

El acto administrativo y su configuración esencial como fuente del Derecho

Sumario:

1. Inicio de un especial impulso del Derecho Administrativo en Panamá.
2. Estado Social de Derecho ligado al respeto de la legalidad. Contrapartida: la responsabilidad. 3. Noción de acto administrativo según la doctrina. 4. Noción de acto administrativo según la Ley positiva. 5. Posibles causas generadoras de la aparente distinción entre regular (el servicio) y reglamentar (la Ley que lo requiera). 6. El acto administrativo reglamentario como fuente del Derecho. 6.1. ¿Qué se entiende por Reglamento?. 6.2. El poder de Policía. 6.3. El contralor judicial de la Policía restringido exige cambios o fórmulas que amparen los derechos humanos de los asociados. 7. El Reglamento está amparado por una presunción iuris tantum. 8. Jerarquía del Reglamento dentro del ordenamiento legal. 9. Estabilidad del acto administrativo. 9.1. Estabilidad del acto administrativo generador de derechos. 10. ¿Es la facultad de reglamentar la Ley competencia exclusiva del Órgano Ejecutivo?. 10.1. La potestad reglamentaria ejercida por otros entes públicos autorizados por la Constitución. 11. Se acentúa el fenómeno del reglamentarismo. ¿Es necesario revisar la operatividad de los entes reguladores?. 11.1. La propuesta correctiva: afianzamiento del control de tutela con efectividad.

1. Inicio de un especial impulso del Derecho Administrativo en Panamá

La sesión solemne de este VIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, relativo al acto administrativo como fuente del Derecho, y de las Jornadas que se vienen efectuando paralelamente desde la reunión de 2007 en la Universidad Externado y de 2008 en la Universidad de Valladolid, que hoy tratan del contencioso administrativo y la regulación, es realmente significativa.

En primer lugar, porque se cumple un anhelo acariciado desde la constitución del Foro en el año 2002, en Santa Cruz de La Sierra, con ocasión de un cónclave convocado por el Instituto Nacional de Administración Pública de España (INAP), al que fui invitado junto con la entonces Procuradora de la Administración, Alma Montenegro de Fletcher, por el gran concertador del Foro, **Julio Rodolfo Comadira** (q.e.p.d.).

Ese sueño fue comunicado posteriormente al actual Presidente, doctor Jaime Rodríguez-Arana, además al Magistrado Víctor Benavides Pinilla, quien asistió el año pasado animado por conocer aquella impresión grata que percibí en cada una de las sesiones del Foro en las que he tenido el honor de participar como miembro.

En segundo lugar, la significación es mucho mayor cuando hoy vemos que el VIII Foro Iberoamericano sesiona en Panamá, haciéndose realidad esa gran aspiración, gracias al patrocinio institucional de la Corte Suprema de Justicia, con el decidido interés de su Magistrado Presidente, Harley James Mitchell Dale, y la gestión del Magistrado de la Sala Tercera Víctor Benavides Pinilla, además de la aprobación del pleno de la Asociación en tener a Panamá como sede de este Foro 2009.

Hoy avizoro que se hace una apuesta inicial para que nuestras Universidades, y principalmente las escuelas y facultades de Derecho, hagan más énfasis en sus planes de estudio en el Derecho Administrativo, que es una ciencia en constante transformación y ajuste a la realidad.

La necesidad impulsada por el estado de cosas hace imprescindible esta acentuación en el Derecho Administrativo, por su seguimiento y estudio metodológico, para que más que de una *gerencia pública*, estemos siempre concientes del papel que juegan los principios de legalidad, eficiencia, eficacia, descentralización, desconcentración, participación ciudadana, coordinación administrativa, ética en el espacio público, entre otros determinantes, en las organizaciones o instituciones públicas; pero sobre todo para que calen en la mente y actuar de sus conductores, los operarios, los servidores públicos de todos los niveles y jerarquías.

La consigna: cumplir con los objetivos preconizados por el Estado constitucional y social de derecho, distante de una simple formulación retórica, sino por el contrario, 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 siendo respetuosa de los derechos y garantías que corresponden a unos y otros.

2. Estado Social de Derecho ligado al respeto de la legalidad. Contrapartida: la responsabilidad

Este tipo de Administración en esencia *responsable y líder* en el entramado social, tiene unas formas de proceder, de relacionarse para exteriorizar los cometidos institucionales asignados por la Constitución de la República, las leyes y los reglamentos, en procura del orden y el equilibrio social.

No obstante, dicha proyección hacia lo interno de la organización administrativa y sobre todo irradiada hacia los asociados no se manifiesta, porque está proscrito hacerlo, al margen de unos límites prefijados y unos objetivos que por regla están encuadrados dentro del concepto de interés público o general, precedido y sustentado por la juridicidad o legalidad administrativa, que encuentra su fuente en la Constitución.¹

El artículo 17 de la Ley Suprema prevé que “Las autoridades de la República están instituidas para proteger en su vida, honra y bienes a los nacionales dondequiera se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción; asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales, y cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley...”

El constituyente asimismo ha visto como bueno recalcar este principio de legalidad en el “gobierno local” obligando a las autoridades municipales a “cumplir y hacer cumplir la Constitución y Leyes de la República, los decretos y órdenes del Ejecutivo y las resoluciones de los tribunales de la justicia ordinaria y administrativa.”²

¹ Para **Jaime Rodríguez-Arana Muñoz**, la “legitimación de la Administración pública... ha de basarse en los resultados, en la capacidad de la acción pública para satisfacer las nuevas demandas sociales, lo cual implica inevitablemente dar prioridad a la producción y entrega de bienes y servicios a los ciudadanos considerados como destinatarios, siempre desde el contexto del principio de legalidad y sabiendo que la función de la administración se justifica en la medida en que sirve con objetividad los intereses generales. Perder de vista esta dimensión de servicio a la ciudadanía supone una clara quiebra del sentido y significación de la Administración pública.” El marco constitucional de los entes territoriales en España, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, p.122.

² Art. 234 de la Constitución vigente.

Este referente constitucional sobre el principio de legalidad es importante dentro del esquema democrático de igualdad ante la Ley, así como por las consecuencias de la omisión o transgresión de dichos postulados normativos; concretamente, la *responsabilidad* que cabe exigir a funcionarios y también a los particulares por violación de la Constitución y la Ley.

En este punto la Carta Magna es igualmente expresa de acaecer este último supuesto, al disponer que “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.”³

Como se aprecia, la norma fundamental marca o configura previamente la acción u omisión de los individuos en sociedad, otorgándole un efecto jurídico; pero de modo alguno podemos entenderla limitada a las personas físicas; sino que su alcance abarca incluso a las personas morales ya sean privadas o públicas.

Esta responsabilidad es el punto de mayor interés si desde la perspectiva de las consecuencias del actuar administrativo los entes y funcionarios públicos omiten, retardan o violan extralimitándose en el ejercicio de la función desplegada o *pretextando ejercerla*,⁴ una actividad de prestación frente a terceros, sus deberes previstos en la Constitución, las leyes y particularmente en los reglamentos o normas materiales de contenido normativo, dictados para el debido cumplimiento de las anteriores.

La competencia para deslindar esa responsabilidad que cabe exigir a la Administración y sus funcionarios, además de otros importantes temas ligados, fueron objeto de interesantes reflexiones, en las VIII Jornadas de Derecho Administrativo y Constitucional, que suelen celebrarse en la Universidad Externado de Colombia, y que se llevaron a cabo en el año 2007 simultáneamente con el VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. De dichas jornadas resultaron varias conclusiones y un documento valioso en el tema de la Responsabilidad del Estado en muchos de nuestros países latinos y de iberoamérica en general. Ese valor agregado es realmente digno que se resalte.

Si entendemos que la vigencia de una Ley no determina necesariamente su cumplimiento o eficacia, es así como puede comprenderse aún más el papel del Reglamento para que la norma de carácter general votada por el Parlamento, Congreso o Asamblea Nacional, sea completada para su cumplida ejecución, a través de dicho instrumento normativo de menor jerarquía; pero con idéntica fuerza obligante para quienes están ubicados en el radio de acción de sus efectos jurídicos. Sobre esto precisamente trata medularmente este escrito, describiendo de qué forma, con qué características y bajo qué condiciones o límites el acto administrativo de carácter general tiene fuerza de Ley o con otros términos, si es fuente de Derecho.

