autorizada a señalar que "las medidas cautelares concilian las dos exigencias de la justicia: la celeridad y la ponderación. Entre hacer las cosas pronto, pero mal, o hacerlas bien, pero tarde, las medidas cautelares piensan sobre todo en hacerlas pronto, dejando el problema del bien o del mal a las reposadas formas del proceso ordinario"[40].

La justificación de las medidas cautelares en el proceso, nace de la imposibilidad de que concuerden en un mismo momento la existencia del derecho, (atribuido en la norma jurídica), con el reconocimiento del mismo, (que realiza el órgano jurisdiccional).

Es así como, las medidas cautelares persiguen garantizar que cuando se produzca la comprobación jurisdiccional de la existencia del derecho, tal reconocimiento que tiene los caracteres de definitividad y certeza del derecho preexistente, no se haga ilusorio, sino que por el contrario pueda hacerse efectivo.

Por ello, la tutela judicial cautelar busca lograr, que el tiempo que debe transcurrir entre la existencia del derecho y el reconocimiento del derecho, no afecte la efectividad de tal reconocimiento, al extremo de hacer ilusorio el derecho y en consecuencia inútil, la función de control jurisdiccional.

En tales términos, la doctrina científica mayoritaria ha reconocido que los presupuestos procesales que debe analizar el órgano jurisdiccional, para conceder las medidas cautelares son la apariencia de buen derecho, el peligro en la mora, sin olvidar los intereses presentes contrapuestos.

A. La apariencia de buen derecho

En la valoración de los presupuestos procesales para la concesión de la tutela judicial cautelar, el primer obstáculo al cual se enfrenta el órgano jurisdiccional, cuando es sometido a su control la ejecutoriedad del acto administrativo, es la presunción de legalidad que históricamente ha revestido a los actos jurídicos unilaterales de la Administración Pública.

[40] CALAMANDREI, P.: *Providencias Cautelares*, Trad. Santiago Sentis Melendo, Depalma, Buenos Aires, 1984.

Ahora bien, esta presunción de legalidad, en realidad supone una presunción de conformidad a Derecho, de carácter *iuris tantum*, que admite prueba en contrario y en consecuencia, el recurrente tiene la carga de argumentar y probar que esta presunción puede ser destruida dentro del proceso, razón por la cual, solicita se le otorgue la protección cautelar.

No obstante, el control de la legalidad, no se limita con exclusividad a determinar, la conformidad a Derecho de la actividad administrativa unilateral de los órganos del Poder Público, sino que también comprende la actividad bilateral, la inactividad tanto formal como material, así como las actuaciones materiales constitutivas de vías de hecho, en razón de lo cual, independientemente de la existencia o no de una actuación formal de los órganos del Poder Público, al encontrarse ambas –actividad e inactividad– sometidas al control jurisdiccional, en consecuencia, pueden ser sometidas al control cautelar previo.

Tal situación lleva a valorar, la apariencia o no de contravención del ordenamiento jurídico, que puede justificar la concesión de la tutela cautelar o su negativa, teniendo presente la mayor o menor apariencia de legalidad de la actividad o inactividad controvertida.

Esta apariencia supone que el derecho cuya tutela se pretende, tenga fundadas probabilidades de ser reconocido en la sentencia definitiva, posea probabilidades de éxito, que su protección aparenta tener cobertura constitucional o legal, no siendo en consecuencia manifiestamente contrario a Derecho, lo que conduce al órgano jurisdiccional a presumir que la pretensión procesal puede prosperar[41].

[41] Piero CALAMANDREI, Ob. cit. CHINCHILLA MARÍN, C.: "El Derecho a la Tutela Cautelar como Garantía de la Efectividad de las Resoluciones Judiciales", en *Revista de Administración Pública N° 131*, C.E.C. Madrid, 1991, págs. 167-189. GÓMEZ-FERRER MORANT, R.: "Apariencia de Buen Derecho y Suspensión en Vía Contencioso de los Actos de Carácter Tributario", en *La Protección Jurídica del Ciudadano. Estudios Homenaje al Profesor Jesús González Pérez,* Tomo II, Civitas, Madrid, 1993, págs. 1167-1171. AGUADO I CUDOLA, V.: "La reciente evolución de la tutela cautelar en el proceso contencioso administrativo", en *La Protección Jurídica del Ciudadano. Estudios Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Tomo II, Civitas, Madrid, 1993, pág. 1707. JINESTA LOBO, E.: *La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso-administrativo*, Ediciones Colegio de Abogados de Costa Rica, 1996, págs. 138-147. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V.: *La Tutela Judicial Cautelar en el Contencioso Administrativo,* Vadell Hermanos Editores, Caracas, 2ª ed., 1998, págs. 28-29, más reciente en El amparo constitucional desde la perspectiva cautelar. *El Derecho Público a comienzos del Siglo XXI. Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer Carías*, Tomo I, Civitas, Madrid, 2003, págs. 1253-1254, y en "La tutela cautelar como garantía de efectividad de la sentencia en el derecho procesal administrativo", en *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo,* N° 4, San José, 2004, págs. 161-162. ROJAS FRANCO, E.: *La suspensión del acto administrativo en vía administrativa y judicial,* 4ª ed., San José, 1999, págs. 94-96. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La Batalla por las Medidas Cautelares. Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso-administrativo español,* Civitas, Madrid, 3ª ed., 2004.

Ello le plantea al órgano jurisdiccional la necesidad de efectuar una doble valoración, en primer lugar, respecto al titular del derecho cuya protección invoca la tutela cautelar, en el sentido de evidenciar que efectivamente existen elementos que demuestran que él es el titular del derecho; y en segundo término, para determinar si la actividad o inactividad administrativa que presuntamente desconoce la existencia del derecho controvertido, es contraria al ordenamiento jurídico, razón por la cual, debe adoptar la tutela cautelar, para evitar la producción de un daño grave e irreparable o de difícil reparación por la sentencia que finalmente reconozca el derecho.

Esta apreciación del órgano jurisdiccional si bien es anticipada, debe ser superficial respecto al derecho controvertido, pues éste actuará en base a una presunción, una apariencia, realizando una valoración de probabilidad o verosimilitud que estima favorable al derecho que se reclama y que le produce la impresión, incluso podría decirse que la expectativa, de que el derecho controvertido será reconocido por el pronunciamiento sobre el fondo del litigio.

