

# **Relación jurídica entre la Ley y el Reglamento en el sistema jurídico panameño<sup>1</sup>**

Por: **Javier Ernesto Sheffer tuñón\***

## **Sumario:**

**I. Conceptos preliminares.** A. ¿Qué se entiende por Ley? A.1. Instrumentos jurídicos con jerarquía y valor de Ley. B. ¿Qué se entiende por Reglamento? B.1. Tipos de Reglamentos. C. Materias que no pueden ser objeto de regulación por vía de un Reglamento. Los límites de la potestad reglamentaria II. **Fundamento constitucional de la Ley y del Reglamento.** A. La Ley y la potestad reglamentaria. El Reglamento está amparado por una presunción iuris tantum. A.1. Comentario sobre la dudosa vigencia del artículo 15 del Código Civil. B. ¿Es la facultad de reglamentar la Ley competencia exclusiva del Órgano Ejecutivo? C. La potestad reglamentaria ejercida por otras instituciones y organismos públicos autorizados por la Constitución. III. **La reforma del Estado y el profuso fenómeno del reglamentarismo.** A. El tema en atención a los denominados “entes reguladores”. IV. **Un nexo de subordinación que debe mantenerse para el respeto de la legalidad y los derechos de las personas.** A. Aplicación de leyes y reglamentos por los jueces. A.1. La Consulta y la advertencia de inconstitucionalidad. A.2. El contencioso de apreciación de validez.

## **I. Conceptos preliminares**

### A. ¿Qué se entiende por Ley?

Parece que los conceptos por obvios no deben ser repetidos o reiterados, so pena de incurrir en una posible ofensa al intelecto del experto. Pero no siempre esta consideración resulta cierta, por cuanto las distintas sociedades aquí reunidas representadas por ilustres académicos, tienen sus realidades concretas, porque concreto es el fenómeno jurídico que disurre en dichos organismos, bajo el amparo del Estado de Derecho y la operatividad para el buen funcionamiento de lo público, que exige la armónica colaboración y ejecución de

---

<sup>1</sup> Ponencia al VI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA), celebrado en Colombia, bajo los auspicios de la Universidad Externado, entre los días 25 y 27 de julio de 2007.

\* El autor fue auxiliar de Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, es consultor independiente, experto en MASC, Profesor de Derecho Procesal Administrativo en la Universidad del Istmo y miembro del FIDA.

tareas por los poderes u órganos públicos<sup>2</sup>. Que dicho sea de paso, hoy no puede afirmarse, con el calificativo de verdad absoluta, que son únicamente tres los poderes de gobierno, enunciados por las Revoluciones clásicas<sup>3</sup>.

Con todo, un denominador común de la seguridad y certeza jurídicas de las actuaciones de esos organismos y de los servicios que deben prestar y garantizar con regularidad a los particulares o habitantes de la Nación, es que su desempeño debe darse de conformidad con las leyes, en su sentido lato; que está incluido dentro de un concepto más omnicomprensivo denominado *juridicidad*, porque *nuclea* todo el ordenamiento jurídico, desde la Constitución, la Ley, los Reglamentos de alcance general, los Tratados Internacionales, los precedentes administrativos (en que estén comprometidos el principio de igualdad ante la Ley<sup>4</sup>) y ciertos contratos públicos.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> Esto parte de la premisa que los órganos o ramas de poder público no tienen una separación absoluta. Lo ha señalado en múltiples ocasiones la jurisprudencia constitucional e incluso contencioso administrativa de la Corte Suprema, por ejemplo, en fallo de 31 de enero de 2000. Pleno. Caso: Rubén Arosemena y Otros demandan la inconstitucionalidad de la Ley 1, de 2 de enero de 1998, por la cual la Asamblea Legislativa concedió al Órgano Ejecutivo facultades extraordinarias, de conformidad con el numeral 16, artículo 153 (léase 159), de la CN. Dijo la Corte que: "Numerosos tratadistas han formulado comentarios respecto del mencionado principio, llegando a la ineludible conclusión de que la separación de poderes no es absoluta y que, en consecuencia, las ramas del poder público han de ejercer sus funciones 'en armónica colaboración'" "...colaboración que sólo puede darse y prestarse en los casos señalados expresa y taxativamente por la Constitución y las Leyes de la República. Es decir, se trata de una colaboración reglamentada, limitada, a los supuestos autorizados por la Constitución y la leyes" (sic), citando a Dulio Arroyo Camacho. MP. Mirtza de Aguilera. El autor Libardo Rodríguez, pone de manifiesto la *evolución* de esa relación entre los poderes del Estado que, en mi opinión, es de tipo sinérgica (o de cooperación creativa); sin embargo, por la fuerza del cambio, este respetado administrativista, comenta que en el sistema colombiano, la Constitución de 1991, ha adoptado el esquema básico de la separación de poderes de Montesquieu, con las adaptaciones de reconocimiento de un solo poder, la colaboración entre sus diferentes ramas y la ampliación de la función ejecutiva y del concepto de rama ejecutiva. Ese esquema se ha venido ampliando con la aceptación de órganos autónomos e independientes de las ramas tradicionales del poder público, como el Ministerio Público, la Contraloría General de la República, la organización electoral y la organización territorial. Cf. Estructura del Poder Público en Colombia, 9<sup>a</sup>. Edición, Editorial Temis, S.A., Bogotá, 2004, pp. 3 a 9.