Esa complementariedad entre Ley y acto administrativo de alcance general (Reglamento) que hace viable la primera en la práctica, siempre que ello sea necesario, denota compartición de tareas para el fin público entre el legislador y el ejecutivo; un loable y coordinado ejercicio del poder público, en

³ Cf. Art. 18 de la Constitución de 1972 reformada.

⁴ Como así lo describe el artículo 206, numeral 2, de la Constitución vigente, y 97, primer párrafo, del Código Judicial, al establecer la competencia y enunciar los asuntos de que conoce la jurisdicción contencioso administrativa.

que los órganos del Estado actúan en armónica colaboración para hacer patente el principio constitucional y los fines exigentes de la sociedad como un todo sistémico.

3. Noción de acto administrativo según la doctrina

Como ha señalado Libardo Rodríguez al igual que otros destacados profesores, "...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."⁵

Comadira, sin perjuicio de la discusión que al respecto pueda darse en Argentina, sostiene que la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos 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."⁶

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."⁷

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 ejercicio de función administrativa. Es decir, los actos administrativos nacen del ejercicio del poder étático en su función administrativa."⁸

Esta especial forma de presentarse la Administración 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 incluso de hacerlas efectivas por sí y ante sí por la autotutela administrativa, fundamentalmente en los países de tradición francesa o que han recibido su influencia como Panamá, es un fenómeno complejo, digno de estudio, y hace relación directa con una categoría de acto administrativo de gran relevancia para cumplir los cometidos de la función administrativa del Estado, sujeta al principio de legalidad, esto es, a través de la actividad reglamentaria.

Es precisamente en tal categoría en la que se centra este documento, sobre la base del Derecho Administrativo panameño. No abordo con detenimiento, salvo para hacer alguna aclaración o comentario pertinente, los actos administrativos individuales ni los bilaterales.

⁵ **RODRÍGUEZ**, Libardo. Derecho Administrativo (General y Colombiano), Editorial Temis, S.A., Decimoquinta edición, Bogotá, 2007, p.280.

⁶ 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.

⁷ **COMADIRA**, Julio Rodolfo. Derecho Administrativo (Acto administrativo, procedimiento administrativo, otros estudios), Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 25.

⁸ **FLORES DAPKEVICIUS**, Rubén. Manual de Derecho Público (Derecho Administrativo), T. II, Editorial IB de F, Argentina, 2007, pp. 135-136.

El acto de carácter general opera con más facilidad, allí donde la Ley, la técnica, la especialidad o las exigencias del rubro a regular, requiere hacer énfasis en los detalles o en la naturaleza propia de la parcela de la realidad que exige una forma propia con un instrumento de buen acoplamiento y potencia legal, siempre y cuando así lo permita la Ley objeto de reglamentación, o no se infrinja la cláusula constitucional de reserva legal.

Por otro lado, el Reglamento por antonomasia presenta menos dificultades para su creación y aprobación, ya que no está sometido al procedimiento parlamentario, por demás lento y sujeto a diversos vaivenes políticos, provenientes de las distintas facciones político-partidistas que por regla conforman las Asambleas o Congresos.

4. Noción de acto administrativo según la Ley positiva

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 definición 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”.

...
...
...”

Sabemos que desde los tiempos románicos se previno sobre el peligro de definir en el Derecho, tal vez por esa posibilidad de que sea excesiva la concepción o por el contrario restrictiva, dejando por fuera algunos de los aspectos que el lector o intérprete considere de importancia. Sin embargo, hoy en día los requisitos técnicos y el contenido o materia reglamentable exige especificar en múltiples casos tanto al dictar la Ley como al aprobar el reglamento expedido para su ejecución. La acepción de la Ley 38 de 2000, permite en nuestro Derecho Administrativo percibir algunos elementos destacables:

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.

En aras de especificar un poco lo descrito, un acto de contenido individual o de efectos particularizados emitido por un ente público cuya principal función no sea la actividad administrativa, podría ser la resolución mediante la cual la Junta Directiva de la Asamblea Nacional concede la medalla al mérito “Justo Arosemena.”⁹ La conformación de una comisión parlamentaria para que investigue ciertos hechos de notoriedad en el manejo de las finanzas públicas, que luego rinda un informe para el conocimiento del público.¹⁰ El nombramiento o remoción de personal por el Presidente de la Asamblea, la celebración de un contrato público, entre otras acciones que denotan netas actividades de naturaleza administrativa, por una institución pública, que no tiene como centro de su competencia ejercer funciones administrativas, sino dictar la Leyes generales y por regla irretroactivas, que requiere la ordenación de la sociedad nacional.

Lo propio puede hacer el Órgano Judicial, a sabiendas que la forma típica de manifestarse dicho organismo, encargado primordialmente de resolver litigios por la vía del proceso judicial entre particulares, o entre éstos y el Estado, es la sentencia por medio de la cual dice o declara lo que es derecho entre las partes y que hace tránsito, por regla, a la cosa juzgada.

Coincido en 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

Por ello los ejemplos de actos la mayoría de contenido individual mencionados al azar, expedidos por entes cuya función principal no es la administrativa, desencadena una conclusión importante basada en la buena marcha de todo el aparato público, que también juega el papel de elemento condicionante del actuar administrativo. Es por esa esencialidad en los fines y funciones que autores como Brewer-Carías afirman que “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

⁹ Cf. Condecoración que ha de ser aprobada por el Pleno del Parlamento. Ver Arts. 225, 226 y concordantes del Reglamento Orgánico del Régimen Interno de la Asamblea Legislativa, de 31 de marzo de 1998 (GO No. 23,539, de 11 de mayo de 1998). La reforma constitucional del 2004 retomó la denominación original del Parlamento como “Asamblea Nacional”.

¹⁰ Cf. Art. 161, numeral 6, de la Constitución vigente. Este artículo contiene las funciones administrativas de la Asamblea Nacional y curiosamente establece que en ejercicio de este tipo de función puede aprobar, reformar o derogar el *decreto de estado de urgencia* y la *suspensión de las garantías constitucionales* (No. 11). A mi juicio, debe ser mediante una Ley que la Asamblea ejerza su facultad constitucional porque es por medio de un *Decreto de Gabinete* que el Órgano Ejecutivo puede suspender ciertos derechos y garantías fundamentales, toda vez que dicho decreto de gabinete tiene el valor de una Ley.

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

carácter interorgánico en el sentido de que no sólo la ejercen los órganos del poder ejecutivo, sino todos los órganos estatales.”¹²

Los entes públicos por el solo hecho de tener la obligación de prestar servicios y que esos servicios yacen limitados por la legalidad como condición esencialísima, están habilitados para regular su ámbito de competencia, y en esa actividad de prestación *celebran* contratos con los particulares o con otros entes públicos para la apetecida buena marcha. Con una función de tanta exigencia es hasta imperioso dictar reglamentos como una emanación de la voluntad unilateral de la Administración, para cumplir de mejor manera su tarea; no obstante, esta temática adquiere para mí una configuración especial al referirnos al regulador sectorial.

Cabe recordar que según el Código Administrativo que data de 1917, “Los actos de los empleados, de carácter general, se denominan decretos; los de carácter especial, resoluciones.”¹³ Esta norma no previene una definición de acto administrativo; pero es trascendente porque sí los identifica o clasifica de conformidad con su carácter y efectos frente a terceros. La clasificación en ciernes tampoco es del todo exacta toda vez que con regularidad la Administración emite actos de contenido individual no mediante “Resoluciones” sino a través de “Decretos”, y también se aprecia que materia de contenido normativo es incluida en meras “Resoluciones”.

La Ley de procedimiento administrativo, al regular el trámite que debe seguirse en vía administrativa para cumplir la función administrativa del Estado dirigida a la satisfacción inmediata del “bien 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.”

Este concepto de resolución administrativa es importante porque establece los requisitos de forma que debe reunir ese acto administrativo. Especie de acto el cual ha de ser identificado con un número, fecha de expedición, nombre de la autoridad que la emite y un considerando explicativo de los criterios que la justifican. La parte resolutive o dispositiva debe contener la decisión, así como los recursos que proceden en su contra, fundamento de derecho y firma de los funcionarios responsables.