Tal apreciación no prejuzga sobre el objeto del proceso, pues durante el mismo se otorgan las debidas garantías jurídicas para desvirtuar la presunción, el humo de buen derecho, es decir, se garantiza que se pueda llevar a la convicción del órgano jurisdiccional, que la actividad o inactividad sometida a control jurisdiccional es conforme a Derecho.

B. El peligro en la mora

En lo que concierne al peligro en la mora, cabe observar que tal principio se manifiesta en el apotegma según el cual, el tener que acudir al proceso para obtener la razón, no puede perjudicar a quien tiene la razón, mientras se encuentra a la espera que se le reconozca la misma[42].

El peligro en la mora se concreta en el hecho, de que la situación jurídica cuya tutela judicial se reclama, se pueda ver afectada de forma grave e irreparable, por el transcurso del tiempo que necesariamente debe esperarse, para tramitar el proceso que en la sentencia definitiva reconocerá tal situación jurídica[43].

[42] CHIOVENDA, G.: *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, I, Napoli, 1933.

[43] CHINCHILLA MARÍN, C.: *La Tutela Cautelar en la Nueva Justicia Administrativa*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 42. JINESTA LOBO, E.: *La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso-administrativo*, Ediciones Colegio de Abogados de Costa Rica, 1996, págs. 127-137. ROJAS FRANCO, E.: *La suspensión del acto administrativo en vía administrativa y judicial*, 4ª ed. San José, 1999, págs. 88-94. HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V.: *La Tutela Judicial Cautelar en el Contencioso Administrativo*, Vadell Hermanos Editores, Caracas, 2ª ed., 1998, págs. 28-29. "El amparo constitucional desde la perspectiva cautelar", en *El Derecho Público a comienzos del Siglo XXI. Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer Carías*, Tomo I, Civitas, Madrid. *Cont.*

El peligro en la mora, es un principio, configurado por dos elementos o componentes: Uno, el daño eventual y grave que puede experimentar quien reclama el reconocimiento de su derecho; y el otro, la necesaria e inevitable lentitud del proceso, en el cual las partes en conflicto, ejercerán todas las garantías fundamentales en defensa de sus pretensiones. Esta lentitud produce un retraso o tardanza en la decisión jurisdiccional definitiva, que reconocerá o no la existencia del derecho y que genera un peligro de insatisfacción del mismo o de satisfacción tardía, peligro que el órgano jurisdiccional constitucionalmente está llamado a conjurar, por imperio del derecho a la tutela judicial efectiva.

En definitiva, el órgano jurisdiccional debe realizar una apreciación real y objetiva, sobre la posibilidad o imposibilidad de que una u otra de las partes experimente un perjuicio efectivo, mientras espera el reconocimiento definitivo del derecho o perciba que, por la espera de la decisión definitiva que resuelva la controversia, se pueda producir una inminente inejecución de la sentencia.

Dada la confusión generada por algunos autores, –que incluso se ha admitido en algunas sentencias aisladas–, respecto al peligro en la mora en el caso de las medidas cautelares atípicas e innominadas, debe señalarse que su configuración o contenido no resulta unísono, sino que este peligro en la mora, puede requerir de un *plus*, de una circunstancia agravada que permita su determinación, a los fines de conceder la tutela cautelar.

Es así como, en las medidas cautelares innominadas, la doctrina científica ha reconocido la existencia de un peligro en la mora agravado, que consiste en que mientras se tramita el proceso, una de las partes se pretenda aprovechar de esta situación, para causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho que reclama la otra, es decir, que el órgano jurisdiccional deberá considerar las actuaciones realizadas por la parte accionada, antes de la instauración del proceso y una vez iniciado éste, mientras no se haya emitido pronunciamiento sobre la tutela cautelar, con la finalidad de determinar el potencial daño o lesión que tal conducta puede producir, sobre el derecho del accionante y en consecuencia, conceder la tutela cautelar necesaria para hacer cesar la lesión o el daño, valga decir, no es el mero riesgo de que se haga infructuosa la ejecución de la sentencia, de precaver que pueda cumplirse una sentencia condenatoria, sino además, de cesar una aptitud destemplada, ilegal, ilegítima o ilícita de una parte que perjudica el derecho de la otra[44].

2003, págs. 1254-1255 y también en "La tutela cautelar como garantía de efectividad de la sentencia en el derecho procesal administrativo", en *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, N° 4, San José, 2004, págs. 173-175.

[44] ZOPPI, P. A.: *Providencias Cautelares*, Vadell Hermanos Editores, Caracas, 1988, pág. 38.

C. La ponderación de los intereses en presencia

Teniendo en cuenta que la actividad administrativa de los órganos del Poder Público, debe ajustarse al principio de legalidad y debe perseguir la satisfacción del interés general, en la doctrina científica algunos han sostenido sin que les falte razón, que cuando se plantea una pretensión cautelar, el órgano jurisdiccional debe realizar una ponderación de los intereses en presencia, valga decir, del interés general que tutela la Administración Pública y del interés individual del particular, que se puede ver afectado por la actividad o inactividad administrativa.

Según esto, se debe hacer una ponderación de los intereses concurrentes en el proceso, pero antagónicos en sus posiciones, para determinar si la concesión de la pretensión cautelar, en beneficio de un interés individual, no va a afectar el interés general.

En este sentido, parte de la doctrina científica ha expresado que el interés general no puede ser invocado para justificar la negativa de la medida cautelar y en consecuencia, la frustración del derecho a la tutela judicial efectiva[45]. En este mismo orden de ideas, se ha señalado que al órgano jurisdiccional le corresponde realizar una ponderación de los intereses en presencia, con el objeto de evitar que al tutelar un interés individual, no se ocasione un perjuicio al interés general, es por ello, que tal valoración no puede establecerse apriorísticamente, sino valorando cada caso en concreto.

