

Acto Administrativo y Estado Constitucional y Social de Derecho

Javier Ernesto Sheffer Tuñón

Sumario:

1. Una manifestación natural y típica de la Administración Pública.
2. Revitalizando el Estado Constitucional y Social de Derecho. 3. Concepto de acto administrativo según la doctrina. 4. Definición de acto administrativo según la Ley nacional. Rasgos identificadores.
5. Elementos del acto administrativo. 5.1. La competencia discrecional como factor que dificulta el cumplimiento de la legalidad administrativa en la formación del acto de contenido individual, caso especial de la destitución de funcionarios que no gozan de fuero. 6. Perfeccionamiento, validez y eficacia del acto administrativo. 6.1. Procedimiento. 6.2. Presunción de legitimidad y ejecutoriedad del acto administrativo. Insubsistencia del artículo 15 del Código Civil. 7. Vicios del acto administrativo. 8. Tipos de actos administrativos. 8.1. La actividad normativa y jurisdiccional de la Policía. 9. Jerarquía del Reglamento y del acto administrativo individual. 10. Estabilidad del acto administrativo generador de derechos y de aquel de efecto normativo. 11. Extinción del acto administrativo. 11.1. De contenido general. 11.2. Revocatoria de los actos de contenido individual.

1. Una manifestación natural y típica de la Administración Pública

Ciertamente los funcionarios y órganos públicos expresan la voluntad estatal de la forma como viene configurada su competencia a partir de la Constitución.

Por lo anterior, la Asamblea Nacional o Parlamento habla a través de la Ley, que es la voluntad del pueblo, consagrada en ese acto jurídico, de contenido general, abstracto, y por regla, irretroactivo¹.

El Órgano Judicial y los sujetos que administran justicia que lo conforman, traducen la función que se les ha asignado como pacificadores sociales ante conflicto entre partes privadas, o entre éstos y entidades públicas o éstas entre sí, declarando lo que es derecho, por medio del acto jurisdiccional o sentencia, cuyo atributo básico es adquirir, por lo común, autoridad de cosa juzgada, abonando a la certeza y seguridad jurídicas como condicionantes de la paz social y respeto de los derechos adquiridos.

¹ Según el maestro Cassagne, “la característica de generalidad que se atribuye a la ley constituye una creencia arraigada en la tradición doctrinal del mundo jurídico. Es un concepto técnico que se combina con otro finalista en cuanta (sic) persigue limitar el ejercicio del poder mediante normas generales y abstractas en garantía de la igualdad y demás derechos individuales”. **CASSAGNE**, Juan Carlos. El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa, Editorial Marcial Pons Argentina, S.A., Córdoba, 2009, p. 122.

De suyo puede decirse que la forma más natural y típica que tiene el Órgano Ejecutivo, sus dependencias, la Administración descentralizada autónoma, por funciones o territorialmente, e incluso aquellas dependencias oficiales que ejerzan excepcionalmente funciones administrativas, con independencia del órgano al que pertenezcan o estén adscritas, es el acto administrativo, ya sea de contenido individual, porque produce efectos que afectan individualmente a un sujeto o conjunto de personas², y por tanto a relaciones jurídicas individualizadas o concretas³; o de contenido general, caso en el que se habla de actos normativos (preceptivos), abstractos afectantes de derechos “erga omnes”, o generador de obligaciones de igual trascendencia; ejemplo típico del acto administrativo reglamentario o simplemente Reglamento.

Debemos tomar en cuenta que la configuración del acto administrativo como generador de obligaciones, reconocedor de derechos o intereses legítimos de los particulares, o como es su talante de manifestación del interés de la colectividad, complemento de la Ley, facilitador de situaciones jurídicas, importa a la gestión pública, lo mismo que al Estado de Derecho y la legalidad administrativa que se procura, y a la vez es condición indispensable para el desarrollo de las actividades de los particulares, mediante el ejercicio de las libertades públicas.

2. Revitalizando el Estado Constitucional y Social de Derecho

² Aunque autores como el profesor Coviello, justificadamente, ven también efecto normativo o preceptivo en el acto administrativo de contenido individual, al explicar que “...es una norma o es normativo porque constituye un precepto que el administrado debe cumplir -claro está, siempre que el acto sea válido-, de acuerdo a las características del acto respectivo. Mas no sólo eso: el nexo obligatorio acto-administrado vale también para el nexo acto-administración. El administrado, ciertamente, debe cumplir las obligaciones que le impone el acto...; pero al mismo tiempo es obligatorio para la propia administración ...a quien corresponde cumplir...” de igual modo. **COVIELLO**, Pedro José Jorge. El acto administrativo a la luz de las fuentes del Derecho y como sustento fundamental de la legalidad administrativa, en “El acto administrativo como fuente del Derecho Administrativo en Iberoamérica”, Editorial Congrex, S.A., VIII FIDA, Panamá, 2009, pp. 30-31.

³ Igualmente Coviello acoge el criterio que esa típica manifestación de la actividad administrativa estatal no es la única, porque con el nuevo estado de cosas luego de la Revolución Francesa las otras actividades que cumplía el estado tomaron nueva forma, como por ejemplo los contratos administrativos, el servicio público, la organización administrativa o el ‘contencioso administrativo’. Mas lo cierto es que con la configuración del acto pudo situarse en esos albores, la competencia administrativa, que, a su vez, dio vida al resto de instituciones basilares, como el reglamento y el contrato. Ibídem, p. 34.

La connotación de la libertad no se circunscribe a un papel garante del orden público y la seguridad ciudadana, por parte del Estado; nada de esto lo diferenciaría del Estado policía.

Desde un tiempo antes de la segunda postguerra, el origen y concreción en convenciones internacionales de los derechos que corresponden a la persona humana como tal, dieron vida y sustento al cariz social del Estado.

El trayecto ha sido complejo pero hoy su papel por medio de la Administración que sirve los intereses generales, dicen de él ser más que un prestador de servicio o fiscalizador; sino como tutelador de los derechos fundamentales, respetuoso de la legalidad, y del recurso humano adscrito a la función pública. Legalidad que se traduce en un potencial más abarcador por medio de la juridicidad; en suma, garante del acceso a la tutela judicial efectiva, catalizador del lícito acceso a la información y de la participación ciudadana, sobre relaciones justas para la paz interna y seguridad internacionales, acorde con políticas de gestión pública y privada éticas y responsables que protejan el ecosistema. La solidaridad y la justicia social no han de ser olvidadas, sin perjuicio de volver a tiempos de grandes consternaciones sociales y políticas, que inciden en lo económico, y directamente en el diario vivir de las personas.

Es la actualización de lo que varias Constituciones denominan Estado constitucional y social de Derecho.

Observamos un constante flujo y reflujo de interacción, en que el Estado de Derecho respeta esas libertades; pero como efecto natural impone obligaciones legítimas y facilita el ejercicio de derechos adquiridos, mediante las funciones que antes se han enunciado, dentro de un ambiente de separación orgánica y de armónica colaboración, que se convierte en garantía de esas obligaciones y derechos.

Esta funcionalidad interactiva se explica porque “el ejercicio de las funciones estatales no es exclusivo y excluyente de los diversos órganos estatales. De allí la afirmación de que la función administrativa también tiene carácter interorgánico en el sentido de que no sólo la ejercen los órganos del poder ejecutivo, sino todos los órganos estatales.”⁴

⁴ BREWER-CARÍAS, Allan. Estudios de Derecho Administrativo (2005-2007), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, p. 68.