No obstante, a la par que existe en nuestra práctica administrativa resoluciones de carácter y con efectos individuales, expedidas por la Administración central y descentralizada en general por funciones y territorialmente, los entes reguladores que gozan también de autonomía dictan por medio de sus administradores o directores verdaderos actos reglamentarios de efecto “erga omnes”; pese a revestir la forma o nomenclatura de una Resolución de Junta Directiva, Dirección General o Administrador de que se trate. Por ello no es infrecuente que típicos actos de reglamentación acojan la forma de una Resolución en vez de un Decreto Ejecutivo.

Esta práctica común y proliferada encuentra asidero en las leyes orgánicas que le sirven de paraguas, que no en pocas ocasiones habilitan solapadamente a la entidad descentralizada a “*reglamentar*” el respectivo

¹² **BREWER-CARÍAS**, Allan. Estudios de Derecho Administrativo (2005-2007), Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2007, p. 68.

¹³ Cf. Artículo 550.

servicio y con ello, de paso, su respectiva Ley orgánica o especial complementaria.

El pragmatismo de esta forma de actuar a la par que coloca en entredicho el principio de legalidad (específicamente el factor de la competencia dispuesta preferentemente desde la Carta Fundamental)¹⁴, exige la urgente habilitación constitucional a los entes reguladores ya que la Constitución no prevé esta atribución como de su resorte; por el contrario, las tareas de dirección, inspección, conservación de los servicios y del orden público están asignadas al Órgano Ejecutivo, por no decir al Presidente de la República.¹⁵

Este tema es tratado mejor en el régimen local, ya que según el Código Administrativo, cada Consejo Municipal “puede arreglar los detalles de la Administración sin contravenir a las disposiciones de las leyes.”¹⁶ 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.

5. Posibles causas generadoras de la aparente distinción entre regular (el servicio) y reglamentar (la Ley que lo requiera)

Se ha pregonado por algunos la sutil diferenciación que se quiere dar al hecho de ejercer la potestad para *reglamentar* la Ley, que en principio ello está asignado como competencia del Presidente de la República en conjunto con el ministro del ramo, y la atribución para *regular* el servicio público de prestación o alcance general (espectro radioeléctrico, telecomunicaciones, recursos marinos o acuáticos, forestales, minas, zonas portuarias, entre otros sectores neurálgicos).

Esto merece una especial atención por cuanto en el fondo pudiera estar legitimándose la acción reguladora afectando derechos individuales o incluso auspiciando el crecimiento descomedido de las tarifas dentro de un mercado libre que presta servicios en actividades de contenido económico dirigidas por concesionarios privados.

Lo anterior atañe a que también se presenta la práctica de que los concesionarios emiten casi unilateralmente regulaciones al servicio, “revisadas por la entidad reguladora”, mediante las que elevan los precios de los productos y rubros en general, encareciendo la vida no sólo de los sectores deprimidos sino la de los estratos sociales medios.

El fenómeno globalizador que como a Panamá impactó fuertemente a otros países del área y del mundo en general, no puede avasallar el principio

¹⁴ Competencia que en lo que respecta a los entes reguladores no está habilitada por el solo hecho que la Asamblea Nacional, a propuesta del Órgano Ejecutivo, pueda determinar la estructura de la administración nacional, mediante la creación de Ministerios, Entidades Autónomas, Semiautónomas, Empresas estatales y demás establecimientos públicos y distribuir entre ellos las funciones y negocios de la Administración, con el fin de asegurar la eficiencia de las funciones administrativas (Art. 159, numeral 12, de la Constitución), porque esta norma trata de la iniciativa fundacional para crear nuevas instituciones de diversa índole y función dentro del aparato público; pero no de la específica potestad reglamentaria, que por su magnitud y efectos frente a terceros tampoco es inferible del denominado criterio de lo razonablemente implícito, como elemento habilitante para ejercerla.

¹⁵ Cf. Arts. 183, numeral 2; 184, numerales 8, 10 y 14, de la Constitución vigente.

¹⁶ Cf. Artículo 669 del Código Administrativo aprobado mediante Ley 1 de 1916.

de juridicidad, legitimado desde la Constitución, porque se corre el riesgo de crear máquinas al servicio del mercado, en vez de reguladores sectoriales, esto es, nuevas instituciones sin la conciencia social que el servicio público implica.

En otro giro, se abre la puerta a la posibilidad de desconocer el interés de la colectividad por la razón de mercado y libertad de empresa, al desvirtuarse el papel de los entes reguladores por la ausencia de unos parámetros de acción fijados a partir de la Constitución, que en la realidad ha sido la excusa para no ejercer cabalmente el rol de control y fiscalización, allí donde la Administración central no puede actuar por la complejidad de la materia, que requiere de funcionarios altamente calificados y dispuestos a cumplir y ejercer sus atribuciones bajo el prisma del interés público, que es el de la colectividad.

Con todo, cabe recordar la posición de Ibáñez Nájjar en el derecho colombiano, que afirma citando varios textos de la Carta Magna de 1991, que “cuando hay regulación constitucional, habrá materia reglamentable, y en tal virtud la potestad reglamentaria corresponde al legislador para dictar las normas que permitan la cumplida ejecución de las normas constitucionales, lo cual significa que la potestad reglamentaria no sólo es de carácter administrativo. Lo es cuando ella tenga por objeto la cumplida ejecución de la ley, pero será de naturaleza legislativa cuando tenga por objeto o finalidad la cumplida ejecución de la regulaciones constitucionales.”¹⁷

Parte del cambio de paradigma lo explica el profesor Jaime Vidal Perdomo, con esa sencillez, cuando comenta que “...otro cambio conceptual surge del concepto de regulación. Hasta ahora venía siendo un vocablo del lenguaje común que se usaba como equivalente de intervención y de reglamentación.

No obstante, ahora está adquiriendo un significado técnico jurídico sí de intervención pero de una intervención que favorece las leyes del mercado y que busca el criterio de la competencia, dentro del cual juegan las mismas empresas del Estado, como está todos los días ante nuestros ojos en el mundo global de las comunicaciones.

De este modo, la intervención del Estado no es para reforzar los poderes de las entidades sino a favor de la ‘libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante’,... Esto obedece, naturalmente, a los nuevos conceptos económicos que buscan redimensionar y limitar la acción estatal y favorecer las fuerzas del mercado, y que tienen en este punto un giro conceptual digno de registrarse..., la evolución de los conceptos tiene que ver también con entrecruzamientos del derecho comparado.”¹⁸

Vemos en la práctica cómo otros organismos públicos asumen la potestad reglamentaria de su esfera de competencia ante la exigencia que plantea la organización eficaz del servicio que prestan, con parámetros claros de procedimiento a seguir, que impidan la confusión, la falta de coherencia por inexistencia de instrumentos jurídicos que hagan viable la aplicación de la Ley.

La sutil diferenciación entre ambos términos no debe vaciar de contenido la Constitución en lo que se refiere al respeto de la legalidad, y que una

¹⁷ **IBÁÑEZ NÁJJAR**, Jorge Enrique. La regulación y la reglamentación en Colombia, en “VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo VIII Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo”, Universidad Externado, 2007, p. 889.

¹⁸ **VIDAL PERDOMO**, Jaime. La evolución del derecho administrativo colombiano durante el siglo XX, en “Derecho administrativo Iberoamericano (100 autores...)”, T. I, p.26.

aparente laguna de la Carta desfavorezca la interpretación del interés colectivo y beneficie, como contrapunto, lo mercantil de las actividades sujetas a regulación.¹⁹

6. El acto administrativo reglamentario como fuente del Derecho

Las sociedades complejas organizadas en forma de Estado han adoptado la Ley como fórmula de expresión de la voluntad general de la población, cuyo legítimo delegatario para cumplir la misión legislativa es la Asamblea o Parlamento.

Esta concepción cambia el paradigma de soberanía del príncipe por la soberanía que tiene su fuente legítima en el pueblo. Como delegatario del poder público la Asamblea o Parlamento representa esa voluntad popular que se manifiesta a través de la Ley; pero que encuentra la fuente legitimadora en la Constitución.