En tanto, otro sector de la doctrina científica, considera que la ponderación de los intereses en presencia, debe realizarla el órgano jurisdiccional a los fines de conceder la tutela cautelar, en virtud de lo cual, debe efectuarse una ponderación entre el interés general y el individual, lo que supone que ante la evidente presencia de los presupuestos de apariencia de buen derecho y peligro en la mora, deberá otorgarse la tutela cautelar frente al interés general que representa la Administración Pública; en tanto, que si fallan o son débiles algunos de estos presupuestos, deberá prevalecer el interés general con respecto a la pretensión cautelar y en consecuencia, se deberá declarar improcedente la medida cautelar[46].

[45] GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La Batalla por las Medidas Cautelares. Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso-administrativo español*, Civitas, Madrid, 3ª ed., 2004.

[46] GÓMEZ-FERRER MORANT, R.: "Apariencia de Buen Derecho y Suspensión en Vía Contencioso de los Actos de Carácter Tributario", en *La Protección Jurídica del Ciudadano. Estudios Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Tomo II, Civitas, Madrid, 1993, pág. 1170. AGUADO I CUDOLA, V.: "La Reciente Evolución de la Tutela Judicial Cautelar en el Proceso Contencioso Administrativo", en *La Protección Jurídica del Ciudadano. Estudios Homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Tomo II, Civitas, Madrid, 1993, págs. 1694-1696.

Es así como cabe hablar de la procedencia de la tutela cautelar, cuando se alegan y prueban, de manera ostensible, palmaria, patente, los presupuestos procesales de toda medida cautelar, en razón que ningún interés general puede ser manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico y es éste el que reconoce y garantiza los derechos individuales o colectivos; en tanto, que será imposible conceder la tutela cautelar, cuando no se encuentran presentes de manera concurrente los mencionados presupuestos, pues ningún interés individual puede prevalecer sobre el general, sin exhibir una razonable apariencia de conformidad a Derecho y por ende de éxito en el proceso[47].

VII. La evolución jurisprudencial de las medidas cautelares en el proceso administrativo

En el Derecho procesal administrativo venezolano, cada época ha tenido un tema que ocupa la atención de los operadores jurídicos y que la doctrina científica ha destacado a través de apasionantes trabajos que constituyen el testimonio de su tiempo. En esos escenarios, sin duda alguna que las medidas cautelares han ocupado un momento importante en la historia del proceso administrativo y en la década del noventa a finales del siglo XX, se produjo una feliz concurrencia entre la jurisprudencia y la doctrina científica que condujo a que la misma se constituyese en la década de las medidas cautelares.

A ello contribuyeron una generación emergente de profesores que a través de la cátedra, conferencias, simposios, congresos, artículos y estudios libraron *la batalla por las medidas cautelares* –tomando prestado el conocido y afortunado título de la obra de GARCÍA DE ENTERRÍA– y lograron sensibilizar a los operadores jurídicos en general, sobre la necesidad del establecimiento de un adecuado sistema de medidas cautelares en el proceso administrativo que garantizase una auténtica y efectiva tutela jurisdiccional. Sin duda alguna, que sin su colaboración no hubiese sido posible el giro copernicano que dio la jurisprudencia en materia de medidas cautelares[48].

[47] HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V.: *La Tutela Judicial Cautelar en el Contencioso Administrativo*, Vadell Hermanos Editores, Caracas, 2ª ed., 1998, págs. 28-29 y en "La tutela cautelar como garantía de efectividad de la sentencia en el derecho procesal administrativo", en *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, N° 4, San José, 2004, págs. 162-163.

[48] En la generación de profesores que aparecieron en la década de los noventa del Siglo XX –sumándose a los reconocidos catedráticos que les precedían en la materia de Derecho procesal administrativo como Allan R. BREWER-CARÍAS, Luís Henrique FARÍAS MATA, José ARAUJO JUÁREZ, Josefina CALCAÑO DE TELMELTAS, Cecilia SOSA GÓMEZ, Román José DUQUE CORREDOR, José Luis VILLEGAS MORENO– e influyeron en el desarrollo de las medidas cautelares en el proceso administrativo en Venezuela, se encuentran Luís ORTIZ, tanto con su trabajo *La protección cautelar en el Contencioso Administrativo*. Sherwood. Caracas. 1999, como con su propia revista (él es su director-fundador), la *Revista de Derecho Administrativo* que se inició en 1997, la cual podría ser calificada como la revista de las medidas cautelares en el proceso administrativo y la responsabilidad del Estado, al estar relacionados la mayoría de los trabajos

Cont.

Las medidas cautelares se pueden plantear en los procesos administrativos que pretenden un pronunciamiento jurisdiccional declarativo, constitutivo o de condena en contra de la Administración Pública, lo que lleva a tener presente que más allá de las denominaciones jurídicas, lo fundamental es la posibilidad de exigir y obtener siempre de conformidad con el ordenamiento jurídico, las medidas adecuadas, idóneas y necesarias para garantizar la protección de los derechos. Es la gestación de esta evolución jurisprudencial la que ocupará la penúltima parte de este trabajo.

Partiendo de las normas jurídicas analizadas anteriormente, los órganos jurisdiccionales han concedido las siguientes medidas cautelares:

1. Las medidas cautelares de suspensión de la ejecución de los actos administrativos individuales de contenido positivo (artículo 21, párrafo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia)[49]. Ésta surgió como la medida cautelar por antonomasia en el proceso administrativo y ha sido concedida en un sin número de casos a partir de 1967, habiendo sido analizada en los epígrafes anteriores del presente trabajo.

2. Las medidas cautelares de prohibición de enajenar y gravar dictadas contra la Administración Pública (artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil)[50]. Esta medida ha sido de capital importancia en los casos en los cuales los órganos y entes de la Administración Pública han procedido al rescate sin respetar las garantías procesales, de bienes inmuebles que habían vendido a particulares y que luego de efectuar la recuperación administrativa de la propiedad, han pretendido venderlos a terceras personas.

3. Las medidas cautelares positivas contra los actos administrativos individuales de contenido negativo (artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 19, párrafo 10 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia). La decisión administrativa que rechaza la solicitud de otorgamiento de la pensión de retiro es un acto administrativo individual de contenido negativo, que no altera la situación anterior del solicitante, razón por la cual carece de sentido su suspensión, no obstante, habiéndose comprobado el cumplimiento de los presupuestos de las medidas cautelares

publicados con estas materias; junto a él, destacan entre otros, los profesores Rafael CHAVERO, Antonio CANOVA y María Elena TORO, todos de reconocida y estudiada obra jurídica en Venezuela.