Cabe recordar que se hace imprescindible la acentuación en el Derecho Administrativo, por su seguimiento y estudio metodológico, para que más que de una gerencia pública, estemos siempre conscientes del papel que juegan los principios de legalidad, eficiencia, eficacia, descentralización, desconcentración, participación ciudadana, buena fe, coordinación administrativa, ética en el espacio público, entre otros determinantes, como el respeto a las normas o procedimientos de selección de contratistas, en pro de la transparencia y libre concurrencia en la disposición de los recursos y bienes del presupuesto general del Estado, que se acopian para cumplir propósitos de servicio público y beneficio colectivo, no para propiciar fortunas particulares de los servidores oficiales y terceros en connivencia; pero sobre todo para que calen en la mente y actuar de los funcionarios de todos los niveles y jerarquías.

Los objetivos preconizados por el Estado constitucional y social de Derecho, distan de una simple formulación retórica y demagógica. Se busca que la Administración Pública esté más cerca del particular, asistiéndolo, orientándolo, en respeto de sus derechos humanos; estimulando a la empresa privada, exigiéndoles a cada actor social el cumplimiento de sus obligaciones; pero también asegurando los derechos y garantías que corresponden a unos y otros⁵.

De todos modos, esa manifestación de legalidad en el acto administrativo, no siempre es pacífica porque, además, revela vacíos y puntos no tan coincidentes en los diferentes ordenamientos jurídicos, como los aquí reunidos en la hermosa República Dominicana, razón por demás propicia para felicitar a la Organización por escoger este tema central y siempre palpitante del Derecho Administrativo.

3. Concepto de acto administrativo según la doctrina

Así como la sentencia, la ley, el contrato privado y el público, el acto administrativo está ligado a la teoría general de los actos jurídicos; pero como es de esperarse, por la particular función que desempeña dentro del ordenamiento jurídico, con matices especiales y rasgos definidores propios. Aquí debemos colocar de relieve el carácter excepcional que dentro de las

⁵ Cf. **SHEFFER TUÑÓN**, Javier Ernesto. El acto administrativo y su configuración esencial como fuente del Derecho, en “El acto administrativo como fuente del Derecho Administrativo en Iberoamérica”, Editorial Congrex, S.A., VIII FIDA, Panamá, 2009, pp.576.

reglas del derecho común supone y en la práctica se materializa, un modo de ser distinto del Derecho Administrativo, esencialmente desde sus inicios producto pretoriano de la jurisprudencia, que hoy todavía mantiene apreciable influencia, sobre todo en ordenamientos jurídicos que no poseen una tradición de cultivo del iusadministrativismo. Este ámbito del quehacer jurídico, en la connotación de sus fuentes, refleja el sentido de estas palabras.

Para Vidal Perdomo, la importancia que dentro del Derecho Administrativo ha tenido el acto administrativo es similar a la que en derecho privado tuvo el negocio jurídico⁶.

Libardo Rodríguez al igual que otros destacados profesores, reseña que “...los actos unilaterales son considerados como los actos típicos de la administración y del derecho administrativo. Es así como existe un régimen jurídico para los actos unilaterales y una reglamentación especial para los contratos de la administración.”⁷

Julio Rodolfo Comadira sostiene que la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (LPA) ha acogido la noción amplia de acto administrativo, y no obstante el régimen jurídico que cada especie pueda asumir, incluye no sólo los “actos unilaterales individuales” sino los “unilaterales generales” y los “bilaterales.”⁸

Este mismo autor, también dentro del marco dogmático de la LPA, afirma que “es posible concebir el acto administrativo como una declaración emitida por un órgano estatal, o un ente público no estatal, en ejercicio de la función administrativa, bajo un régimen jurídico exorbitante, productora de efectos jurídicos directos e individuales respecto de terceros.”⁹

Para Flores Dapkevicius, por acto administrativo se entiende “toda manifestación de voluntad de la Administración que produce efectos jurídicos. Implica un proceso intelectual, una expresión de voluntad del emisor... La idea debe provenir de la Administración. Esto es toda autoridad estatal actuando en

⁶ Cf. VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Administrativo, Editorial Legis, 12ava edición, Primera reimpresión, Colombia, 2005, p. 238.

⁷ RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho Administrativo (General y Colombiano), Editorial Temis, S.A., Decimoquinta edición, Bogotá, 2007, p.280.

⁸ Cf. COMADIRA, Julio Rodolfo. La anulación de oficio del acto administrativo (La denominada cosa juzgada administrativa), Segunda edición actualizada, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1998, p. 248.

⁹ COMADIRA, Julio Rodolfo. Derecho Administrativo (Acto administrativo, procedimiento administrativo, otros estudios), Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 25.

ejercicio de función administrativa. Es decir, los actos administrativos nacen del ejercicio del poder ético en su función administrativa.”¹⁰

La Administración se presenta frente a los particulares prestando servicios públicos, adquiriendo bienes, construyendo obras, concediendo autorizaciones para el uso del dominio público o simplemente imponiendo multas por la infracción de normas legales o reglamentarias con posibilidad de hacerlas efectivas por sí mediante la autotutela administrativa, fundamentalmente en los países de tradición francesa o que han recibido su influencia como Panamá. Es un fenómeno complejo, y dice relación directa con actos administrativos de gran relevancia para cumplir los cometidos de la función administrativa del Estado, sujeta al principio de legalidad que procede de la Constitución, esto es, a través de la actividad reglamentaria y de actos individualizados.

4. Definición de acto administrativo según la Ley nacional. Rasgos identificadores

Antes de la Ley 38, de 31 de julio de 2000, cuyo libro segundo regula el procedimiento administrativo general, no existía en Panamá un concepto de acto administrativo definido legalmente. El artículo 201, numeral 1, del Glosario, contiene una acepción bastante completa de lo que en nuestro derecho positivo se entiende como tal:

“Artículo 201…

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”.

...
...
..."

La definición jurídica permite percibir algunos matices destacables:

¹⁰ FLORES DAPKEVICIUS, Rubén. Manual de Derecho Público (Derecho Administrativo), T. II, Editorial IB de F, Argentina, 2007, pp. 135-136.

1. El acto administrativo emana de la Administración Pública, en su sentido lato, que comprende a todas las entidades del Estado independientemente de la rama u órgano del poder público a la que estén adscritos o de la cual dependan; con tal que sean emitidos durante el ejercicio de una función administrativa.
2. Incluye las *declaraciones unilaterales de voluntad* de la Administración y sus funcionarios, al igual que los *acuerdos de voluntades* (contratos), ya sea entre un particular y la Administración o entre dependencias de ésta.
3. El acto generado tiene como propósitos crear, modificar, transmitir o extinguir una relación jurídica que en algún aspecto queda regida por el Derecho Administrativo.

Sobre el segundo punto anotado, comparto con Flores Dapkevicius, que “la existencia de un régimen jurídico relativamente especial para los actos y los contratos administrativos no invalida que éstos pertenezcan al género acto administrativo. Es decir que existe el género acto administrativo y las especies acto administrativo, en sentido estricto, y contratos administrativos.”¹¹

En nuestro ordenamiento jurídico público únicamente pueden manifestar su voluntad creadora de actos administrativos los organismos y funcionarios estatales, en ejercicio de una función administrativa. Los particulares no pueden dictar o expedir este tipo de actos jurídicos¹². Situación distinta bajo el amparo de las normas pertinentes sucede en Colombia y Argentina, por citar dos ejemplos, en que particulares investidos de facultades afectantes de

¹¹ **FLORES DAPKEVICIUS**, Rubén. Op. Cit., p. 136.