Esa *fuerza de Ley* ha sido traspolada en nuestro Derecho, prácticamente desde inicios de la República por medio del Código Civil, a los actos ejecutivos del “gobierno” que se emitan a raíz de la facultad para reglamentar las leyes. El artículo 15 de dicho Código potencia con la “fuerza de Ley” a los actos administrativos de alcance general. Abordo esta norma legal bajo la salvedad de que ha sido derogada por la nueva Ley de procedimiento administrativo común vigente desde el 2001; pero que importa destacar para comprender mejor cómo el Reglamento en nuestro Derecho ha tenido desde antiguo fuerza obligante de Ley.

La jurisprudencia constitucional ha reconocido una especie de *valor suprallegal* al Título Preliminar del Código Civil. El artículo en cuestión está ubicado en dicho Título y establece que “*los actos ejecutivos del gobierno, expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, tienen fuerza de Ley, y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución o a las leyes.*” Esto supone la capacidad vinculante y obligatoria de los reglamentos que deben cumplir y hacer cumplir las autoridades imponiéndose unilateralmente a los asociados sujetos a obediencia, y da cabida, por lo menos por inferencia o interpretación, a la *presunción de legalidad o legitimidad del acto* de carácter reglamentario o normativo.

¹⁹ Considero que no es aplicable a nuestro sistema la solución o interpretación que le ha dado en Colombia el Consejo de Estado a este punto, toda vez que la distinción entre la función de reglamentar la Ley otorgada constitucionalmente al Presidente de la República y la posibilidad de que otras autoridades pueden ejercer lo que se llama “Reglamentación de segundo grado”, como nos comenta **Adolfo León Oliveros Tascón**, en cita del Consejo de Estado. Esta colegiatura sustenta su posición en que “...además de la reglamentación directa de la Ley, cuya facultad está en cabeza del Presidente de la República como cláusula general de competencia... se den reglamentaciones por parte de otras autoridades, sin perjuicio de la facultad general antes anotada, o en virtud de mecanismos encaminados a agilizar el funcionamiento del Estado, tales como la desconcentración, la delegación y la descentralización...” Apuntes sobre Derecho Administrativo. Editorial Librería Jurídica Sánchez R., LTDA, Colombia, 2005, p. 123-124. La discrepancia se apoya en una idea central: la Constitución panameña señala expresamente que otras autoridades distintas al Presidente de la República tienen facultad para reglamentar la Ley. Si otra hubiese sido la voluntad del Constituyente así la hubiera expresado y no inferir por razones prácticas, atendibles por cierto, una especie de cláusula general de reglamentación habilitante para otras entidades públicas distintas al Órgano Ejecutivo.

Por otra parte, puede decirse que los actos del Ejecutivo que no sean emanación de su poder reglamentario o expedidos por funcionarios o dependencias públicas que carecen de la facultad reglamentaria, no poseen este efecto vinculante “erga omnes”; sino que se agotan con su expedición o una vez cumplido el término o cometido para el que fue dictado. Por ejemplo: la licencia o permiso que concede el Presidente para ausentarse del país a ministros en misión oficial, la designación de un Ministro de Estado, el nombramiento de los personeros que deba proveer el Ejecutivo en ciertas Juntas Directivas de entidades autónomas, la concesión de una Resolución o Decreto por duelo, la cancelación de la personería jurídica, la sanción disciplinaria aplicada a un servidor público, la imposición de una multa por violación de leyes ambientales, etc.

Pero estarán este tipo de actos individualizados amparados por la presunción de legalidad? Todo parece indicar que la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema, que ejerce el control de legalidad, se ha inclinado por la respuesta afirmativa a esta cuestión, basándose entre otros fundamentos y argumentos en el citado artículo 15 de la Ley común.

Otra arista relevante es si el carácter no normativo del acto individual está relacionado a la prescindencia de publicarse en la Gaceta Oficial u otro medio de publicidad oficial, porque es común que estos actos administrativos individualizados terminan con un comuníquese y cúmplase, lo que no obsta para que incluya, a su vez, la también expresión imperativa “publíquese.” Esta opinión puede apuntalarse en nuestro derecho en el artículo 42 B de la Ley 135 de 1943, porque al establecer el término de “prescripción” para la interposición de la acción de plena jurisdicción, entre otros supuestos señala a partir de la “publicación” o la “notificación” del acto de contenido individual, etc.

Un caso destacable es el del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas (TAdeCP), con competencia en la fase recursiva del procedimiento de selección de contratista.

Durante esta etapa actos de contenido individual como la adjudicación, o de la etapa contractual como la resolución que resuelve administrativamente el contrato, o la propia diligencia de convocatoria de la licitación o procedimiento de selección de que se trate, deben publicarse obligatoriamente en el portal electrónico “www.panamacompra.gob.pa”. Pese a ser actos de contenido individual o simplemente preparatorios, esa publicidad o comunicación sirve dentro de dicho procedimiento de medio de “notificación procesal”, además de tener otros valores agregados como hacer más expedito el procedimiento de impugnación incoado por algún oferente y la transparencia en la adquisición de bienes, servicios o construcción de obras requeridos por la Administración.

Lo descrito es parte del régimen del acto administrativo que regula la contratación estatal, mas no deja de ser mencionable porque la publicidad electrónica del acto a través de la “página web” respectiva está relacionada con la *notificación* en términos procesales, el derecho de defensa, y otros elementos que en este momento no es de lugar precisar.

Hoy en día las exigencias de una Administración *transparente* hacia la ciudadanía invitan a adoptar los mecanismos tecnológicos de punta para que *todos* los actos oficiales sean objeto de publicación en la Gaceta Oficial. La excusa de la falta de espacio físico para resguardar la Gaceta impresa carece

de asidero en la realidad, porque dicha impresión en grandes cantidades es innecesaria y en los tiempos del documento digital, inocua.²⁰

En la esfera de la Administración local o territorial la “sanción, *promulgación* y ejecución de los acuerdos del Concejo Municipal corresponde al Alcalde del Distrito.”²¹

Gran cantidad de entidades estatales autónomas han colgado páginas en el ciberespacio con anuncios de todo tipo, entre ellos de indudable interés general; otras imprimen boletines informativos o editan revistas que salen a la luz pública con cierta regularidad.

La exigencia más apremiante y acorde con la *seguridad jurídica* es que los actos de contenido normativo sean promulgados inmediatamente a su expedición, pese a que ellos incluyan alguna vacancia legislativa. Éste es el grado mínimo de transparencia que en el tema de dar a conocer los reglamentos a la comunidad puede exigírsele a la Administración.²²

6.1. ¿Qué se entiende por Reglamento?

Por Reglamento se entiende el acto jurídico unilateral, de carácter objetivo o impersonal y de obligatorio cumplimiento por aquellos abarcados en el supuesto normativo, emanado de autoridad con el objeto de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas que en algún sentido están regidas por el Derecho Administrativo.

Esta concepción aplicada al régimen local significa que el Consejo Municipal puede emitir Acuerdos Municipales para regular la vida jurídica en el respectivo territorio o municipio.²³ 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.²⁴

El reglamento de una ley debe 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.”²⁵

²⁰ 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 elementos que ayuden a hacer más eficaz la divulgación de diversos actos de efecto jurídico de interés 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.

²¹ Cf. Art. 672 del Código Administrativo.

²² Si quisiéramos llenar algún vacío normativo en cuanto al tiempo en que debe ser promulgado un acto administrativo reglamentario, creo que el artículo 173 de la Constitución está llamado a suplir el mismo, ya que con relación a la promulgación de las leyes formales, establece que la Ley “...será promulgada dentro de los seis días hábiles que siguen al de su sanción”.

²³ La Constitución denomina “*acuerdo municipal*” al acto que adopte el Municipio para eximir del pago de derechos, tasas o impuestos locales (Cf. Art. 248).

²⁴ Cf. Arts. 51 y 68 de la Ley 106, de 8 de octubre de 1973, que dicta el régimen municipal.

²⁵ Sentencia de 18 de septiembre de 1995. Pleno. Corte Suprema de Justicia. Caso: Marcos González demanda la inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo N° 46, de 24 de febrero de

Dicho instrumento emana de la autoridad sea ésta de cualquier órgano del Estado o dependencia con competencia legítima para ello, en ejercicio de una función administrativa. Es Ley, en sentido material, imponible erga-omnes o a un sector de la población o actividad susceptible de ser reglamentada para el adecuado servicio público.