[49] Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia de 4 de diciembre de 1967.

[50] Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 388, de 5 de agosto de 1993; sentencia 675, de 4 de agosto de 1994; sentencia 466, de 11 de julio de 1996; sentencia 48, de 22 de enero de 1998 y más recientemente el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 18, de 10 de enero de 2007.

el órgano jurisdiccional concede de oficio, una medida cautelar positiva, de anticipo cautelar a los fines que se le pague mensualmente el monto de la pensión previsto en la ley, hasta que se resuelva el proceso administrativo. Sin embargo, deja a salvo el derecho de repetición de lo pagado indebidamente, en caso que se declare la improcedencia de la pretensión de nulidad del acto denegatorio[51].

También se han dictado medidas cautelares positivas mediante las cuales se han regulado conductas, ordenándose la realización de una actuación determinada, como el cambio de las expresiones contenidas en las etiquetas que se colocaban en las botellas de una bebida alcohólica[52].

4. Las medidas cautelares suspensivas de ejecución contra los actos administrativos generales (artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 19, párrafo 10 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia)[53]. Hace más de cuarenta años, cuando se concedió la primera medida cautelar de suspensión de la ejecución, ésta recayó sobre un acto administrativo individual y desde entonces se fue desarrollando la tutela cautelar frente a tales actuaciones administrativas, dejándose fuera de la protección cautelar los actos administrativos generales, lo que se traducía en la insuspendibilidad de la ejecución de éstos y en consecuencia, en su exclusión de la tutela judicial cautelar. Fue el desarrollo de ésta, lo que condujo a la aceptación de la pretensión de medidas cautelares suspensivas contra los actos administrativos generales.

5. Las medidas cautelares positivas contra los actos administrativos generales (artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 19, párrafo 10 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia)[54].

[51] Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 567, de 12 de noviembre de 1992. Esta decisión pone de manifiesto como en Venezuela, la concesión de las medidas cautelares de pago anticipado de deudas surgió aproximadamente cuatro años y medio antes que el Presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas produjese el auto Antonissen, mediante el cual dispuso el pago anticipado de cantidades de dinero. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: "Hacia una medida cautelar ordinaria de pago anticipado de deudas (*référé provision*). A propósito del auto del Presidente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 29 de enero de 1997. (asunto Antonissen)", en *Revista de Administración Pública N° 142*, Madrid, 1997, págs. 225-246; y posteriormente, "La justicia administrativa en el cambio de Siglo. Justicia Administrativa en México e Iberoamérica", en *Revista de Estudios de Derecho Público, N° 1*, Querétaro, 2002, págs. 171-174.

[52] Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 795, de 7 de noviembre de 1995.

[53] Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 92, de 12 de mayo de 1992; sentencia 124, de 2 de abril de 1997.

[54] Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 35, de 15 de febrero de 1993; sentencia 803, de 15 de noviembre de 1995; sentencia 819, de 21 de noviembre de 1995; sentencia 978, de 15 de diciembre de 1995 y sentencia 223, de 28 de marzo de 1996.

Una vez admitida en un primer momento la concesión de medidas cautelares suspensivas contra los actos administrativos generales, se había llegado a solo un paso para la concesión de medidas cautelares positivas contra dichos actos. Ello se produjo mediante la concesión de medidas cautelares de regulación de un proceso electoral, –a las cuales se hará referencia más adelante–, o de la prohibición de la designación de los cargos ocupados por jueces provisorios, mientras se discutía si la convocatoria del concurso de oposición era conforme a Derecho.

6. Las medidas cautelares suspensivas concedidas contra los actos administrativos individuales, a través de una pretensión de amparo cautelar dentro del proceso administrativo (artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales)[55]. Con fundamento en esta disposición, el órgano jurisdiccional administrativo ha resuelto conceder la medida cautelar de suspensión del acto administrativo individual de la Comisión Nacional de Valores que había calificado como acciones en tesorería, un grupo de acciones poseídas por varias empresas relacionadas con una institución bancaria, estableciendo en consecuencia "la prohibición de formar parte del quórum en las asambleas de accionistas de dicha institución bancaria y a la votación en las mismas asambleas", a las empresas titulares de dichas acciones. La razón que justifica la concesión de la medida cautelar suspensiva de amparo constitucional es proteger la presunta violación del derecho de propiedad sobre las acciones de los recurrentes.

7. Las medidas cautelares positivas concedidas contra los actos administrativos individuales, a través de una pretensión de amparo cautelar dentro del proceso administrativo (artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales)[56]. El órgano jurisdiccional administrativo ha reinterpretado la redacción literal de la norma, en pro del derecho a la tutela judicial efectiva y conforme a ello ha otorgado medidas cautelares de anticipo cautelar ordenando el pago de sumas de dinero, que habían sido negadas por los actos administrativos de la Administración Pública, que han sido considerados *prima facie* presuntamente contrarios al ordenamiento jurídico.

8. Las medidas cautelares suspensivas concedidas contra actos administrativos generales, a través de una pretensión de amparo cautelar, en el proceso administrativo (artículo 3 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales)[57].

[55] Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 343, de 10 de julio de 1991; Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencia 2, de 20 de enero de 2000; sentencia 156, de 24 de marzo de 2000.

[56] Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 439, de 6 de octubre de 1992; sentencia 507, de 15 de octubre de 1992; sentencia 569, de 19 de noviembre de 1992; sentencia 102, de 11 de marzo de 1993; sentencia 123, de 25 de marzo de 1993.

[57] Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 343, de 10 de julio de 1991.