<sup>3</sup> Es el caso venezolano, que con la vigencia de la Constitución Bolivariana de 1999, ha instituido, o elevado a ese rango, a dos nuevos poderes públicos: El Poder Electoral y el Poder Ciudadano. Sobre esta nueva configuración de los organismos que por *delegación popular* ejercen la soberanía, la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia ha hecho interesantes comentarios (v.gr., Sentencia No. 2, de 10 de febrero de 2000, tal cual lo reseña el distinguido catedrático, doctor Allan Brewer-Carías. La participación ciudadana en la designación de los titulares de los órganos no electos de los poderes públicos en Venezuela y sus vicisitudes políticas, en "Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo", Año 5, No. 5, 2005, pp. 78-79).

<sup>4</sup> Sin embargo, cabe recordar con Julio Rodolfo Comadira, que sigue a López Rodó, que la igualdad ante la Ley no puede esgrimirse para pretender una reiteración de la ilegalidad, porque el

La Ley, como tal, la concibo como un acto jurídico emanado, en principio, de la Asamblea Nacional, de alcance general, impersonal e irretroactivo<sup>6</sup>.

No existe en el Estatuto Político una definición o concepto de Ley, el constituyente sólo se limitó a señalar las materias regidas por dicho instrumento, la clasificación de las mismas en orgánicas y ordinarias, según el tipo de asunto regulado y el número de votos que se requiere para su aprobación; así como quiénes ostentan la iniciativa legislativa o prerrogativa de proponer proyectos de Ley (Cf. Arts. 158, 164, 165).

#### A.1. Instrumentos jurídicos con jerarquía y valor de Ley.

No obstante lo dicho, la *Ley formal*, que cumple con el procedimiento parlamentario para su dictación, no es la única con carácter vinculante u obligatorio para imponerse *erga-omnes*; sino que en el sistema legal panameño, otras figuras jurídicas poseen esos atributos y efectos jurídicos, tales como:

1. *Los Decretos de Gabinete*<sup>7</sup>: Acto autorizado y emanado por el Consejo de Gabinete o Consejo de Ministros, los cuales han sido emitidos tanto por gobiernos de *iure* como de *facto*.<sup>8</sup> Una gran cantidad de éstos emanaron de la Junta Provisional de Gobierno integrada fundamentalmente por militares desde octubre de 1968 hasta 1972, cuando se dictó el Estatuto Político que rige a la sociedad Panameña desde el 11 de octubre de ese año. Éste fue conocido como un *período de facto* (*en que de hecho se dejó en interinidad a la Constitución de*

precedente ilegal conduce no a la igualdad ante la Ley, sino a la igualdad fuera de la Ley. Derecho Administrativo, 2<sup>a</sup>. Edición, Editorial Lexis Nexis (Abeledo-Perrot), Buenos Aires, 2003, p. 81.

<sup>5</sup> Ibídem. p. 81.

<sup>6</sup> Salvo las excepciones constitucionales a la irretroactividad, que consisten en la Ley favorable al reo en materia de derechos y garantías procesales y las dictadas por motivos de orden público e interés social, cuando en ellas se así se exprese. Cf. Art. 46 de la CN de 1972 reformada.