6.2. El poder de Policía

En nuestro derecho positivo, la Policía como parte de la Administración Pública, tiene una labor muy activa al emitir reglamentaciones para regular el “servicio de Policía en el Distrito”, en la región o provincia, a través del Gobernador, a nivel nacional por medio del Presidente de la República o la Asamblea Nacional.²⁶

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,²⁷ 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.”

Ya hemos visto cómo en el régimen local debe respetar el principio de legalidad por ser parte del Estado sometido a Derecho.

6.3. El contralor judicial de la Policía restringido exige cambios o fórmulas que amparen los derechos humanos de los asociados

El poder de policía se ejerce imperativamente sin acepción de personas;²⁸ pero tiene una fiscalización sesgada o mediatizada en nuestro sistema, porque el *contralor judicial parcial* que ejerce la Sala Tercera de la Corte Suprema 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 (correcional), que constituyen la mayoría, no son susceptibles de control por el contencioso administrativo.²⁹

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

1992, modificado por el Decreto Ejecutivo N° 248, de 25 de agosto de 1992, y el Decreto Ejecutivo N° 187, de 28 de junio de 1993. MP. Arturo Hoyos.

²⁶ Cf. Art. 867 del Código Administrativo.

²⁷ Cf. Art. 857 ibídem.

²⁸ 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.

²⁹ Cf. Art. 28 de la Ley 135 de 1943, modificada por la Ley 33 de 1946. Existen actualmente dos propuestas que aspiran dentro de los acuerdos alcanzados en el Pacto de Estado por la Justicia mejorar este estado de cosas. Una propugnada dentro de la descentralización local por mantener el control de la justicia de policía; mientras que la segunda oferta patrocinada por el Órgano Judicial, con énfasis en la mediación y conciliación comunitaria, pretende ubicar la justicia de policía dentro de la estructura de este poder del Estado. Las propuestas en forma de “Proyecto de Ley” están planteadas en blanco y negro; aunque el concierto o consenso no es claro y la voluntad política es igualmente incierta.

Un caso típico es que la Policía está facultada para decretar *allanamiento*³⁰ al domicilio (o requisa) por laguna investigación que adelante o que se instruye en la fase investigativa por otro ente público (Policía Nacional, Ministerio de Salud, etc.). Esta medida no podría ser objeto de un control de legalidad por la Sala Tercera; y mientras ello ocurre la realidad da cuenta que el amparo de derechos constitucionales como acción extraordinaria y sumaria que se plantee ante el Juez del conocimiento, tampoco responde al clamor de respeto de los derechos de las personas y protección expedita de sus bienes, porque no en escasos supuestos el Tribunal de amparo ha exigido el agotamiento previo los medios de impugnación o procedimientos previstos por el ordenamiento para luego poder atacar la orden de hacer o de no hacer atentatoria. Esto es lo que se conoce como principio de definitividad o subsidiariedad de la acción de amparo.

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 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” expedidas por autoridades de policía, escapan de la referida fiscalización.

La sustentación es tan tenue y frágil que no soporta un análisis crítico por parte de aquellos que defendemos los derechos fundamentales de las personas, que como tales tienen el derecho y el deber de exigirle al Estado la prestación de un servicio de justicia de calidad, que resguarde uno de los valores esenciales del ser humano: su dignidad.³¹

³⁰ Según el Código Administrativo (Art. 1728 que reenvía al Código Judicial) y el Decreto No. 5, de 3 de enero de 1934 (Arts. 20 y concordantes). Un ejemplo destacable de la jurisprudencia inglesa no los reseña **Mariano Lucas Cordeiro**, en que la inviolabilidad del domicilio se ve reforzada cuando el principio del debido proceso no es respetado por la autoridad. Se trata del caso “Stroud vs Bradbury” de 1952, según el que con ocasión de ejecutarse la Ley de sanidad, un inspector sanitario dependiente de una autoridad local intentó penetrar en una casa a fin de de realizar de oficio obras en el saneamiento de la misma para adecuarlos a las exigencias sanitarias; el propietario se negó a admitir la entrada del funcionario e incluso lo amenazó físicamente. El Tribunal inferior condenó penalmente esta resistencia. El Tribunal de apelación revocó tal pronunciamiento señalando: “Para tener derecho de penetrar en el local con el designio de ejecutar las obras, los funcionarios estaban en la obligación de observar las disposiciones del artículo 287.1 de la Public Health Act de 1936... Cuando el Inspector sanitario llegó, el apelante le resistió con todos los derechos de un ciudadano libre inglés cuya casa está siendo invadida y le desafió con una percha y una pala. Tenía el derecho de hacer esto, salvo que el Inspector tuviese el derecho de entrar. Es la opinión de este Tribunal que el apelante estaba en su derecho, dado que el Inspector sanitario no había cumplido lo que la Ley exigía que hiciese antes de tener el derecho de entrar...” en “Derecho Administrativo Iberoamericano (100 autores en homenaje al postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello)”, Caracas, Venezuela, 2007, p. 992. Al margen que el cometario del autor va enfocado al carácter ejecutorio del acto administrativo, explicando lo que toca al sistema anglosajón, ciertamente el fallo del Tribunal de apelación advierte un sentido garantista y tutelador de los derechos respetables de los particulares, caso de la inmunidad domiciliaria, que a mi juicio no puede ser hollada sin que se cumplan los procedimientos legales previos y mediando justa causa.

³¹ **Jaime Rodríguez-Arana** al exponer algunas reflexiones sobre la importancia de la ética ha señalado con seguro tino un elemento consustancial al debate, que atañe a la *dignidad*,

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.³²

Sustraer a los actos de policía penal y civil del control de legalidad como actualmente está, o de otro modo 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 discrecionales, violar principios constitucionales consagrados como base entera de la organización social y del orden jurídico.”³³

Un aspecto abordable es el que atañe a los tipos de reglamento, que según la jurisprudencia nacional (sentada por la Sala Tercera y posteriormente acogida por el Pleno de la Corte Suprema) pueden ser de tres clases en nuestro sistema: los de ejecución de las leyes, los independientes o autónomos y los de necesidad o urgencia.³⁴

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

afirmando que la “cuestión relativa a la centralidad de la persona es capital. En efecto, la dignidad del hombre, de la persona, de cada vecino (a) es el punto de partida. La expresión “cada vecino”, subraya la condición de realidad concreta del sujeto a que me estoy refiriendo. El hombre y los derechos del hombre, que se hacen reales en cada hombre, son la clave del marco que se quiere construir, y no nos exime esta aseveración de la necesidad de indagar y buscar una comprensión cada vez más cabal y completa de su significado. Reitera que la dignidad personal del hombre, el respeto que se le debe y las exigencias de desarrollo que conlleva constituyen la piedra angular de toda construcción civil y política y el referente seguro e ineludible de todo empeño de progreso humano y social”, en “Gestión Pública”, Revista de la Procuraduría de la Administración, Edición No. 5, diciembre de 2008, Panamá, p.14.

³² 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.

³³ 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.

³⁴ 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.

otras veces por declaración jurisprudencial, que el Reglamento no puede incidir o regular ciertos temas.³⁵

La facultad de reglamentar la Ley que lo requiera está limitada por la observancia de ciertos requisitos para su validez y eficacia. La jurisprudencia los ha calificado siguiendo a la doctrina, en *límites formales y materiales*. Los primeros atañen a la competencia para dictar el Reglamento, y los segundos, refieren a la potestad discrecional de reglamentar las leyes, facultad que debe ser ejercida en “interés público” y no con abuso o desviación de poder.

7. El Reglamento está amparado por una presunción iuris tantum

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 predicable 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.

La Sala Tercera ha dicho que sólo ella o alguna de las demás Salas que componen la Corte Suprema de Justicia pueden dejar de aplicar un Reglamento por considerarlo violatorio de la Ley. Si una autoridad considera que la disposición reglamentaria aplicable al caso tiene vicios de ilegalidad puede, tratándose de una autoridad que administra justicia, someter esta “consulta” a la Sala Tercera a través de un contencioso de apreciación de validez, y adquiere por ello competencia prejudicial.³⁶

Si el interesado estima que la disposición reglamentaria que ha de servir de fundamento legal de la decisión dentro del procedimiento administrativo es ilegal, puede “advertir” esa ilegalidad ante la Sala Tercera. Incluso la autoridad encargada de resolver el procedimiento administrativo puede hacer este tipo “incidencia”, en cuyo caso se denomina “consulta de ilegalidad.” El proceso continúa y se coloca en estado de ser decidido; pero no debe resolverse hasta que haya un pronunciamiento de la Sala.