¹² Según el profesor istmeño José Carrasco, en ponencia sobre “Control de Legalidad en Panamá”, expuesta en agosto de 2002, Jornada de actualización en Derecho Administrativo, organizada por la empresa Sistemas Jurídicos, S.A.: “Los actos que se adopten dentro de los organismos no gubernamentales, tales como Sindicatos, Cooperativas, Colegios gremiales, Centros de docencia privada, que violen sus propios estatutos o derechos humanos reconocidos en la legislación panameña, no son impugnables ante la jurisdicción administrativa. La exclusión de los actos, que se entienden privados, no se justifica en estos tiempos de privatización y de cambios en el concepto y modo de prestación de los servicios públicos; pues esos actos tienen una trascendencia social, si los mismos aplican discriminación social, denegación de derecho de defensa o atentan contra garantías constitucionales reconocidas en nuestro país”. Esta opinión que comparto abona a que se abra el compás mediante la reforma constitucional, para prever este tipo de supuestos que ocurren con mucha frecuencia, que en la práctica generan indefensión y deniegan el acceso a la tutela judicial efectiva.

derechos de terceros, emiten actos administrativos que son susceptibles de control por el Juez administrativo, caso de las personas públicas no estatales, como los colegios profesionales.

Es claro que cuando los administrados contratan o pactan con el Estado ayudan a la formación de la voluntad administrativa, en este caso no de carácter unilateral, sino bilateral; pero en modo alguno podemos buscar la esencia en la generación de ese carácter obligatorio y los efectos jurídicos del contrato o acuerdo, en la voluntad del cocontratante del Estado.

Cuando el particular participa de la contratación pública coadyuva y colabora con la gestión oficial¹³, en la prestación del servicio, construcción de la obra, suministro de bienes u otros rubros que la colectividad requiere, mas no con la impronta de emisor de un acto administrativo de carácter contractual. Esto sin perjuicio de que adquiera la calidad de parte en el respectivo contrato.

Los entes públicos por el solo hecho de tener la obligación de prestar servicios, o en su caso, fiscalizar aquellos otorgados en concesión a particulares o a otros entes oficiales, dictan reglamentos basados en la Constitución y la Ley.

Los reglamentos son una emanación de la voluntad unilateral “general” de la Administración, para cumplir de mejor manera sus tareas asignadas en la Ley.

Considero que al referirnos al regulador sectorial este tema presenta en la realidad nacional una situación tan amplia que colisiona con las normas constitucionales vigentes (tanto con su texto como su espíritu), entre otras razones, porque el proceso globalizador y la desregulación arribaron de pronto -de modo insurgente-, y durante la secuela de un tiempo postinvención estadounidense en nuestro territorio, sin haberse hecho, previamente (mora que subsiste), las modificaciones a la Carta Magna debidas, como incluir la facultad reglamentaria de los entes reguladores.

¹³ Para Carlos Labaure Aliseris ello “obedece al cumplimiento de los fines del Estado, que hace necesaria la participación de los particulares, ya que la Administración que recurriera solo a los actos unilaterales es concebible en un Estado liberal en que su actuación se limita a la ejecución de la ley en los casos de seguridad y orden público, pero no en el Estado social cuya ampliación de fines hace necesaria la participación de los particulares”. **LABAURE ALISERIS**, Carlos. La Contratación administrativa en Uruguay, en “Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo”, T. II, Coordinación Víctor Hernández-Mendible, Ediciones Paredes, Caracas, 2009, p. 1112.

Según la Constitución, las tareas de dirección, inspección, conservación de los servicios y del orden público están asignadas al Órgano Ejecutivo.¹⁴

No existe texto constitucional que la establezca, a favor de los entes sectoriales¹⁵, y de esa inadecuación del Texto Fundamental a los hechos, se producen efectos sentidos por los usuarios de los servicios públicos (electricidad, libre mercado en la adquisición de bienes y servicios, encarecimiento de los alimentos, combustibles, por la vuelta a la “mano invisible de Adam Smith”), en el festín de los bienes de uso y dominio público (islas y ríos caudalosos), en muchos de los casos con restricciones al acceso a las playas a los ciudadanos que han sido “dadas” en concesión administrativa, en pro de la “industria del turismo”.

Esto se explica porque es casi nula la efectividad del regulador sectorial para enfrentar las crisis por las subidas recurrentes de precios de los combustibles, electricidad, alimentos y servicios como el transporte público de pasajeros, y en general de un proceso inflacionario descomedido, mientras que ni los sueldos ni los salarios ni las pensiones jubilatorias, se ajustan a las alzas, porque no existe el instrumento de la indexación.

5. Elementos del acto administrativo

Ya hace una década que Panamá cuenta con la Ley de procedimiento administrativo común o general mencionada, en la que tras la definición de acto administrativo, sugerencia que atinadamente hiciera en su día el profesor Julio Comadira a la Comisión redactora del anteproyecto de Ley, se mencionan los elementos esenciales o requisitos del acto administrativo. La simple lectura de dichos elementos advierte que están destinados a revestir la actuación de la Administración en cuanto afecte derechos de particulares, de contenido jurídico y no de hecho.

Estos elementos caracterizadores del acto administrativo individual, son imperativos a tenor de la Ley, ya que ésta determina que “Todo acto administrativo deberá formarse respetando sus elementos esenciales”, que son:

¹⁴ Cf. Arts. 183, numeral 2; 184, numerales 8, 10 y 14, de la Constitución vigente.

¹⁵ Véase para el caso argentino, el artículo del profesor Perrino: Reflexiones sobre las facultades normativas de los entes reguladores de los servicios públicos en el derecho argentino, en “Desafíos del Derecho Administrativo Contemporáneo”, T. II, Coordinación Víctor Hernández-Mendible, Ediciones Paredes, Caracas, 2009, pp. 707-716.

1. **Competencia**, salvo que ésta sea delegable o proceda la sustitución;
2. **Objeto**, el cual debe ser lícito y físicamente posible;
3. **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;
4. **Causa**, relacionada con los hechos, antecedentes y el derecho aplicable;
5. **Motivación**, comprensiva del conjunto de factores de hecho y de derecho que fundamentan la decisión;
6. **Procedimiento**, que consiste en el cumplimiento de los trámites previstos por el ordenamiento jurídico y los que surjan implícitos para su emisión; y,
7. **Forma**, debe plasmarse por escrito, salvo las excepciones de la ley, indicándose expresamente el lugar de expedición, fecha y autoridad que lo emite.¹⁶

De lo anterior se extrae que la competencia, objeto, finalidad, causa, motivación, procedimiento y forma, son componentes trascendentales del acto. A continuación me refiero a algunos de éstos por sus implicaciones legales e incidencia sobre los derechos de los particulares.

5.1. La competencia discrecional¹⁷ como factor que dificulta el cumplimiento de la legalidad administrativa en la formación del acto de contenido individual, caso especial de la destitución de funcionarios que no gozan de fuero

Algunos de los requisitos mencionados son obviados no sólo en aquellos actos que atañen a los derechos de terceros o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico; sino con más razón, en los de contenido individual

¹⁶ Art. 201, numeral 1 de la Ley 38 de 2000. Este numeral aparece tal cual fue modificado por el artículo 2 de la Ley 45, de 27 de noviembre de 2000. Vale decir que del numeral 1, artículo 201, sólo se reformó o sustituyó la palabra “ilícito”, erróneamente colocada, por la palabra “lícito”, toda vez que es evidente que el objeto de todo acto administrativo debe ser lícito.