9. Las medidas cautelares positivas concedidas contra actos administrativos generales, a través de una pretensión de amparo cautelar, en el proceso administrativo (artículo 3 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales)[58]. Conforme a esta norma el órgano jurisdiccional administrativo ha desaplicado por considerar presuntamente inconstitucional el estatuto de personal del Banco Central de Venezuela y ha dictado una medida cautelar positiva, a través de la cual dispuso efectuar el cómputo de los años trabajados por la recurrente en los distintos órganos de la Administración Pública y que se procediese a calcular y pagar las sumas de dinero reclamadas por concepto de prestaciones, como consecuencia de la finalización de la relación funcionarial. Ello sin perjuicio del derecho a repetición de lo pagado indebidamente, en caso que la pretensión de nulidad sea rechazada en la sentencia definitiva.

10. Las medidas cautelares positivas en los procesos administrativos de naturaleza funcionarial (artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 19, párrafo 10 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia)[59]. Quizás uno de los aportes más novedosos de la jurisprudencia ha sido la concesión de las denominadas medidas cautelares innominadas en los procesos donde se formulan pretensiones de reclamación de derechos de los funcionarios públicos. Es así como frente al criterio tradicional respecto a la improcedencia de las medidas cautelares en estos procesos porque ello implicaría conceder cautelarmente lo que es objeto de debate de fondo, surgieron un conjunto de decisiones favorables a la concesión de medidas cautelares en los procesos funcionariales. Uno de esos casos condujo a conceder una medida cautelar positiva de regulación, en virtud de la cual se le ordenó a la Administración Pública que actuase de una manera determinada, mediante la designación en un cargo de igual o similar rango a aquél que le correspondía a la recurrente en la carrera diplomática, dentro del plazo de 8 días siguientes a la publicación de la sentencia.

11. Las medidas cautelares suspensivas en los procesos administrativos de naturaleza electoral (artículos 21, párrafo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales)[60]. En ejecución de estas medidas cautelares, también se ha ordenado la suspensión de la convocatoria y realización de procedimientos administrativos electorales.

[58] Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 737, de 19 de octubre de 1995.
[59] Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 400, de 20 de junio de 1996.
[60] Tribunal Supremo de Justicia en Sala Electoral, sentencia 155, de 29 de octubre de 2001; sentencia 62, de 14 de junio de 2005.

12. Las medidas cautelares positivas en los procesos administrativos de naturaleza electoral (artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 19, párrafo 10 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia)[61]. En estos procesos se concedieron por primera vez medidas cautelares contra actos administrativos generales, de oficio, disponiendo la suspensión de la convocatoria de elecciones de gobernadores en dos estados, lo que en si mismo constituyó una auténtica novedad en el Derecho procesal administrativo. Además también se concedió por primera vez, una medida cautelar de regulación, en virtud de la cual se dispuso que reasumieran los cargos de gobernadores, quienes los habían ejercido con anterioridad –lo que suponía actuar en funciones, por mandato cautelar–, hasta tanto se resolviese respecto a la procedencia o no la pretensión de nulidad de la convocatoria de elecciones.

13. Las medidas cautelares suspensivas en los procesos administrativos en los cuales se encuentran presentes derechos e intereses colectivos y difusos, también conocidas en el derecho comparado como *class actions* (artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 19, párrafo 10 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia)[62]. Entre las particularidades del sistema procesal en Venezuela, se ha creado una categoría de procesos para la tutela de los derechos e intereses colectivos y difusos contra los órganos de los Poderes Públicos, que se tramita en única instancia, ante el Tribunal Supremo de Justicia. Dado que la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia no contempla una regulación especial sobre este particular, se deben aplicar las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, lo que condujo a que la Sala Constitucional señalase que conforme a la Constitución, la vía procesal idónea para tramitar las pretensiones de protección de derechos e intereses colectivos y difusos es la prevista en el proceso oral. Es conforme a este proceso y a las disposiciones del citado Código que el órgano jurisdiccional ha concedido las medidas cautelares para ordenar el cese de "las vías de hecho, actuaciones materiales, medidas de fuerza, perturbaciones y amenazas que han venido realizando, así como la paralización de cualquier obra o proyecto que se pretenda realizar ... (omissis) ...". Además ha ordenado que la Administración Pública se abstenga "de dictar cualquier acto administrativo que de manera directa o indirecta lleve implícito la alteración del equilibrio ambiental y ecológico de la referida zona ...".

14. Las medidas cautelares suspensivas en materia de libre competencia (artículos 38 y 54 de la Ley para la promoción y protección del ejercicio de la libre competencia). Corresponde advertir que en materia de libre competencia

[61] Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 35, de 15 de febrero de 1993.
[62] Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencia 536, de 14 de abril de 2005.

existen dos categorías de procedimientos administrativos: Los autorizatorios, en los cuales se producen actos administrativos cuya protección cautelar en sede jurisdiccional siempre ha estado sometida al cumplimiento de las exigencias de todas las medidas cautelares; y los de prácticas prohibidas, cuya decisión podía ser objeto de la fijación del monto por la autoridad administrativa, para que luego el interesado procediese al otorgamiento de una caución en sede judicial, con el objeto de permitir la suspensión "automática" de la ejecución del acto administrativo[63]. Sin embargo, luego de la impugnación de las disposiciones legales correspondientes (artículos 38 y 54 de la Ley citada) por considerar que habilitaban a la autoridad administrativa a inmiscuirse en el ejercicio de la potestad cautelar, que es exclusiva y excluyente del órgano jurisdiccional e insita a la de juzgar y hacer ejecutar lo sentenciado, se cambió la manera de aplicar tales disposiciones porque el Tribunal Supremo de Justicia señaló, que el establecimiento del monto de la caución realizado por la autoridad administrativa constituye una mera referencia o parámetro de carácter técnico, no vinculante para el órgano jurisdiccional, pero que puede servir para obtener la suspensión de la ejecución, sin tener que alegar y probar los presupuestos de todas las medidas cautelares, siempre que el interesado opte por constituir la caución. No obstante, el órgano jurisdiccional no se encuentra limitado en su potestad jurisdiccional, pues puede apartarse de tal referencia técnica y proceder el mismo a establecer el monto que considere proporcional y adecuado al objeto del proceso administrativo[64].

15. Las medidas cautelares suspensivas de sanciones de multas en materia de telecomunicaciones (artículo 205 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones)[65]. Aquí se ha pasado de la suspensión automática de la ejecución de los actos

[63] Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 5 de mayo de 1997.