El primer mecanismo de legalidad preventiva que puede instar la “autoridad encargada de administrar justicia”, ya estaba previsto en las leyes orgánicas que desarrollaron por primera vez la jurisdicción contencioso administrativa en Panamá (instituida en la Constitución de 1941), y en el Código Judicial; mientras que la advertencia y la consulta de ilegalidad es una novedad establecida por la Ley 38 de 2000 (Art. 73).

Por otro lado, el acto administrativo una vez cumplidos los prolegómenos para su aprobación y eficacia es ejecutorio, por lo que la Administración puede proceder a su ejecución.³⁷

³⁵ 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.

³⁶ Cf. Art. 97, numeral 12, del Código Judicial. Este contencioso de apreciación de validez ya estaba contemplado en las normas reguladores de la jurisdicción contencioso administrativa 135 de 1943 y 33 de 1946; se ha mantenido en la Constitución (Art. 206, numeral 2), y es parte de uno de los contenciosos clásicos de la legislación francesa.

³⁷ Aunque la doctrina ha discutido la posibilidad de desaplicación de un reglamento que adolezca de ilegitimidad manifiesta. Es el caso planteado por el administrativista Comadira, en

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.³⁸

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 (sumitur pro vero) 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 trasluce 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.

8. Jerarquía del Reglamento dentro del ordenamiento legal

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.

el Derecho argentino, según el cual es obvio que un acto que padezca de una invalidez manifiesta y, además grave, no puede presumírsele 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”. Op. Cit., pp. 75-76. 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 cuestionable, ya que esta norma se encarga de establecer el contencioso de la advertencia de ilegalidad de una norma reglamentaria (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) aplicable dentro del proceso, 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 sobre la legalidad de normas reglamentarias llamadas a decidir la causa administrativa.

³⁸ Cf. **DURÁN MARTÍNEZ**, Augusto. Estudios de Derecho Público, Vol. II, Montevideo, 2008, pp. 247, 248, 251.

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.

El artículo 35 de la mencionada Ley fija la relación de supeditación del Reglamento respecto de la Ley y de ambos a la Constitución. Veamos:

“Artículo 35. En las decisiones y demás actos que profieran, celebren o adopten las entidades públicas, el orden jerárquico de las disposiciones jurídicas será: la Constitución Política, las leyes, los decretos de gabinete, los decretos ejecutivos, las resoluciones de gabinete, los acuerdos municipales y los decretos alcaldicios.

En el ámbito municipal, el orden de prioridad de las disposiciones jurídicas será: la Constitución Política, las leyes, decretos leyes, los decretos de gabinete, los decretos ejecutivos, las resoluciones de gabinete, los acuerdos municipales y los decretos alcaldicios.

A nivel de las juntas comunales y las juntas locales debe aplicarse el siguiente orden jerárquico: La Constitución Política, leyes, decretos leyes, decretos de gabinete, los decretos ejecutivos, las resoluciones de gabinete, los acuerdos municipales, decretos alcaldicios y los reglamentos que dicten las juntas comunales.”³⁹

Interesantes son los comentarios del doctor Agustín Gordillo acerca de la jerarquía normativa del reglamento sobre al acto administrativo concreto, asegurando que si bien la Ley de procedimiento administrativo argentina (19.549/72) no aborda el punto, considera aplicable el principio conforme al que “toda decisión individual debe ser conforme a la regla general preestablecida”, 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.”⁴⁰

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.⁴¹

9. Estabilidad del acto administrativo

Nuestro procedimiento administrativo regula el tema en cuestión estableciendo claramente la estabilidad y fuerza vinculante de los actos administrativos. El artículo 46 de la Ley 38 de 2000 dispone:

³⁹ El artículo 757 del Código Administrativo de 1917, antecedente de esta disposición debe entenderse derogada.

⁴⁰ Cf. <http://www.gordillo.com/Pdf/3-9/Capitulo%20IV.pdf>.

⁴¹ Cf. Art. 97, numeral 2, del Código Judicial.

“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.”

En base a esta norma, que es posterior al Código Civil, considero que el artículo 15 de éste ha sido derogado de modo tácito por el artículo 46 de la Ley 38 de 2000,⁴² porque la nueva disposición regula de una forma más clara y precisa la misma materia que aquél.

El primer párrafo del artículo 46 atañe a la “fuerza obligatoria inmediata” que tienen los actos administrativos de carácter individual en firme, emitidos por la administración central, la descentralizada y los entes públicos que expidan actos de esta naturaleza en ejercicio de una función administrativa.

Mientras que el segundo párrafo aborda los actos administrativos de alcance general identificándolos como “normas de efecto general” y condicionando su efectividad jurídica o aplicabilidad al hecho de que sean promulgados “en la Gaceta Oficial”, o cuando dicho instrumento establezca su “vigencia para una fecha posterior.”

La presunción de pleno derecho del artículo 1 del Código Civil, conforme a la que la Ley se presume conocida por todos y su ignorancia no sirve de excusa, utilizada analógicamente para el caso de los reglamentos, implica que estos últimos deben cumplir con el requisito de publicación, establecido por la Ley común para el caso de la Ley formal. Tesis que hoy viene a ser apoyada por el pretranscrito artículo 46 de la Ley 38.

Hoy por hoy, la judicatura sigue aplicando, sin ningún fundamento atendible, el comentado artículo 15 del Código Civil. Aunque es importante reconocer que aquel ha servido para galvanizar en nuestro sistema jurídico administrativo la presunción de legitimidad del acto administrativo sea éste de contenido particular o de alcance general.

Esta galvanización ha afianzado la estabilidad jurídica del acto administrativo de ambos tipos; pero sobre todo el de contenido individual porque como prevé el comentado artículo 46 de la Ley 38 de 2000, los actos en firme de esta naturaleza 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.

9.1. Estabilidad del acto administrativo generador de derechos

⁴² Cf. **SHEFFER TUÑÓN**, Javier Ernesto. Relación jurídica entre..., p. 802.

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

La figura de la revocatoria de los actos administrativos que conceden derechos subjetivos a una persona era un asunto que pese a su trascendencia no había sido objeto de regulación expresa.

En ausencia de regulación 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 habla de la existencia para el caso concreto de las licencias otorgadas a subalternos por los jefes de despacho, una prohibición conforme a la que una vez concedida no podía ser revocada por quien la concedió sin consentimiento del beneficiario de la licencia (que conservaba la prerrogativa de renunciar a ella a voluntad). Esto en cumplimiento de lo que sobre este punto dispone el artículo 812 del Código Administrativo de 1917.

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, tiene como apoyo el respeto de los derechos, el galantismo, la seguridad jurídica y aun la dignidad de la persona humana.

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, en suma, anulatorias en sede administrativa, y obviamente de observancia para la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, al momento de ventilarse dicho asunto ante sus estrados.

El sistema panameño carece de la acción de lesividad ante la justicia en caso de percatarse que un acto ha sido expedido irregularmente; no obstante, hoy cuenta con las causales legales para proceder a su revocación motu proprio cumpliendo con el debido proceso legal.

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 la Ley en perjuicio de los particulares y en fraude de la confianza que debe propiciar respecto de los asociados. En el caso Julio Santamaría versus IDIAP, se 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. MP. Adán Arjona).

Este principio de irrevocabilidad 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 (Cellular Vision versus Ministerio de Gobierno y Justicia. Sentencia de 15 de noviembre de 2000. MP. Mirtza de Aguilera).

En el fallo de 26 de febrero de 2002 se 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 62.⁴³

10. ¿Es la facultad de reglamentar la Ley competencia exclusiva del Órgano Ejecutivo?

La Ley Superior es diáfana al establecer como atribución del Presidente en conjunto con el Ministro del ramo, reglamentar las leyes que lo requieran para su mejor cumplimiento, sin apartarse “*en ningún caso*” de su texto ni de su espíritu (Art. 184, numeral 14). Además, como atribución genérica también está facultado para dirigir, *reglamentar* e inspeccionar los servicios establecidos en la Constitución (Ibídem, numeral 10).