¹⁷ Acojo la definición que de discrecionalidad brinda el autor Pertile, quien con afable sencillez define esta compleja figura del Derecho Administrativo, afirmando que es “la modalidad de la actividad administrativa pública que expresa el juicio prudente de la autoridad en el ejercicio de la competencia a ella otorgada, con el fin de elegir dentro de ciertos límites y entre distintas alternativas legales, la más justa, oportuna y conveniente, para satisfacer cualquier necesidad relacionada con el interés público”. PERTILE, Félix Alberto, Estudios de Derecho Administrativo, Editorial Advocatus, Córdoba, 1998, p. 55.

dictados bajo el amparo de facultades discrecionales de la Administración. Aquí el mérito y la oportunidad, rebasan los preceptos básicos de la justicia, es el caso de la destitución de funcionarios no amparados por la Ley de carrera administrativa, por otra carrera pública o por una Ley especial que le confiera estabilidad en el cargo, y que por tanto se les clasifica como de libre nombramiento y remoción.

Entiendo que el proceder de este modo en las últimas dos décadas¹⁸ ha sido estimulado por la jurisprudencia de la Sala Tercera, que no aplica el artículo 300 de la Constitución, norma que ha sido interpretada por varios juristas como reconocedora de un fuero de estabilidad a favor de los servidores estatales; pero que es desconocida o violada flagrantemente por la autoridad nominadora que expide el acto de remoción, el cual al ser sometido a revisión ante el control de legalidad, generalmente, es declarado no ilegal por la Sala Tercera¹⁹.

Detrás de las destituciones se perciben móviles políticos por espacios en la planilla estatal, especie de botín velado constante de los partidos políticos que participan cada cinco años en Alianzas, para alcanzar la Presidencia de la República y otros cargos de elección popular, lo cual advierte la configuración de un vicio de invalidez de dichos actos de destitución, por desviación de poder, es decir, por contravenir la finalidad ajustada a la Ley y al derecho, dando la apariencia, en el fondo ficticia, de ser un dictado obedecedor de la

¹⁸ Período al que políticamente se le ha identificado como de “vuelta a la democracia”, luego de la defenestración por las tropas norteamericanas, en 1989, del gobierno autoritario de Manuel Antonio Noriega.

¹⁹ Justificada es la opinión jurídica de aquellos que así los sostienen porque la norma constitucional preceptúa que “Su nombramiento y remoción -de los servidores públicos- no será potestad absoluta y discrecional de ninguna autoridad, salvo lo que al respecto dispone esta Constitución”, y de seguido incluye que “la estabilidad en sus cargos estará condicionada a su competencia, lealtad y moralidad en el servicio”.

No obstante la claridad meridiana de este precepto superior ha sido más el peso del ingenio y los subterfugios jurídicos de la Administración, concretamente del ente nominador, que hasta ahora no ha encontrado reparo en el Tribunal que ejerce la jurisdicción contencioso administrativa, ya que, contrario a lo que establece ese texto, ésta ha encontrado en el principio de reserva legal previsto en el 302 ibidem para establecer su jurisprudencia, en el sentido que los deberes y derechos de los servidores públicos así como los principios para entre otras cosas, proceder a su nombramiento o destitución, “serán determinados por la Ley”. Con esta invocación se ha llegado a la injusticia de desconocer salarios caídos a funcionarios que destituidos y luego logrado su reintegro, si la Ley no establece ese pago, no se les restablece el derecho, pese a que la acción entablada haya sido la de **plena jurisdicción**, vigente todavía en nuestro sistema contencioso. La falta de razonabilidad de dicha jurisprudencia reviste excesos que colindan con la extralimitación de funciones, esto es, en el delito, ya que es una tesis contra legem.

Ley. Todo esto desdice de la facultad discrecional ejercida, que no es arbitrariedad, y de la razonabilidad que importa el concepto de justicia.

De esta manera la falta de conciencia del valor que para la democracia constituye el respeto de las carreras públicas, gravita en la violación abierta de los móviles o finalidades que inspiran un acto administrativo como el de destitución, que ha de apoyarse en la conveniencia administrativa, en el objetivo disciplinario para preservar la correcta marcha de la institución, así como en la calidad del servicio prestado a la población; sin embargo, la opción por la reducción abrupta de recurso humano sustituido, genera inconsistencias que se reflejan en el servicio, ya que aquel personal en muchas ocasiones, se sustituye por otro sin experiencia, cada 5 años²⁰.

6. Perfeccionamiento, validez y eficacia del acto administrativo

El acto administrativo para que sea perfecto o regular debe cumplir con los requisitos que son de su esencia, sobre todo si afectan derechos subjetivos de los particulares. Este tipo de acto para que sea eficaz requiere que se notifique al interesado legalmente.

Tratándose de un acto reglamentario requiere ser publicado para que surta efectos contra terceros o erga omnes, salvo que su texto disponga que rijaa para fecha distinta a la de su publicación o promulgación en la Gaceta Oficial, u otro medio lícito para este cometido.

Mediante Ley 53 de 2006 se crea la Gaceta Oficial digital, que posee igual valor probatorio que el texto impreso. Ésta es una muestra de la búsqueda de medios que ayuden a la eficiente divulgación de diversos actos de interés jurídico para los asociados; y contribuye a hacer más asequible la presunción de derecho conforme a la cual la Ley se presume conocida por todos y una vez publicada su ignorancia no sirve de excusa.

²⁰ Hasta octubre del año 2011, se estima que son cerca de 25,000 servidores estatales los que han sido destituidos, desde la toma de posesión del gobierno nacional de turno, que inició funciones el 1 de julio de 2009. La expedición de la Ley 34 de ese año es una clara muestra del irrespeto a las carreras públicas, especialmente la administrativa, toda vez que la ley suprimió acreditaciones a este sistema con efecto retroactivo hasta el 30 de junio del año 2007, y se autodenominó de orden público e interés social, que es el requisito que establece la Constitución para que las leyes puedan tener efectos ex tunc (además del principio general penal de que la Ley favorable al reo de delito puede ser retroactiva y tendrá siempre preferencia). Cf. nuestro artículo La Razonabilidad como principio de interpretación y aplicación del Derecho.

En este punto no veo obstáculo para el principio general del Código Civil, ya que donde existe identidad de razón debe aplicarse la misma disposición, por lo que la presunción de pleno y absoluto derecho utilizada para la Ley votada por la Asamblea, según la que la Ley se presume conocida por todos, cobra sentido real cuando esa Ley, ya sea formal o material, es publicada, esparciendo así en la comunidad la legitimidad de sus efectos jurídicos, para que no sólo entre en vigencia (que es una validez técnico formal) sino que sea aplicable en la realidad (es decir, sea eficaz su cumplimiento por los asociados, inclusive por la autoridad que debe cumplir ella misma y hacer cumplir sus "postulados normativos").

6.1. Procedimiento

Lo ideal es que exista un instrumento procesal, Ley general o común de procedimientos administrativos o de procedimientos administrativos específicos (tributario, de selección de contratistas con el Estado, para la concesión de minas, puertos, forestal, explotación del espectro radioeléctrico, telecomunicaciones, etc.), que fije el marco o cauce, con los principios y garantías procesales, por el que habrá de discurrir la voluntad administrativa antes de la emisión del acto individualizado o concreto, fenómeno en que el particular se presenta como un colaborador de la gestión pública, para que se cumpla en debida forma la función administrativa del Estado.

De manera ilustrativa lo establece la Ley Fundamental de España al prever que la Ley regulará "El procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia al interesado."²¹

Nuestra Ley de procedimiento general así lo establece en varias de sus normas, especialmente el artículo 34, que viene a fijar sin dudas la obligatoriedad de que este tipo de procedimiento se siga conforme al debido proceso, que a rasgos generales exige que al particular se le otorguen las garantías de ser oído (aun mediante un apoderado legal), de ofrecer y producir pruebas lícitas, de alegar antes de la decisión, de que se dicte un acto provisto de motivación, y la posibilidad de interponer los recursos que el ordenamiento establece para atacar la decisión).