[64] Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencia 1260, de 11 de junio de 2002; ratificada por la Sala en la sentencia 2412, de 18 de diciembre de 2006.

[65] Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 6161, de 9 de noviembre de 2005, desaplicó por vía de control difuso de la constitucionalidad el artículo 205 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones al considerar que contraviene los artículos 26 y 49 de la Constitución y en su lugar dispuso que en la pretensión cautelar, se deben cumplir los extremos establecidos para todas las medidas cautelares. Esta posición fue ratificada por la propia Sala en la sentencia 6292, de 23 de noviembre de 2005; en la sentencia 6438, de 1 de diciembre de 2005 y más recientemente en la sentencia 1141, de 4 de mayo de 2006, abandonando así la posición asumida en la sentencia 1895, de 3 de diciembre de 2003. No obstante, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al conocer de este asunto, en virtud de la competencia de examen abstracto y general sobre la constitucionalidad de la norma previamente desaplicada, prevista en el artículo 5.22 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia ha considerado que la referida norma no es contraria a las mencionadas disposiciones constitucionales, en sentencias 1590 y 1596, ambas de 10 de agosto de 2006 y en consecuencia ha reconocido que los particulares que recurran los actos administrativos sancionatorios que imponen multas pueden obtener la suspensión de la ejecución, simplemente con efectuar la pretensión de suspensión, al momento de interponer su recurso contencioso administrativo de anulación contra la misma. Esta última posición ha sido ratificada por la propia Sala Constitucional en la sentencia 2412, de 18 de diciembre de 2006.

administrativos sancionatorios que imponían multas, –no así el resto de los actos administrativos sancionatorios–, hacia la tesis según la cual todos los actos administrativos que dictasen las autoridades administrativas del sector de las telecomunicaciones con independencia que sean sancionatorios o no, únicamente serían amparados por la protección cautelar si se alegan y prueban los extremos exigidos para todas las medidas cautelares en el proceso administrativo, para concluir finalmente volviendo a la suspensión automática de la ejecución, únicamente de los actos administrativos sancionatorios que imponen multas.

16. Las medidas cautelares suspensivas de sanciones de multas en materia de protección del consumidor y el usuario (artículo 152 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario)[66]. En esta materia que la autoridad administrativa tiene un amplio catálogo de sanciones que puede imponer al infractor, únicamente se excluye de la posibilidad de ejecución inmediata la sanción de multa, siempre que hubiese sido recurrida, momento a partir del cual no se puede exigir su cumplimiento hasta que no se produzca la decisión sobre la pretensión de impugnación formulada. Se trata de una variante de suspensión "automática", porque no se requiere de solicitud cautelar alguna al órgano jurisdiccional y tampoco se requiere que éste emita pronunciamiento alguno, la suspensión de la ejecución de la multa opera de pleno derecho, por la simple interposición de la pretensión.

17. Por último, se tiene la ejecución judicial forzosa de las medidas cautelares de suspensión de la ejecución[67] o de suspensión formuladas a través de la pretensión de amparo cautelar[68], en el proceso administrativo contra los actos administrativos individuales de contenido positivo, así como de pretensión de medidas cautelares innominadas[69], en el proceso contra los actos administrativos generales de contenido positivo (artículos 26, 131 y 253 de la Constitución). Este escenario ha servido para la construcción de la teoría de la reedición, repetición o reproducción del acto administrativo que ha sido objeto de medidas cautelares por el órgano jurisdiccional dentro del proceso administrativo y que estando pendiente de decisión, es reproducido o reeditado por la misma autoridad administrativa, teniendo como sujetos destinatarios a las mismas personas y que guardando identidad de contenido, aun cuando cambiando los datos formales de identificación como el número

[66] Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 368, de 18 de marzo de 2009.
[67] Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, sentencia 629, de 22 de noviembre de 1990, ejecutada mediante sentencia 57 de marzo de 1993.
[68] Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sentencia 206, de 8 de febrero de 2002, ejecutada mediante sentencia 368, de 27 de febrero de 2002.
[69] Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, sentencia 256, de 16 de marzo de 2005, ejecutada mediante sentencia 1058, de 2 de junio de 2005.

de secuencia en la emisión, la fecha de emisión, persigue dejar sin efecto la decisión cautelar recaída sobre el acto administrativo original.

En tales casos, la jurisprudencia de manera confesa siguiendo la experiencia del Derecho colombiano, ha reconocido la existencia del acto administrativo reeditado, reproducido o repetido, señalando que el mismo se produce cuando concurren las siguientes circunstancias: a) Que el acto administrativo reproducido contenga en esencia la disposición o disposiciones originalmente suspendidas; b) Que no hubieren desaparecido las causas que motivaron la medida de suspensión; c) Que el acto repetido o reproducido haya sido dictado por la misma autoridad administrativa que dictó el acto cautelarmente suspendido; d) Que quien solicite la suspensión del acto repetido sea parte en el proceso pendiente; e) Que en el proceso en el cual se concedió la medida cautelar de suspensión, no se hubiese dictado sentencia definitiva.

Una vez que el órgano jurisdiccional administrativo verifica tales circunstancias, ha procedido a reconocer una desviación de poder a través de la reedición del acto administrativo y a concluir que la pretensión procesal inicialmente planteada contra el acto originalmente recurrido, también se dirige contra el acto administrativo repetido, aún cuando éste haya sido reproducido con posterioridad, así como que la concesión de la medida cautelar contra el acto original, se extiende hasta el acto reeditado por la autoridad administrativa.

En esencia, éstos constituyen los grandes avances de la jurisprudencia en materia de medidas cautelares, toca ahora establecer cuáles son los retos y desafíos que deben enfrentar los operadores jurídicos en la progresiva construcción de la institución cautelar en el proceso administrativo.

VIII. Consideraciones finales

En los más de cuarenta años de historia que tienen las medidas cautelares se han efectuado importantes avances, que van desde la inexistencia de la posibilidad de pretender la concesión de medidas cautelares en el proceso administrativo, pasando por la conquista de la suspensión de la ejecución en un primer momento, hasta llegar a la concesión de toda clase de medidas cautelares idóneas y necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva.