<sup>7</sup> Varias han sido las resoluciones del Pleno de la Corte Suprema y de la Sala Tercera que le prodigan ese valor legal. El Pleno, en sentencia de 31 de marzo de 2000, expresó que: „„los decretos de gabinete tienen valor de ley, así por ejemplo en fallo de 13 de septiembre de 1990, la Sala Tercera de la Corte, sostuvo que los decretos de gabinete, tienen jerarquía de ley (en ciertos casos). Igualmente en fallo de 9 de agosto de 1994, del Pleno sobre leyes cuadros y decretos de gabinete”. Asunto: La firma Rivera, Bolívar y Castañedas demandan la inconstitucionalidad del Decreto de Gabinete No. 74, de 27 de junio de 1990, reglamentario del servicio especial de vigilancia en la Zona Libre de Colón. MP. Humberto Collado Tapia.

<sup>8</sup> A decir del doctor Edgardo Molino Mola, exmagistrado de la Corte Suprema, este instrumento jurídico en un régimen de derecho es *equiparable al Decreto Ejecutivo*, con la diferencia que es suscrito por el Presidente y sus Ministros. La jurisdicción constitucional en Panamá (Un estudio de derecho comparado), Editorial Jurídica Diké, 1998, pp. 440-441).

1946, que había surgido de un elogiado proceso Constituyente<sup>9</sup>); pero la Corte Suprema de Justicia validó los instrumentos que con ese talante se dictaron durante el período descrito.

También un número significativo de Decretos de Gabinete se expidieron post la invasión norteamericana de diciembre de 1989, por el Presidente que legítimamente había salido electo en las elecciones generales de mayo de 1989; aunque fue desposeído del triunfo, con intervención del Tribunal Electoral (que anuló las elecciones) por orden de los cuarteles, comandados por el exgeneral Manuel Antonio Noriega, que hoy cumple condena de prisión en los Estados Unidos por delitos relacionados con el narcotráfico.

Dentro de esta clasificación se menciona un tipo de Decreto de Gabinete, autorizado por la Constitución, sobre la materia arancelaria aduanera, crédito público y empréstitos, que puede dictar el Consejo de Ministros, cuando la Asamblea Nacional no haya dictado la Ley Marco (general o específica) sobre dichas materias. La Constitución regula el tema como una competencia compartida entre el Órgano Ejecutivo y la Asamblea de Diputados (Cf. Arts. 159, numeral 11, y 200, numeral 7); pero, en la práctica, es el primero el que dicta el régimen respectivo, por la proximidad con el rubro, conocimientos técnicos y su mejor manejo, *que tiene rango de Ley*. El Decreto de Gabinete así dictado puede incluso *derogar*<sup>10</sup> una disposición anterior sobre el rubro que haya dictado la Asamblea Nacional<sup>11</sup>.

Es a través de un Decreto de Gabinete que el gobierno, por medio del Ejecutivo, puede suspender temporalmente por 10 días ciertos derechos y

<sup>9</sup> La Constitución de 1946, la tercera de las que han regido Panamá, fue redactada por los jurisconsultos: José Dolores Moscote, Eduardo Chiari y Ricardo J. Alfaro.

<sup>10</sup> Como fue reiterado en sentencia de 9 de agosto de 1994. Pleno de la Corte Suprema. Caso: El Sindicato de Industriales de Panamá demanda la inconstitucionalidad de los artículos 1 al 4 del Decreto de Gabinete No. 16, de 15 de abril de 1993. Este fallo cita una decisión anterior de 24 de junio de 1992, publicada en el Registro Judicial de ese mes, pp. 238-239.

<sup>11</sup> Aunque en los anales legislativos, con ocasión de las reformas introducidas a la Carta Política en el año 1983, se plasmó en el Acta No. 21, que la competencia ejercida por el Ejecutivo en relación con la materia de las Leyes Cuadro adoptarían la forma de lo que la doctrina conoce como “reglamento autónomo” o “reglamento constitucional”. Cf. Sentencia de 29 de febrero de 1996. Pleno de la Corte Suprema. Caso: *Objeción de inexequibilidad* presentada por el Presidente de la República, Guillermo Endara Galimany, contra el proyecto de Ley por medio del cual se dictan normas en materia de negociación y contratación de empréstitos y deuda pública. MP. Raúl Trujillo Miranda.

garantías constitucionales, sujeto al control de la Asamblea Nacional, si el mismo excede dicho tiempo, ya a instancia del ejecutivo o por derecho propio.