²¹ Art. 105, literal c.

En Panamá, el concepto de conformidad con los “trámites legales”, del artículo 32 de la Constitución, señala el camino por el que debe discurrir la voluntad oficial en el tema de procedimiento, y ello dice relación con el debido trámite, aplicable a todo tipo de procesos, como lo ha dicho en múltiples ocasiones la Corte Suprema de Justicia, en materia de constitucionalidad (demandas de amparo y de inconstitucionalidad).

6.2. Presunción de legitimidad y ejecutoriedad del acto administrativo.

Insubsistencia del artículo 15 del Código Civil

Los actos administrativos de contenido individual y los reglamentarios se presumen legales. Ésta es una prerrogativa común de los actos de autoridad para la buena marcha de la gestión pública, que tiene como predicado el interés público. No obstante, esta presunción es rebatible por ser “*iuris tantum*”.

La presunción de legalidad o legitimidad viabiliza el ejercicio de la autotutela administrativa, por la que la Administración por sí y ante sí, sin necesidad de la asistencia de un tribunal jurisdiccional, puede ejecutar ella misma las sanciones que imponga contra un particular, hacer efectivo el pago de obligaciones, como los tributos, e imponer restricciones a los asociados (decreto de tránsito) aun contra la voluntad de éstos.

Otro factor relevante del acto administrativo de contenido individual es que entre su emisión formalizada cumpliendo con todos los elementos esenciales que describe la Ley 38 de 2000, en su artículo 201, numeral 1, ha de quedar ejecutoriado (en firme) dentro de un breve término (de cinco días según la regla), luego de su notificación al interesado, que le permita a éste articular su defensa en caso que desee rebatirlo mediante los recursos que permite la Ley.

El Reglamento queda subordinado a la Constitución y a la Ley, y su declaratoria de invalidez está reservada a la justicia; aunque, mientras ello no se produzca, opera la presunción *iuris tantum* de legitimidad predictable a todo acto de autoridad dentro de un régimen de Derecho, que determina su aplicación obligatoria por la autoridad y su cumplimiento por los particulares destinatarios de sus efectos.

Hay quien como Durán Martínez en el Derecho uruguayo ha sugerido la no necesidad de esta presunción a favor del acto administrativo, acusándola de

favorecer la “arbitrariedad administrativa en detrimento de los derechos humanos”, y que la sola existencia de un sistema de control jurisdiccional de la Administración que habilite al juez a anular un acto administrativo ilegítimo presupone por parte del Derecho el desconocimiento del principio de presunción de legitimidad de los actos administrativos.²²

Estas consideraciones están imbuidas de un sentido de justicia y de verdadera igualdad ante la Ley. No es posible que el accionar de la Administración esté amparado entre otras prerrogativas de la asunción de que sus acciones u omisiones son conformes a derecho, trasladando la carga de probar, verdaderamente onerosa y patentizadora del desequilibrio procesal, a quien ha sido afectado por esa Administración.

Estimo que el interés general como estándar de interpretación o ficción que cobija el actuar administrativo, no debe servir de lastre para justificar la presunción cuestionada, o en otras palabras, que morigerar la presunción o en último grado eliminarla, sería un atentado contra el interés público o la buena marcha de lo público, toda vez que es un contrasentido tener a la persona humana como centro principal de la gestión de calidad de los servicios estatales, y una vez damnificada por la acción u omisión ilícita (silencio administrativo por ejemplo) colocarla en un desequilibrio procesal que trascurre no sólo una posición de privilegio para el ente público; sino la connotación engañosa y disonante de que la Administración es la parte débil del conflicto procesal.

El artículo 15 del Código Civil se reputaba como la norma básica de este efecto obligante de los actos emanados de las autoridades administrativas, al establecer el principio según el cual “los 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”. No obstante, a mi juicio, esta norma ha quedado insubsistente, porque el artículo 46 de la Ley 38 de 2000 regula la misma materia y es una Ley posterior.

Ciertamente que esta disposición ha sido realmente mejorada por la Ley 38 de 2000, que prácticamente la reproduce; sin embargo, con una precisión y

²² Cf. **DURÁN MARTÍNEZ**, Augusto. Estudios de Derecho Público, Vol. II, Montevideo, 2008, pp. 247,248,251.

nitidez necesarias para garantía de los asociados o particulares susceptibles de una sanción administrativa, partes en un procedimiento de esta naturaleza o alguna medida (acción u omisión) de la Administración capaz de lesionar sus derechos o intereses legítimos.

Y es que el artículo 46 aclara que "...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".

La salvedad de que los actos de contenido individual de la Administración Central o Descentralizada adquieran previa firmeza para que surtan efecto obligatorio de carácter inmediato, es una precisión jurídica necesaria que omitía el antiguo artículo 15 del C. Civil, porque, en caso contrario, no tendría razón de ser el derecho de defensa dentro del procedimiento administrativo, una de cuyas formas de articulación es por medio del ejercicio de los recursos legales para enervar los efectos "perniciosos" del acto contra el interesado. Garantía procesal que sería ilusoria, si el acto administrativo, una vez expedido, quedase ejecutoriado instantáneamente, sin antes haber sido puesto en conocimiento o notificado formalmente al interesado, por los medios lícitos que permite el proceso administrativo.

La firmeza o carácter ejecutorio del acto de contenido individual sólo puede ser entendida si el interesado ha dejado precluir la oportunidad procesal para impugnarlo o, que ejercido el derecho, el recurso fuera resuelto expresamente, o bien, ocurriera el denominado silencio administrativo negativo, a causa de la no resolución expresa de la reconsideración y/o apelación por la autoridad competente.

La nueva norma es técnicamente superior a la de la Ley Civil, por cuanto no incurre en la imprecisión de catalogar a los actos ejecutivos del Gobierno como exclusiva emanación de la potestad reglamentaria, y es que no todos los actos de la Administración, aunque procedan del Gobierno Central, son emanación de esa potestad reglamentaria. El artículo 46, comparte con su antecedente un error común, y es que ambos emplean la terminología

“Gobierno Central” en vez de “Administración Central”, cuyas diferencias a nivel jurídico y doctrinal son ampliamente conocidas.²³

Esto tiene asidero en la atribución constitucional del Órgano Ejecutivo de reglamentar las leyes que lo requieran para su mejor cumplimiento, sin apartarse de su texto ni su espíritu; sin embargo, los actos administrativos de contenido individual en firme, no son “expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria” del ejecutivo, como equivocadamente señalaba el artículo 15 del C. Civil.

7. Vicios del acto administrativo

Los vicios del acto administrativo están directamente relacionados a la violación del ordenamiento jurídico²⁴. Esos defectos en su formación impiden que pueda ser tomado como un acto regular. Los vicios de que adolecen los actos administrativos debe fijarlos la Ley (la Constitución hace lo propio en algunos supuestos), tal como lo prevé el artículo 51 de la Ley 38 de 2000.

La fuerza de los hechos y la influencia doctrinaria, impulsan a que la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, haya estimado que los actos administrativos también pueden violar los principios generales del derecho, tal es el caso de la buena fe, que se basa en la confianza legítima entre Administración y el particular. Éste acude ante ella no para recibir respuestas que desconocen el sentido de justicia mediante actos arbitrarios, sino que se reconozca, cuando hay lugar, el derecho solicitado o reclamado.

Del mismo modo, el particular tiene prohibido aportar datos falsos o que induzcan a la Administración a error, con el fin de obtener los resultados de su interés.