Estando sentados desde la propia Constitución los cimientos del proceso administrativo[70] y teniendo pleno reconocimiento en el ordenamiento jurídico

[70] HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V.: "La oralidad en el orden jurisdiccional administrativo", en *El Derecho Público a los cien primeros números de la Revista de Derecho Público*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, págs. 905-930; también publicada en *Justicia Administrativa. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2007, págs. 265-298.

el derecho a la tutela judicial efectiva, uno de cuyos atributos es la tutela judicial cautelar, en la hora actual del Derecho procesal administrativo en Venezuela, el debate debe orientarse a precisar los cuatro supuestos de responsabilidad que pueden surgir con motivo de la pretensión de tutela cautelar:

1. La responsabilidad del solicitante que abusando de su derecho, plantea la pretensión de medidas cautelares: Ésta se produce cuando se efectúa una pretensión conforme al ordenamiento jurídico, pero el interesado lo realiza actuando con falta de probidad y ética procesal o con mala fe, para lograr una situación ventajosa en el proceso, más allá de la búsqueda del reconocimiento del derecho que reclama y que espera le sea reconocido en la sentencia que resuelva el mérito del proceso.

2. La responsabilidad del funcionario que obstaculiza la ejecución de las medidas cautelares: No es infrecuente que los funcionarios administrativos, dilaten el cumplimiento de las medidas cautelares, se valgan de tecnicismos, produzcan actos cuyo objeto sea dejar sin efecto ilegalmente las medidas que obran en contra de la Administración Pública o simplemente ignoren los mandamientos cautelares, lo que constituye una flagrante y censurable violación del derecho a la tutela judicial efectiva, que genera la responsabilidad personal del funcionario que así actúa. Tal responsabilidad podrá ser de carácter civil (por ocasionar daños y perjuicios al beneficiario de la medida y frustrar la tutela judicial efectiva), penal (por el delito de desacato de las decisiones judiciales), administrativa (por los daños patrimoniales que su actuación le produzca a la Administración donde desempeña sus funciones) y disciplinaria (que pueden conllevar incluso a la sanción de destitución de la función pública).

3. La responsabilidad del juez que concede o niega indebidamente las medidas cautelares: La responsabilidad personal de los jueces puede surgir producto de un error, retardo u omisiones injustificadas, por la inobservancia sustancial de normas procesales, por denegación de justicia, por parcialidad en la función jurisdiccional, por delitos de cohecho o prevaricación en que puedan incurrir al momento de resolver una pretensión cautelar. Esta responsabilidad podrá manifestarse de manera similar que con los funcionarios públicos administrativos.

4. La responsabilidad del Estado: Se menciona de última, pero no por ello menos importante, la responsabilidad del Estado, que se puede derivar de la función jurisdiccional o de la función administrativa. En el primer caso, surge la responsabilidad cuando por actuación u omisión de los órganos jurisdiccionales, es decir, cuando como consecuencia de un error judicial, un retardo en el pronunciamiento sobre la pretensión cautelar o una omisión

injustificada, una de las partes experimenta un daño en su esfera jurídica que deberá ser reparado o restablecido. En el segundo caso, la responsabilidad será consecuencia de todas aquellas actuaciones u omisiones en que incurra la Administración Pública llamada a cumplir las medidas cautelares o incluso otra autoridad administrativa que de alguna manera colabore, coopere o intervenga para eludir el cumplimiento de la decisión cautelar, mediante simple omisiones, a través de actuaciones materiales o mediante actos administrativos expresos.

De allí que este breve recuento histórico constituya apenas un punto de partida hacia los nuevos senderos que deben transitar las medidas cautelares, teniendo presente lo que se tiene, lo que ha costado lograrlo, lo que se debe hacer para conservarlo y lo que hay que realizar para mejorarlo.

Las medidas cautelares han contribuido notablemente a que los justiciables tengan fe en lograr la Justicia, a pesar del naturalmente lento proceso administrativo, pero el reto que corresponde a los operadores jurídicos para mantener viva dicha fe, consiste en el necesario perfeccionamiento del sistema cautelar en la futura reforma del orden jurisdiccional administrativo, el cual debe avivar en éstos la esperanza que la formulación de las pretensiones cautelares y su concesión por los órganos jurisdiccionales, constituyen la garantía de alcanzar una auténtica Justicia material en el proceso administrativo.

AUTORES

Abilio Batista Domínguez
profesor de Derecho Procesal Penal en la Universidad del Istmo. Socio de Mejía y Asociados (Panamá).

Alejandro Pérez Hualde
Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza (República Argentina). Profesor Titular de Derecho Administrativo II de la Facultad Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo y de Derecho Público Económico de la Universidad de Mendoza.

Allan R. Brewer-Carías
Profesor de la Universidad Central de Venezuela. Vicepresidente de la Academia Internacional de Derecho Comparado.

Annette de León Molina
Asistente de Magistrado. Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá.

Armando Rodríguez García
Profesor de la Universidad Central de Venezuela. Coordinador del Postgrado en Derecho Administrativo.

Augusto Durán Martínez
Catedrático de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República y en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Director del Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Decano Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay.

Carlos E. Delpiazzo
Profesor de la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay, Director del Programa Master de Derecho Administrativo Económico (PMDAE), y Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Secretario General del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.

Consuelo Sarria Olcos
Profesora de Derecho administrativo en el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Universidad de los Andes. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia y Universidad Externado de Colombia. Expresidente del Consejo de Estado.

Cristóbal Miguel Gómez Gutiérrez
Abogado, especialista en métodos alternos de solución de conflictos.

Darío A. Sandoval Shaik
Abogado, Coordinador del Departamento de Mercados Financieros de Estudio Jurídico Araúz y ex asesor legal de la Comisión Nacional de Valores de Panamá.

Elio Chi Rivera
Asistente de Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Panamá.

Enrique Rojas Franco
Catedrático de Derecho Público de la Universidad de Costa Rica. Director Ejecutivo y Vicepresidente de la Asociación y del Instituto Iberoamericano de Derecho Público y Administrativo "Prof. Jesús González Pérez".

Ernesto Jinesta Lobo
Catedrático de Derecho Administrativo Universidad Escuela Libre de Derecho (UELD). Presidente Asociación Costarricense de Derecho Administrativo. Académico de Número y Secretario Academia Costarricense de Derecho.