“Mientras más detallada sea la ley menor será la necesidad de reglamentarla para asegurar su cumplimiento ya que, en este caso, la ley contiene los pormenores que se requieren para su cumplimiento y poco podrá agregar el reglamento. Por el contrario, la potestad reglamentaria tendrá mayor extensión cuando la ley, por ser de concisa o parca redacción, requiere que se detallen con mayor precisión y concreción los elementos necesarios para su cumplimiento. Como lo ha expresado el tratadista colombiano Jaime Vidal Perdomo “*la extensión de la potestad reglamentaria ...es inversamente proporcional a la extensión de la ley*” (Derecho Administrativo, Novena Edición, Editorial Temis, Bogotá, 1987, pág. 38).”⁴⁴

⁴³ 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. Según esta decisión, “...una vez que la Administración se percate de que un acto administrativo por ella expedido carezca de alguno de los presupuestos requeridos para su validez, lejos de revocarlos debe proceder a la vía jurisdiccional ordinaria a fin de anular dichos actos propios. En este sentido, el tratadista Jaime Vidal Perdomo establece que ‘el respeto a las situaciones jurídicas creadas o definidas por los actos administrativos puede ser tal que se hagan irrevocables aunque sean ilegales. En el derecho español se denomina *recurso de lesividad* el que puede interponer la administración ante los jueces contra sus propios actos que declaran derechos, ante la imposibilidad en que se encuentra de revocarlos directamente, ...en algunos casos esos derechos son asimilables al derecho de propiedad y es dable exigir, para ser privado de ellos, ley que los declare de utilidad pública e indemnización; pero estos derechos pueden haberse adquirido en forma ilegal, por lo que se menciona que para que el acto sea irrevocable al beneficiario debe ser de buena fe” (VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Administrativo. Editorial Temis, S.A., Décima Edición, Bogotá, Colombia, 1994, pág. 143)”. Caso: José Nieves Burgos, mediante apoderado judicial, presenta demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción, para que se declaren nulas, por ilegales, la Nota N° DRH-527 de 3 de octubre de 1994, la Nota DRH-064 de 16 de enero de 1995, ambas suscritas por la Jefa de Recursos Humanos del Ministerio de Desarrollo Agropecuario; el Decreto Ejecutivo N° 14 de 18 de febrero de 1995 y la Nota N° DMN-417-97 de 7 de marzo de 1997, ambas dictadas por el Ministro de Desarrollo Agropecuario, y para que se hagan otras declaraciones. MP. Arturo Hoyos.

⁴⁴ Sentencia de 18 de septiembre de 1995. Pleno. Corte Suprema. Caso: Marcos González demanda la inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo N° 46, de 24 de febrero de 1992, modificado por el Decreto Ejecutivo N° 248, de 25 de agosto de 1992, y el Decreto Ejecutivo N° 187, de 28 de junio de 1993. MP. Arturo Hoyos.

Ante tales expresiones, se impone la pregunta: ¿Corresponde a otra autoridad distinta del Órgano Ejecutivo ejercer la referida potestad que busca ejecutar de la mejor manera los preceptos de la Ley? Si la función administrativa está adscrita al órgano del Estado administrativo por excelencia, la respuesta parece ser negativa; sin embargo, en el caso panameño, la propia Constitución menciona otras dos (2) instituciones muy importantes a las que se les atribuye la potestad reglamentaria, claro está, en su ámbito de competencia.

10.1. La potestad reglamentaria ejercida por otros entes públicos autorizados por la Constitución

Estas dos instituciones son:

1. El Tribunal Electoral (TE), en lo que atañe a la Ley electoral.⁴⁵

Se hace énfasis en que se trate de materia electoral, toda vez que el Pleno de la Corte Suprema de Justicia así lo ha determinado, declarando inconstitucional por ejemplo un Acuerdo expedido por el Tribunal Electoral, que pretendía reglamentar disposiciones de la Ley de Transparencia, por invadir la potestad reglamentaria del Órgano Ejecutivo. En tal caso lo procedente es que mediante el Acuerdo respectivo se dispusiera lo conveniente para ejecutar lo que previamente había sido adoptado mediante el decreto reglamentario respectivo;⁴⁶ y,

2. La Autoridad del Canal de Panamá (ACP)

El Título XIV de la Constitución se refiere a “El Canal de Panamá”. Éste es parte del patrimonio nacional y es manejado por la Autoridad del Canal de Panamá (ACP); un ente autónomo al que corresponde, privativamente, entre otras tareas, 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 de que funcione de manera segura, continua, eficiente y rentable, con patrimonio propio y derecho de administrarlo.

Esta empresa pública posee potestad reglamentaria de las leyes⁴⁷ de *carácter general* que apruebe la Asamblea Nacional, sobre materias de su competencia; presupuesto de funcionamiento e inversiones separado del presupuesto general del Estado, entre otras connotaciones de relevancia, tomando en cuenta que es un ente descentralizado nacional (empresa pública); pero que a tenor de la Constitución presta un “servicio público internacional esencial.”⁴⁸

⁴⁵ Cf. Art. 143, numeral 3, de la Constitución.

⁴⁶ Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de 14 de febrero de 2003. Caso: Higinio Aguirre promueve demanda de inconstitucionalidad contra el Acuerdo No. 1, de 10 de junio de 2002, expedido por el Tribunal Electoral.

⁴⁷ Cf. **SHEFFER TUÑÓN**, Javier Ernesto. Normas y principios del Derecho Administrativo en la Constitución panameña, en “V Foro de Derecho Administrativo”, Universidad San Francisco de Quito, Ecuador, abril de 2006.

⁴⁸ Cf. Arts. 319, numeral 6, 320, 322, inciso segundo, y 323 de la Constitución vigente.

Por la fuerza de los hechos y la trascendencia de las funciones desempeñadas, atinentes al control fiscal de los bienes, recursos y fondos públicos, es indudable que la Contraloría General de la República, ejerce potestad reglamentaria, respecto de sus atribuciones constitucionales y las consignadas en su Ley orgánica, caso típico de aprobación para su utilización obligatoria de las normas de contabilidad generalmente aceptadas que deben ser utilizadas en el sector público y el privado para los efectos contables y de tributación en su momento.

11. Se acentúa el fenómeno del reglamentarismo. ¿Es necesario revisar la operatividad de los entes reguladores?

Los fenómenos relacionados con la transformación o modernización del Estado, trajeron consigo múltiples efectos en lo económico, social, político, cultural, ético, en el plano de la comunicación e información dentro de la “aldea global”. Hubo significativos y perceptibles cambios porque el Estado se autoexcluyó de gran parte de su papel interventor, mutando a una actividad fiscalizadora para prevenir el monopolio y velar por la libre concurrencia de los agentes económicos privados, en los sectores liberalizados.

La realidad ha demostrado que la libertad alcanzada ha sido proporcional al descrédito moral producto de la corrupción acentuada desde hace algún tiempo por la avaricia humana, el descontrol y la inestabilidad del sistema de mercado “presuntamente autorregulable”⁴⁹; que ha obligado al rescate de importantes empresas de diversos sectores de la producción por parte de sus respectivos gobiernos, a través de cifras de dinero astronómicas.

Es indudable la crisis de gobernabilidad una de cuyas facetas es la insatisfacción de las aspiraciones materiales y espirituales del grueso de las poblaciones de nuestras sociedades concretas, en especial, las latinoamericanas. A lo que se añade que la implantación de organismos reguladores para fiscalizar que el ánimo de lucro no traspasase la función de interés público que yace en el concepto de prestar los servicios básicos a la población (salud, electricidad, agua potable, telefonía, carreteras, etc.), no ha cumplido a cabalidad su misión legalmente establecida derivada del concepto político filosófico de la liberalización, según el cual ésta traería mejores prestaciones y prosperidad para todos los sectores sociales.

Los entes reguladores han incurrido en fallas en el proceso de fiscalizar la desregulación del mercado, en varios de sus ámbitos, y la prestación de servicios por parte de particulares concesionarios.

Es comprensible que el paradigma de cambio haya gestado reformas en las estructuras o funcionamiento de la Administración generando acciones tendentes a la acentuación de la descentralización por funciones.⁵⁰ Es así como nacieron en nuestro país los organismos reguladores.