El artículo 52 de la Ley 38 de 2000, contiene los supuestos por los que un acto es absolutamente nulo, además de regular en otras de sus

²³ El propio artículo 201, numeral 8, de la Ley 38 de 2000, sustrae del concepto de **Administración Pública**, la labor de **Gobierno** del Órgano Ejecutivo, porque ésta “es una actividad netamente política”. Luego, el Órgano Ejecutivo, tiene como misión esencial administrar, “gerenciar” el poder público, para obtener los fines que emanan del concepto de Estado de Derecho, principalmente, el “bien común”. En la práctica, con mucha regularidad se aplica indistintamente el concepto de Gobierno al de Administración, obviando, inconscientemente, la etimología *ad-ministrare*, que es *servir a*; mientras que gobierno refleja un contenido autoritario, de jefatura o directivo. Esto es sin perjuicio que la Administración tiene como director político al Gobierno.

²⁴ Resulta de interés recordar el artículo 5 del Código Civil conforme al que: “Los actos que prohíbe la Ley son nulos y de ningún valor, salvo en cuanto ella misma disponga otra cosa o designe expresamente otro efecto que el de la nulidad para el caso de contravención”.

disposiciones lo referente a la anulabilidad del acto, que en nuestro derecho implica un vicio pero subsanable, porque es de nulidad relativa, por lo que ha de ser invocado dentro del proceso por quien alegue afectación, o bien puesto en conocimiento de las partes por la autoridad antes de decidir.

Los vicios de nulidad absoluta del acto administrativo son los siguientes:

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, condonen o sancionen por un tributo fiscal, un cargo o causa distintos de aquéllos que fueron formulados al interesado.

Como vicios de nulidad relativa se contemplan “cualquier infracción del ordenamiento jurídico”, se entiende que fuera de los casos antes indicados, y la desviación de poder (Art. 53). Esto marca un cambio con la regulación anterior, ya que la Ley orgánica de la jurisdicción contencioso administrativa que data de 1943, en su artículo 26, preveía esta figura como causal de nulidad absoluta del acto.

La doctrina ha discutido la posibilidad de desaplicación de un reglamento que adolezca de ilegitimidad manifiesta. Es el caso planteado por Comadira, en el Derecho argentino, según el cual es obvio que un acto que padezca de una invalidez manifiesta y, además grave, no puede presumírselo legítimo ab initio si la evidencia del vicio fue inicial, o bien desde que dicha evidencia se configura. Por lo mismo, la presunción de validez no puede ser predicada respecto de los actos anulables, cuya anulación judicial, de ser exigible, es promovida por la Administración. La carencia de presunción de legitimidad del acto y, por ende su invalidez manifiesta, “habilitan su incumplimiento”²⁵.

En Panamá, la Sala Tercera ha dicho que sólo ella al igual que las demás Salas de la Corte Suprema pueden dejar de aplicar un reglamento que se exhibe como ilegal, opinión que, por lo menos para las Salas distintas a la Tercera de la Corte, desde la vigencia del artículo 73 de la Ley 38 de 2000, es

²⁵ COMADIRA, Julio Rodolfo. Derecho Administrativo (Acto administrativo, procedimiento administrativo, otros estudios), Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, pp. 75-76.

cuestionable, ya que esta norma se encarga de establecer el contencioso de advertencia de ilegalidad de una norma reglamentaria aplicable dentro del proceso (cuando lo insta una parte del procedimiento) o la consulta de ilegalidad sobre una disposición del mismo tipo (cuando es la propia autoridad encargada de decidir el procedimiento administrativo), para ante el Contencioso Administrativo, que tiene competencia “privativa” para resolver sobre la invalidez de los actos administrativos.

Es una figura novedosa por medio de la cual se establece un control preventivo “incidental”, sobre la legalidad de normas reglamentarias llamadas a fundamentar la decisión de la causa administrativa.

8. Tipos de actos administrativos

Ya hemos visto, que según la definición legal de acto administrativo, éste puede consistir en una declaración de voluntad unilateral o bilateral de la Administración, para crear, modificar, transmitir o extinguir relaciones jurídicas que en algún sentido son regidas por el Derecho Administrativo.

De lo dicho resulta que los actos pueden ser unilaterales o bilaterales, y cabe la posibilidad que esta definición recoja actos “**unilaterales individuales**” (como los de contenido concreto o singular, que reconocen derechos subjetivos), los “**unilaterales generales**” (Reglamentos) y los “**bilaterales**” (Contratos públicos).

La jurisprudencia ha dicho que los Reglamentos, a su vez, pueden ser de tres clases en nuestro sistema: los de ejecución de las leyes, los independientes o autónomos y los de necesidad o urgencia.²⁶

El viejo Código Administrativo establece que “Los actos de los empleados, de carácter general, se denominan decretos; los de carácter especial, resoluciones.”²⁷

Esta norma parece establecer una denominación del acto de conformidad con su carácter y efectos frente a terceros; aunque con regularidad la Administración emite actos de contenido individual no mediante “Resoluciones” sino a través de “Decretos”, y también se aprecia

²⁶ Sentencia de 18 de abril de 1997. Pleno. Corte Suprema. Rafael Murgas Torrazza demanda la inconstitucionalidad de varios artículos del Decreto Ejecutivo No. 160, de 7 de junio de 1993, que expide el Reglamento de Tránsito vehicular de la República de Panamá. MP. Arturo Hoyos. El precedente de la Sala Tercera es la sentencia de 29 de octubre de 1991.

²⁷ Cf. Artículo 550.

que materia de contenido normativo es incluida en meras “Resoluciones”. Tal como lo hacen, profusamente, los entes reguladores o sectoriales.

La Ley de procedimiento administrativo común establece también el concepto de “Resolución”, concibiendo esta clase de acto administrativo como aquel “...debidamente motivado y fundamentado en derecho, que decide el mérito de una petición, pone término a una instancia, decide un incidente o recurso en la vía gubernativa.”

Tal concepto de resolución administrativa es importante porque regula los requisitos de forma que debe reunir este acto administrativo. Ha de ser identificado con un número, fecha de expedición, nombre de la autoridad que lo emite y un considerando explicativo de los criterios que lo justifican. La parte resolutiva o dispositiva debe contener la decisión, así como los recursos que proceden en su contra, fundamento de derecho y firma de los funcionarios responsables.

En el régimen local el Consejo Municipal puede emitir Acuerdos Municipales para regular la vida jurídica en el respectivo territorio o municipio.²⁸ Los reglamentos así dictados son de obligatorio cumplimiento en el territorio municipal, al igual que los decretos o resoluciones de alcance general que dicte el Alcalde.²⁹

Cabe tener presente que algunas materias no pueden ser objeto de regulación por vía de un Reglamento, y que esto se traduce en que la potestad reglamentaria posee límites. En nuestro orden legal se ha establecido por imperio de la Constitución, en seguimiento de la cláusula de *reserva legal* y otras veces por declaración jurisprudencial, que el Reglamento no puede incidir o regular ciertos temas.³⁰

8.1. La actividad normativa y jurisdiccional de la Policía

²⁸ La Constitución denomina “*acuerdo municipal*” al acto que adopte el Municipio para eximir del pago de derechos, tasas o impuestos locales (Cf. Art. 248).

²⁹ Cf. Arts. 51 y 68 de la Ley 106, de 8 de octubre de 1973, que dicta el régimen municipal.

³⁰ Sobre el particular abordé los límites de la potestad reglamentaria en Relación jurídica entre la Ley y el Reglamento en el sistema jurídico panameño, según decisiones jurisprudenciales expresas de la Sala Tercera de la Corte Suprema, en “VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo…”, Colombia, Universidad Externado, 2007, pp. 797-800.