Félix Wing Solís
Asistente de Magistrado, Corte Suprema de Justicia (Panamá)

Franklin Ward Ferguson
C. P. A. y Abogado Sala Contencioso Administrativo y Laboral Corte Suprema de Justicia de Panamá

Germán Cisneros Farías
Presidente de la Academia Mexicana de Derecho Administrativo y Profesor de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, México.

Gustavo Mireles Quintanilla
Profesor en el Posgrado de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León, México.

Henry Alexander Mejía
Profesor Titular de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Administrativo de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, de la Universidad de El Salvador. Director del Departamento de Derecho Público de dicha Facultad.

Idania M. Torrero Perigault
Asistente de Magistrado Víctor L. Benavides P.

Ismael Mata
Perito jurídico designado por el Estado Nacional en causas promovidas ante el CIADI contra el Estado Argentino. Director de Postgrado de Derecho Administrativo en la Universidades Nacional de Rosario, Profesor de Postgrado de Derecho Administrativo en las Universidades de Buenos Aires, Austral y Rosario.

Jaime Franco Pérez
Doctor en Derecho con especialidad en Derecho Administrativo de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín, Colombia. Profesor de Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo de la Universidad Latina de Panamá y de la Universidad Santa María La Antigua de Panamá y abogado litigante.

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz
Catedrático de Derecho Administrativo. Presidente del Foro Iberoamericano de Derecho administrativo.

Javier Robalino-Orellana
Socio de Pérez Bustamante & Ponce, Abogados. Profesor y Coordinador del Área y Posgrado de Derecho Administrativo de la Universidad San Francisco de Quito. Vicepresidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.

Javier Ernesto Sheffer Tuñón
Docente en la Universidad del Istmo. Miembro fundador del "Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo" (FIDA). Profesor Invitado del Instituto Nacional de Administración Pública de España.

Jorge Enrique Romero-Pérez
Catedrático de Derecho Administrativo. Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Facultad de Derecho. Universidad de Costa Rica.

Jorge Fernández Ruiz
Profesor en el Sistema Escolarizado, en la División de Universidad Abierta y en la División de Posgrado de la Facultad de Derecho y en la FES Acatlán de

la UNAM. Investigador titular "C" definitivo de tiempo completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel III. Presidente de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo.

José Carlos Laguna de Paz
Catedrático de Derecho Administrativo (acreditado) Universidad de Valladolid (España).

José Luis Meilán Gil
Catedrático de Derecho Administrativo Universidad de A Coruña. Ex-Consejero de Estado.

José Mario Serrate Paz
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Boliviana en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra. Abogado, Titular del Estudio Serrate Paz & Asociados. Exsecretario de la Presidencia de la República.

José René Olivos Campos
Profesor e Investigador Titular de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo y Socio Fundador de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo

Juan Carlos Cassagne
Miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires (de la cual actualmente es su Vicepresidente), de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de Madrid y de la Academia Interamericana de Derecho Internacional y Comparado. Socio fundador del estudio Cassagne Abogados

Juan Pablo Cajarville Peluffo
Ex-Catedrático de Derecho Administrativo Facultad de Derecho. Universidad de la República. República Oriental del Uruguay.

Juarez Freitas
Profesor de Maestría y Doctorado en Derecho en la Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul/Brasil, Profesor de Derecho Administrativo en la UFRGS, Presidente del Instituto Brasileiro de Altos Estudos de Direito Público.

Karlos Navarro Medal
Catedrático de derecho administrativo, en la Universidad Centroamericana y Americana de Nicaragua. Miembro de Número la Academia de Geografía

e Historia de Nicaragua, y correspondiente de la Academia de Geografía e Historia de Guatemala.

Libardo Rodríguez Rodríguez
Profesor de derecho administrativo. Ex-Consejero de Estado de Colombia.

Mariano R. Brito
Rector Emérito de la Universidad de Montevideo. Catedrático de Derecho Administrativo. Presidente Fundador del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Presidente Adjunto para América del Sur de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo. Miembro de la Academia Internacional de Derecho Comparado.

Mário Aroso de Almeida
Professor da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

Marisol Hernández Guardia
Asistente de Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

Marlena M. Domínguez G.
Asistente de Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Panamá.

Martin Wilson Chen
1er. Magistrado Presidente del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas (TAdeCP), durante el período 2007- 2008. Catedrático en la UPAM.

Miguel Ángel Sendín García
Profesor agregado de la Universidad Europea Miguel de Cervantes. Coordinador de la Secretaría Jurídico-académica de dicha universidad.

Miriam Mabel Ivanega
Profesora Titular de la Escuela de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación, Profesora Asociada de Derecho público provincial y municipal de la Facultad de Derecho de la UNLAM. Directora Ejecutiva de la Maestría en Derecho Administrativo y de la Especialización en Derecho de la Regulación de los Servicios Públicos de la Universidad Austral.

Pedro José Jorge Coviello
Juez de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. Profesor titular de Derecho Administrativo y Director de la Carrera de Especialización de Derecho Administrativo Económico, de la Pontificia Universidad Católica Argentina.

Ricauter Noel Pitti Morales
Abogado Asistente de Magistrado (Mgtdo. Víctor Leonel Benavides Pinilla). Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo. Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá.

Rogério Gesta Leal
Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Professor Titular da Universidade de Santa Cruz do Sul, Professor Colaborador da Universidade Estácio de Sá.

Romeu Felipe Bacellar Filho
Professor de Direito Administrativo da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor Titular de Direto Administrativo da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Presidente da Associação Iberoamericana de Direito Administrativo, da Associação de Direito Público do Mercosul, do Instituto Paranaense de Direito Administrativo e do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Membro Catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional.

Víctor Leonel Benavides Pinilla
Magistrado Presidente de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Víctor Rafael Hernández-Mendible
Profesor de Derecho Administrativo, en la Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela). I Premio Iberoamericano "Ángel Ballesteros" de Estudios y Buenas Prácticas Locales, otorgado por la Unión Iberoamericana de Municipalistas. 2006.

Víctor Sebastian Baca Oneto
Profesor ordinario de Derecho administrativo de la Universidad de Piura.