2. *Los Decretos Leyes:* Instrumento producto de la competencia del Legislativo de autorizar al Ejecutivo, mediante una delegación de la función legislativa constitucionalmente permitida pro tempore y para materias y fines especificados en la Ley de autorización. La propia Carta Magna impone limitaciones sobre ciertos aspectos y figuras jurídicas que no pueden ser sometidos a regulación mediante Decretos Leyes (Arts. 159, numeral 16, y 163, numeral 9, de la CN).

Estos Decretos Leyes comúnmente se emiten durante el *receso* del Hemiciclo legislativo; pero como nada es absoluto; sobre todo en períodos de crisis institucional, política, social y económica, como la que asoló Panamá durante el casi lustro habido entre 1986 y 1989, a causa de la “guerra psicológica o de baja intensidad” a que fue sometido el régimen autoritario de turno, inicialmente por el Presidente Ronald Reagan y después por George Bush, antes del derrocamiento del gobierno militar fueron dictados a través del Consejo General de Estado, organismo *consultivo* del Presidente de la República para la evaluación y discusión de las acciones de gobierno, que preveía la Constitución de 1972, es decir, ejerciendo una competencia que constitucionalmente no tenía, Decretos Leyes, conocidos en el foro nacional como *Decretos de Guerra*.

Esta clasificación permite acotar que como en Panamá, en otras latitudes los fenómenos políticos, relacionados con la lucha por el poder y preservación del mismo, produce el rompimiento del modelo democrático histórico, con consecuencias para la categorización, encuadramiento o definición de ciertas figuras aplicables en la práctica administrativa, legislativa, y por ende de incidencia, en lo judicial. De ahí, la necesidad que nuestras sociedades sigan apostando por el ideal democrático en la conducción del Estado, en esta nueva era de renacimiento de las incipientes democracias latinoamericanas, para evitar los trastocamientos y confusión de las figuras jurídicas que precisamente deben propiciar aquella seguridad y certeza jurídicas con la que inicié este conversatorio.

## B. ¿Qué se entiende por Reglamento?

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

“El reglamento, sostienen los tratadistas españoles Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández es “toda norma escrita dictada por la Administración” (Curso de Derecho Administrativo. Tomo I, Editorial Civitas, 5<sup>a</sup> Edición, Madrid, 1989, pág. 195). Otros autores como el tratadista argentino Juan Carlos Cassagne lo definen como “el acto unilateral que emite un Órgano de la Administración Pública creador de normas jurídicas generales y obligatorias, que regula por tanto, situaciones objetivas impersonales” (Derecho Administrativo, Editorial Abeledo-Perrot, Tomo I, 3<sup>a</sup> Edición actualizada, Buenos Aires, 1991, pág. 103).

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”<sup>12</sup>.

Dicho instrumento emana de la autoridad sea ésta de cualquier órgano del Estado o dependencia con competencia 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.

---

<sup>12</sup> 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 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.

### B.1. Tipos de Reglamentos

La Sala de lo Contencioso Administrativo ha expresado reiteradamente, en seguimiento del precedente sentado por su sentencia de 29 de octubre de 1991 (doctrina acogida por el Pleno), que los reglamentos, *por su relación con las leyes*, pueden ser de tres (3) clases en nuestro ordenamiento jurídico, a saber:

1. *Los de ejecución de las leyes*: Previstos por la Constitución (Art. 184, numeral 14 de la CN), como función del Órgano Ejecutivo, como veremos de inmediato.

2. *Los independientes o autónomos*: Son aquellos que no reglamentan Ley alguna sino que surgen cuando la Administración Pública en forma directa aplica, interpreta y desarrolla la Constitución; siempre que sean normas reglamentarias que no invadan la zona reservada a la Ley

3. *Los de necesidad o urgencia*: Aquellos dictados por “gobiernos de iure”, en materia reservada a las leyes. Tienen carácter excepcional y se fundamentan en la necesidad o urgencia de dictarlos con el fin de hacerle frente a grandes calamidades o por razones urgentes de interés público, cuando el Órgano Legislativo está en receso o no se encuentra reunido. Una vez se reúna el Legislativo, éste debe confirmarlos o rechazarlos, en cuyo caso se entenderán derogados<sup>13</sup>. La Constitución prevé este tipo de actos, para casos de guerra exterior o perturbación interior que amenace la paz y el orden público, como competencia del Ejecutivo a través de decreto acordado en Consejo de Gabinete, que puede suspender ciertos derechos y garantías fundamentales (v. gr., la aprehensión por orden de autoridad competente; la presunción de inocencia; la garantía de hábeas corpus; la inmunidad del domicilio; el libre tránsito; el secreto de la correspondencia; la libertad de expresión; la libertad de reunión para fines específicos y pacíficos y la propiedad privada).