La potestad reglamentaria ha sido reconocida legalmente a la Policía y la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo se ha pronunciado al respecto. Dicha potestad reglamentaria se aprecia en el artículo 858 del Código Administrativo, conforme al que pueden dictar disposiciones de “policía especial”, es decir, para que rijan en determinadas poblaciones,³¹ los Consejos Municipales, por medio de acuerdos, y los Gobernadores y Alcaldes “por medio de los reglamentos que dicten para la ejecución de las leyes y acuerdos.”

El Art. 856 del Código Administrativo prevé al respecto que “La Policía protege y *obliga de la misma manera a todos* los que habiten en el territorio de la República”, sin perjuicio de lo que establezca la Constitución, las leyes y los tratados internacionales.

Existe un control judicial parcial o incompleto de la Sala Tercera de la Corte Suprema que contribuye a que la revisión de la legalidad de las actuaciones de la Policía sea prácticamente inexistente, ya que los actos derivados de juicios de policía civil o penal (correccional), que constituyen la mayoría, no son susceptibles de control por el contencioso administrativo.³²

A esto se añade la falta de una estructura jurisdiccional con juzgados y tribunales contencioso-administrativos de instancia, para que conozcan de estos asuntos, que obviaría la necesidad de ser ventilados ante la Sala Tercera de la Corte.

Por razón de una ficción jurídica abonada por numerosos precedentes de la Sala Tercera, los actos que se emiten en este tipo de procesos se reputan “actos jurisdiccionales” y no “actos administrativos.”

El criterio tribunalicio basado en alguna medida en lo que dispone el artículo 28 de la Ley 135 de 1943, apunta a que sólo las actuaciones del Municipio *derivadas del ejercicio de funciones administrativas* pueden ser objeto de demanda ante la Sala Tercera, para que despliegue el ulterior control de legitimidad de éstos y determinar si se ajustan a la Ley o los reglamentos; pero aquellas actividades de policía civil o correccional penal por ser “actos jurisdiccionales” expedidos por autoridades de policía, escapan de la referida fiscalización.

³¹ Cf. Art. 857 ibídem.

³² Cf. Art. 28 de la Ley 135 de 1943, modificada por la Ley 33 de 1946.

Este resquicio ha dado pábulo a las más constantes y reiteradas violaciones a los derechos humanos de los asociados por parte de la Policía, a través de la otrora figura colonial del Corregidor, en otros ordenamientos conocidos como jueces de paz, y que en Panamá, salvo la excepción prevista por la Ley 112 de 1974, es una “justicia administrativa” ejercida por meros legos.³³

Sustraer a los actos de policía penal y civil del control de legalidad como actualmente está, o regularlo fuera de una jurisdicción sistematizada y convenientemente institucionalizada al margen de influencias político partidistas como hoy opera, conlleva impedir que un tribunal especializado y de mayor jerarquía aplique ciertos principios generales en el enjuiciamiento de los asuntos de policía y no se pueda valorar, por ejemplo, aquellos sobre “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 discretionales, violar principios constitucionales consagrados como base entera de la organización social y del orden jurídico.”³⁴

9. Jerarquía del Reglamento y del acto administrativo individual

La Ley que regula el procedimiento administrativo establece una jerarquía entre los instrumentos legales que deben ser aplicados por las distintas Administraciones Públicas, al tiempo que previene la solución ante un posible conflicto de normas. Entre estos instrumentos están las disposiciones reglamentarias.

Estas últimas deben ser acatadas y serán la base normativa para la emisión de actos de contenido individual o actos administrativos que resuelvan un caso concreto, o sirvan de orientación en el quehacer administrativo de los diferentes despachos públicos.

³³ Según la referida Ley 112, de 30 de diciembre de 1974, que regula la administración de justicia de policía en los distritos de Panamá, San Miguelito y Colón (a modo de jueces nocturnos), para ser Juez de Policía Nocturno se requiere título universitario e idoneidad en Derecho (Art. 10); pero inmediatamente esta regla es flexibilizada con la posibilidad de que estudiantes de las facultades de derecho que cursen el último año de la carrera, puedan fungir este tipo de cargo.

³⁴ Cf. BREWER-CARÍAS, Allan. Op. Cit., p. 163. Aquí el autor cita, entre otros doctrinarios, a Eduardo García de Enterría, que teorizan sobre los límites de la discrecionalidad administrativa.

El artículo 35 de la mencionada Ley fija la relación de supeditación del Reglamento respecto de la Ley y de ambos a la Constitución; debe entenderse que los actos administrativos de carácter concreto se ciñen jerárquicamente a lo que establecen la Constitución, la ley y los reglamentos.

Sobre este aspecto, Gordillo asegura, para el caso argentino, que si bien la Ley de procedimiento administrativo (19.549/72) no aborda el punto, considera aplicable el principio conforme al que “toda decisión individual debe ser conforme a la regla general prestablecida”, o sea, que en su opinión existe una jerarquía normativa entre el reglamento y el acto administrativo particular, y afirma además que “tanto el procedimiento general como los procedimientos especiales están regidos por reglamentos por normas generales que serán luego fuentes de los actos particulares de aplicación que se dicten en cada caso.”³⁵

La Administración está obligada a cumplir ella misma las disposiciones reglamentarias que dicte, la violación de los actos o decretos reglamentarios por su emisor es motivo para generar un contencioso de nulidad, con fundamento en el artículo o norma reglamentaria contravenida por aquélla.³⁶

El principio de inderogabilidad singular del acto administrativo, obliga a la Administración a que se supedite y cumpla las normas dictadas al efecto, y no pueda soslayarlas, afectando derechos de terceros.

En el ámbito local, cada Consejo Municipal “puede arreglar los detalles de la Administración sin contravenir a las disposiciones de las leyes.”³⁷ Previsión que es básica y atiende al principio de jerarquía normativa, conforme al que la Ley tiene mayor valor que un “acuerdo municipal”, que es por regla un acto administrativo normativo de alcance local.

10. Estabilidad del acto administrativo generador de derechos y de aquel de efecto normativo

Este punto dice relación con los actos de contenido individual o alcance particularizado que producen una situación jurídica que tienen como titular a una persona, consistiendo este estado jurídico en un derecho que ha de ser protegido por el ordenamiento, y sólo en casos excepcionales la Administración

³⁵ Cf. <http://www.gordillo.com/Pdf/3-9/Capitulo%20IV.pdf>.

³⁶ Cf. Art. 97, numeral 2, del Código Judicial.

³⁷ Cf. Artículo 669 del Código Administrativo aprobado mediante Ley 1 de 1916.

puede desconocerlos, invalidarlos o revocarlos invocando un fundamento legal o razones de interés público comprobados.

Nuestro procedimiento administrativo regula además el tema en cuestión respecto de los actos de contenido normativo, estableciendo la estabilidad y fuerza obligatoria de ambos. El artículo 46 de la Ley 38 de 2000 dispone:

“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.” (Énfasis suprido).

En la esfera de la Administración local o territorial la “sanción, promulgación y ejecución de los acuerdos del Consejo Municipal corresponde al Alcalde del Distrito.”³⁸

11. Extinción del acto administrativo

11.1 De contenido general

Acerca de los actos normativos no existe recurso en la vía administrativa para que proceda su extinción a instancia de parte. Éstos pueden desaparecer del ordenamiento por la voluntad unilateral de la Administración de derogarlos.

No obstante lo anterior, si bien no existe propiamente un recurso para lograr que la autoridad que lo expidió extinga el Reglamento, sí es posible plantear dentro del procedimiento administrativo, antes de la aplicación de la norma reglamentaria que debe servir de base a la decisión, una advertencia de ilegalidad o una consulta con el mismo objeto, por la parte interesada o la autoridad, respectivamente. La advertencia o consulta ha de ser remitida a la Sala Tercera de la Corte, a manera da competencia prejudicial, y ésta si no ha

³⁸ Cf. Art. 672 del Código Administrativo.

habido pronunciamiento anterior sobre la norma reglamentaria cuya validez se consulta, deberá determinar si la misma es legal o ilegal³⁹.