⁴⁹ Uno de los mercados más golpeados por la crisis es el financiero, plagado de escándalos generados por maestros de la estafa; lo cierto es que la administración Obama, en Los Estados Unidos, “busca cambios en cuatro áreas: limitar los riesgos que podrían amenazar a la economía, fortalecer las protecciones para inversionistas y consumidores, cerrar las brechas en la supervisión regulatoria y coordinar cualquier acción de manera global.” **PALETTA**, Damian, en “La Prensa” (The Wall Street Journal Americas), 27 de marzo de 2009, p. 50 A.

⁵⁰ La descentralización territorial, que es uno de los propósitos de la adecuación de las estructuras públicas a los conceptos de eficiencia y eficacia, a través, por ejemplo, de la subsidiariedad, tiene un grado muy bajo de avance en Panamá. No se ha logrado el consenso

El fenómeno ha estimulado una *profusión* en la emisión de reglamentos adoptando el ropaje de resoluciones de Junta Directiva o Acuerdos, sin control, amparados en las leyes orgánicas creadoras de los respectivos organismos, principalmente de los entes descentralizados por funciones, ya que gozan de personalidad jurídica con los atributos que ésta implica, como dictar su régimen interno.

La característica común de esta “potestad reglamentaria”, es que no está reconocida por la Constitución, lo que plantea posibles inconsistencias jurídicas como lo incomprensible que resulta que al Órgano Ejecutivo se le impele a que en el ejercicio de la misma no se aparte en ningún caso del texto ni el espíritu de la Ley sujeta a reglamentación; mientras que nada se dice en la Constitución sobre los entes descentralizados, que hoy, es una verdad impuesta por la fuerza de los hechos, ejercen potestad reglamentaria sobre los servicios y sectores que fiscalizan como derivado de su competencia legal.

Considero necesario que unas futuras enmiendas a la Constitución, ya que fue desaprovechada la oportunidad en el año 2004, para que se incluyan algunos linderos al ejercicio de la potestad reglamentaria -sin límites- que actualmente poseen en Panamá los entes reguladores; que conjuren el riesgo siempre latente del personalismo, la falta de imparcialidad o connivencia de los funcionarios de incurrir en lesión del interés público o desviación de poder o, en último grado, en contravención de los derechos de los particulares.

Coincido en que la “denominación ‘organismos reguladores’, aunque expresiva del nuevo papel que corresponde a los poderes públicos en los sectores liberalizados, tal vez resulte... excesiva para describir el papel ‘relativo’ que dentro del conjunto de los poderes públicos cumple desempeñar a estos organismos (sic). Obviamente, la ‘regulación’ de estos sectores, entendida como actividad normativa, corresponde de modo principal al legislador y a la Administración directa, titular de la potestad reglamentaria, y no a estos organismos que juegan un papel muy secundario en el diseño del marco normativo regulador de los sectores, limitado, en su caso, a la emisión de instrucciones o circulares de desarrollo de los reglamentos aprobados por el Gobierno y el Ministerio. Sus tareas pertenecen, más bien, al ámbito ejecutivo, aunque sin monopolizar tampoco este tipo de funciones, que comparten con el Gobierno y los órganos del Ministerio competente.”⁵¹

11.1. La propuesta correctiva: afianzamiento del control de tutela con efectividad

realista sobre el modelo de Municipio que requiere el desarrollo de las comunidades impulsado primariamente por sus vecinos. Aquí gravitan factores, entre otros, de *egoísmo político* (por la temida pérdida de poder del Ejecutivo y la Asamblea, producto de su traslado desde el centro a la periferia, debido a la autonomía financiera que deben adquirir los gobiernos locales por causa de una apropiada y verdadera descentralización), y la *partidocracia excesiva*, desbordada que hoy se siente asfixiante de la iniciativa y el liderazgo de personas que aspiran a contribuir con la democracia y el bienestar de la Nación desde la postulación libre. La libre postulación para conducir la República desde el solio presidencial no está permitida, y el obstáculo es la Ley electoral, norma que de antaño ha sido validada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, lamentablemente contrariando la Constitución porque ésta no impide la postulación libre para Presidente del país. Cf. Mi obra Estudios de Derecho Público, Cultural Portobelo, Panamá, capítulo II, 2006, pp. 65-68 (dedicada al insigne Julio Rodolfo Comadira).

⁵¹ VALENCIA MARTÍN. Op. Cit., pp. 407-408.

Sugiero como instrumento corrector el *afianzamiento* del ejercicio de la *tutela administrativa*⁵² a través de los ministerios, sobre los entes reguladores, lo que implica adoptar algunas medidas como el aumento del personal técnico en las especialidades y profesiones involucradas en el sector regulado respectivo (eléctrico, de telecomunicaciones, transporte público, desarrollo humano sostenible compatible con la preservación del medio ambiente, en el sector de la banca, etc.); ya que las atribuciones asignadas a esos organismos sectoriales son altamente técnicas y no únicamente vinculadas a lo jurídico, a modo de prevenir sobre los posibles excesos en las regulaciones que expidan en detrimento del orden jurídico objetivo o de los derechos de los particulares y agentes económicos. O, en otro supuesto, que sirva a la Administración central para medir el grado de eficiencia en la función fiscalizadora del sector respectivo.

El supervisor, llámese Ministro presidente de la Junta Directiva respectiva debe contar con un equipo asesor y técnico de primera línea para que, a su vez, él asesore idóneamente al Presidente de la República en función de las políticas públicas diseñadas para el desarrollo y que debe cumplir con eficiencia el ente regulador respectivo, sin centralismos sino a través de una saludable y fluida coordinación interinstitucional.

Entiendo que no se trata de una lucha entre la vuelta al centralismo ni el “leseferismo” de la descentralización; sino, no abdicar de la prudente tutela sobre los organismos que ahora desde la periferia llevan a cabo una tarea supervisable por la institución llamada a ejercer el control de tutela, para el adecuado desenvolvimiento de todas las partes del cuerpo social institucionalmente considerado, que refuerce el principio de jerarquía dentro de la Administración muchas veces flexibilizado y que en ocasiones manda un mal mensaje a la ciudadanía, por cuanto ciertas entidades descentralizadas y empresas públicas toman el camino de actuar como “islas independientes” dentro del engranaje público.⁵³

⁵² Que va más allá del control político producto de la división de poderes y el “check and balance” que ese principio supone dentro del sistema democrático, ejercido por la Asamblea Nacional, como una de sus funciones administrativas (Art. 161, numeral 9, de la Constitución), que le faculta para citar o requerir a los jefes de las entidades autónomas y semiautónomas, empresas estatales y al Gobierno Central (excepto el Presidente de la República y Magistrados y Jueces del Órgano Judicial), a objeto de que rindan informes verbales o escritos sobre “las materias propias de su competencia, que la Asamblea requiera para el mejor desempeño de sus funciones o para conocer los actos de la Administración”. Sino como expresa **Libardo Rodríguez**, en el derecho colombiano, “a los ministros les corresponde ejercer control administrativo sobre los organismos o entidades que conforman la administración pública, orientado a constatar y asegurar que las actividades y funciones de los citados organismos y entidades que integran el respectivo sector se cumplan en armonía con las políticas gubernamentales, dentro de los principios de ley y de conformidad con los planes y programas adoptados.” Estructura del poder público en Colombia, Editorial Temis, S.A., novena edición, Bogotá, 2004, p. 76.

⁵³ Es el caso típico de la Autoridad del Canal de Panamá (ACP). Su régimen especial constitucional en realidad ha sido interpretado como una descentralización a ultranza del principio de coordinación administrativa y subordinación al control de la tutela administrativa y jerárquica, que dicho sea de paso ha sido reforzado por vía de la Ley orgánica y reglamentos emitidos por los distintos administradores y juntas directivas, que han regido la institución a partir de la reversión total del área canalera, ocurrida el último día del mes de diciembre de 1999.

La Administración Pública se ha hecho cada vez más compleja en sus relaciones con los particulares; esto es una realidad. El Estado minimalista latinoamericano es una utopía en los días que corren.⁵⁴

Lo inmediatamente anterior supone la toma de medidas preventivas o en su caso correctivas para que las nuevas corrientes con múltiples saltos en el cauce del arroyo, no nos lleve a chocar con crisis difícilmente superables, como las que hoy enturbian el paisaje en el entorno social.

⁵⁴ **SHEFFER TUÑÓN**, Javier Ernesto. Estudios..., pp. 235-236.