C. Materias que no pueden ser objeto de regulación por vía de un Reglamento. Los límites de la potestad reglamentaria.

---

<sup>13</sup> 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.

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 en ciertos temas como:

1. Otorgar estabilidad laboral a los servidores públicos, ya que los deberes y *derechos* de éstos, según la Carta, han de estar consagrados en la Ley (Art. 302 de la CN).

2. El establecimiento de sanciones que impliquen multas o restricción de la libertad ambulatoria<sup>14</sup>, en atención al principio de estricta legalidad sobre los delitos, las *faltas*<sup>15</sup> y las penas (Nullum crimen, nullum poena sine praevia lege. Art. 31 de la CN).

Sin embargo, tratándose del Reglamento de Tránsito, que ha sido considerado por el Pleno de la Corte como del tipo autónomo o independiente, el mismo puede establecer medidas o disposiciones coercitivas e incluso coactivas sobre ciertos derechos de los particulares. En esto la jurisprudencia constitucional ha seguido, a vía de ejemplo, la doctrina francesa, que ha examinado ciertas facultades de autoridades típicamente administrativas para conservar el orden público, como es el caso del estado de urgencia que puede ser declarado por Decreto del Consejo de Ministros; pero para su ampliación más allá de 12 días requiere autorización de la Ley.; con iguales fundamentos pueden adoptarse medidas inmediatas por la Administración para la salubridad o la seguridad, limitando las libertades públicas, según lo que establezca la Ley.

La finalidad perseguida es de tipo administrativa y no penal; se busca lograr la eficacia de la Administración.

El precedente de 18 de abril de 1997 del Pleno comentado tuvo dos disidencias de los Magistrados Aura Guerra de Villalaz y Edgardo Molino Mola,

<sup>14</sup> Es ilustrativa la sentencia de 11 de marzo de 2002 (que, a su vez, cita precedentes de la década del 50 del siglo pasado). Pleno. Corte Suprema. Caso: Dagoberto Franco demanda la inconstitucionalidad de la frase: “y será sancionado con 90 días de arresto”, contenida en el artículo 2 del Decreto No. 004, de 16 de septiembre de 1994, expedido pro el Alcalde del Distrito de Arraiján. La Corte declaró inconstitucional la frase en cuestión y, en atención a la facultad respectiva, dio una nueva redacción al artículo.

<sup>15</sup> Según nuestro Código Penal, las violaciones a la Ley penal se clasifican en delitos y faltas; estas últimas las define y castiga el Código Administrativo. Las faltas consisten en violaciones a las leyes de policía civiles y correccionales, que como tal deben estar consagradas en la Ley, para así cumplir con el principio de legalidad y la garantía ciudadana.

respetados juristas, quienes opinan que el reglamento de tránsito viola el principio de legalidad penal, y, por ende los artículos 21 y 31 de la Carta, porque el Ejecutivo se arroga la competencia para establecer infracciones y sanciones, cuestión que incumbe al Legislativo.

3. Con la misma lógica, no es dable al Reglamento establecer tributos, en función del Nullum tributum sine lege. Esta prohibición es diferente a la posibilidad de que a través de una norma reglamentaria (v. gr., un Decreto Ejecutivo o resolución administrativa), se establezcan los montos, de cuando en cuando, de las tasas y tarifas por la prestación de servicios públicos, siempre que dichos tributos estén previstos ya sea en la Ley o la Constitución.

4. Es improbable que un *Acuerdo Municipal*, expedido por el Consejo Municipal, pueda establecer tributos, ya que ostenta la *potestad tributaria derivada*<sup>16</sup>, por lo que debe limitarse a reglamentar los recursos (o fuentes de ingreso) que en ese concepto le estén asignados previamente por la Ley formal y la Carta Magna. Son innumerables los casos de declaratoria de invalidez de este tipo de actos reglamentarios hechos por la Sala Tercera cuando han tenido por objeto instituir una nueva obligación tributaria o regular una ya establecida; pero que no forma parte de los ingresos del fisco local. Es el típico ejemplo de la privatización de los servicios de energía eléctrica y de telecomunicaciones ocurrida a mediados de la década pasada, porque ya habían sido gravadas por la Nación.