Procede demandar su invalidez total (mediante acción de nulidad), por falta de competencia del ente emisor, o impugnando algunas de sus normas que se estimen ilegales, ante la Sala tercera de la Corte Suprema, que ejerce el control de legalidad. La sentencia que así se dicte produce efectos ex nunc.

Igualmente, es viable la demanda de inconstitucionalidad ante el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, para que ventile el ajuste o no a la Carta Magna de un Reglamento (con prescindencia de la forma que adopte: decreto, resolución, acuerdo, resuelto, etc.) o artículos del mismo, debido al control amplio de constitucionalidad, previsto en el artículo 206, numeral 1, de la Constitución. De ser estimada la demanda, se declararía la invalidez del acto y por ende su extinción del ordenamiento jurídico, con efectos ex nunc.

11.2. Revocatoria de los actos de contenido individual

La figura de la revocatoria como modo de extinción de los actos administrativos que conceden derechos subjetivos a una persona, es regulada en la Ley. Este tema, pese a su trascendencia, no había sido objeto de tratamiento legislativo.

En ausencia de normas para diversos supuestos que se presentasen y fueran objeto de “litigio” ante la propia Administración o ante el contencioso, se daba pábulo a la discrecionalidad administrativa, que derivaba en arbitrariedad.

El derecho histórico nacional habla de la existencia para el caso concreto de las licencias otorgadas a subalternos por los jefes de despacho, de una prohibición conforme a la que, una vez concedida, no podía ser revocada por quien la concedió sin consentimiento del beneficiario (que conservaba el derecho de renunciar a ella a voluntad). Esto en cumplimiento de lo que sobre este punto dispone el artículo 812 del Código Administrativo.

De esta forma de interpretar, la doctrina de la Sala Tercera evocó un “principio de irrevocabilidad del acto administrativo” concedente de una ventaja o derecho a un particular. Derecho o ventaja que una vez en firme adquiere estabilidad, a modo de “cosa juzgada administrativa”, que si bien es relativa,

³⁹ Cf. Art. 73 de la Ley 38 de 2000.

tiene como apoyo el respeto de los derechos, el garantismo, la seguridad jurídica y, a nuestro juicio, la dignidad del ser humano.

Empero se notaba la necesidad de una regulación expresa por vía de Ley, por lo que a través de la Ley 38 de 2000 se incluyeron disposiciones para normativizar las facultades revocatorias de la Administración y, también, anulatorias en sede administrativa⁴⁰, y que sirviesen de límite legal a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, al momento de ventilarse dicho asunto ante sus estrados.

Es así como el artículo 62 de la Ley 38 de 2000, establece los siguientes supuestos que habilitan a la Administración a proceder de oficio a la revocatoria de actos administrativos de contenido individual, esto es, “una resolución en firme en la que se reconozcan derechos a favor de terceros”, a saber:

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.

El sistema panameño carece de la “acción de lesividad” ante la justicia en caso que un acto haya sido expedido irregularmente; no obstante, hoy cuenta con las causales legales para proceder a su revocación motu proprio, para lo que ha de cumplir con el debido proceso legal. En caso que el particular no dé su consentimiento para la revocatoria, que estimamos habría de ser por escrito, la autoridad puede acudir ante la Sala a demandar la nulidad del acto.

Ha expresado la Sala Tercera que la irrevocabilidad del acto, además de relacionarse con la seguridad jurídica, está vinculada al “principio de buena fe en las actuaciones administrativas”, en virtud del cual la Administración no debe proceder de tal modo que genere consecuencias contrarias al querer de

⁴⁰ Sobre las facultades de anulación de la Administración, por motivos consabidos, no vamos a ahondar; empero, la Ley 38 de 2000, permite que en sede administrativa se anule de oficio un acto administrativo concreto, con base en las mismas causales del artículo 62. Además, la regulación de los recursos ordinarios de reconsideración y apelación, y el extraordinario de revisión administrativa, contemplan que el recurrente pueda aspirar a que el acto sea anulado. Cf. Art. 166, numeral 1, 2 y 4.

la Ley en perjuicio de los particulares y en fraude de la confianza que debe propiciar respecto de los asociados⁴¹.

Este principio de irrevocabilidad, estabilidad o intangibilidad de los actos que conceden derechos a favor de terceros no tiene carácter absoluto, ya que razones de interés público comprobadas justifican la revocación; así lo ha señalado expresamente la Sala Tercera⁴². Aunque es evidente, como lo reconoce entre otros autores, Cassagne, la revocabilidad de actos que hubiesen generado derechos precarios, como los permisos de usos de bienes de dominio público⁴³.

La estabilidad del acto administrativo es la regla. La cosa juzgada administrativa o “la autoridad de cosa decidida”, juega a favor del administrado en virtud del “in dubio pro administrado”, que comenta el profesor Gordillo.

Vale reforzar con Cassagne, la previsión de ser prudente con esto de asirse del “interés público”, ya que dicha estabilidad contribuye a la certidumbre del derecho y no puede sufrir cortapisas a través de la invocación del interés público, y es que los derechos que nacen de un acto administrativo continúan vigentes hasta tanto los jueces decreten su invalidez, el cual prevalece sobre cualquier invocación posterior de otro interés público, generalmente ideado por los funcionarios de turno⁴⁴.

En fallo de 26 de febrero de 2002, la Sala hace referencia a que la materia de revocación a instancia de parte u oficiosa de actos administrativos de carácter individual está hoy regulada por la Ley 38 de 2000, en su artículo 62.⁴⁵

El control judicial tanto de la Sala Tercera, en materia de legalidad, y del Pleno de la Corte Suprema, en la faceta de constitucionalidad, también procede sobre este tipo de actos; sin embargo, en virtud del principio de preferencia, del

⁴¹ En el caso Julio Santamaría versus Instituto de Investigaciones Agropecuarias de Panamá (IDIAP), la Sala Tercera puso de manifiesto el principio de buena fe contractual (Art. 1109 del C. Civil), aplicable en el Derecho Administrativo. Cf. Sentencia de 26 de febrero de 2002. Magistrado ponente Adán Arjona. Hoy ese principio está expresamente contenido en la Ley de Contratación Pública de 2006.

⁴²Cf. Caso: Cellular Vision versus Ministerio de Gobierno y Justicia. Sentencia de 15 de noviembre de 2000. Magistrada ponente Mirtza de Aguilera.

⁴³ Cf. **CASSAGNE**, Juan Carlos. La estabilidad del acto administrativo, Editorial Congrex, S.A., en “El acto administrativo como fuente del Derecho Administrativo en Iberoamérica”, VIII FIDA, Panamá, 2009, 12.

⁴⁴ Ibídem, p. 12.

⁴⁵ También es de sumo interés la Sentencia de 25 de agosto de 1999, porque hace un recuento de la figura de la “irrevocabilidad” del acto administrativo. Magistrado ponente Arturo Hoyos.

derecho de defensa contenido en el debido proceso y la tutela judicial efectiva, se recomienda que tratándose de actos administrativos de contenido concreto que conceden derechos a favor de terceros o de contratos administrativos, el fuero natural competente, sea la Sala Tercera, por lo que se favorece el conocimiento por dicha Sala y no por el Pleno de las respectivas acciones judiciales, contra actos unilaterales o bilaterales, en los que de seguro existen contrapartes, cuyos derechos o intereses también deben ser respetados, mediante el derecho de audiencia.