5. Está vedado reglamentar una Ley por medio de un tipo de Reglamento conocido en nuestra *tradición administrativa* como “Resuelto”, ya que el Resuelto se emplea para otro tipo de actos de la Administración, como: acciones de personal (traslado, nombramiento, destitución, sanción disciplinaria, reconocimiento de personalidad jurídica a ciertos entes morales o autorizaciones para el ejercicio de una determinada profesión liberal, entre otros).

---

<sup>16</sup> Mientras que la de la Nación es de carácter *originario*. Basada en la inagotabilidad de la fuente legislativa y la soberanía de la Asamblea Nacional de establecer impuestos y contribuciones nacionales para “atender los servicios públicos” (Cf. Art. 159, numeral 10, de la CN), claro está de conformidad con lo que establezca la propia Carta Política.

La Constitución francesa de 1958 adopta un principio o regla de exclusión sobre el particular, al determinar en su artículo 37, que “*todas las materias distintas de la pertenecientes al dominio de la ley tendrán carácter reglamentario*”; sin embargo, el Consejo de Estado debe intervenir emitiendo “dictamen previo” sobre dichas materias normadas mediante Decreto.

Todo esto hace colegir que la facultad de reglamentar la Ley que lo requiera está limitada a la observancia de ciertos requisitos para su validez y eficacia.

La jurisprudencia se ha referido a ello calificándolos, según la doctrina, en *límites formales y materiales*. Los primeros atan a la competencia para dictar el Reglamento, y, los segundos, refieren a la potestad discrecional de reglamentar las leyes, la cual debe ser ejercida en “interés público” y no con abuso o desviación de poder.

## **II. Fundamento constitucional de la Ley y del Reglamento**

A. La Ley y la potestad reglamentaria. El Reglamento está amparado por una presunción *iuris tantum*.

En este aparte cabe destacar más que la Ley como fórmula de expresión de la voluntad general de la población de un Estado, cuyo legítimo delegado para cumplir la misión legislativa es la Asamblea o Parlamento, la *fuerza de Ley* que de antiguo le atribuye el artículo 15 del Código Civil, a los actos administrativos de alcance general.

Esto reviste una importancia sobresaliente porque la jurisprudencia ha reconocido una especie de *valor supralegal* al Título Preliminar de la Ley común; en dicho segmento está ubicada la mencionada disposición, conforme a la 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 de los reglamentos que deben cumplir y hacer cumplir las autoridades.

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. 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<sup>17</sup>.

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 (Cf. Art. 97, numeral 2, del Código Judicial).

La Ley que regula el procedimiento administrativo a la vez que procura establecer una especie de pirámide kelseniana de los instrumentos jurídicos que deben acatar en el desempeño de sus funciones los servidores y entidades públicas, adscritos a las distintas Administraciones Públicas (nacional y local), fija la relación de supeditación del Reglamento respecto de la Ley y de ambos de cara 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 alcaldíos.

---

<sup>17</sup>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 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”. 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.

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 alcaldíos.

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 alcaldíos y los reglamentos que dicten las juntas comunales”.

Esta norma tiene como antecedente el artículo 757 del Código Administrativo de 1917; pero la actualiza porque la del Código estaba desfasada.

#### A.1. Comentario sobre la dudosa vigencia del artículo 15 del Código Civil

En mi opinión, el artículo citado de la Ley común ha sido derogado por el 46 de la Ley 38 de 2000, cuyo libro segundo dicta el *procedimiento administrativo general*, porque éste regula de una forma más clara y precisa la misma materia que aquél. Veamos:

**“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”.

Como se aprecia, el precepto del régimen procesal de la vía administrativa es más técnico al distinguir los actos administrativos de alcance individual o general de la Administración central y los de la descentralizada. Establece expresas garantías de protección a los derechos de los particulares, como la publicación previa en el Periódico Oficial del acto de alcance general, para que

surta efectos jurídicos, salvo que éste disponga una fecha posterior de entrada en vigencia, luego de ser publicado.

Una práctica reprochable en mi país es la aplicación de actos de contenido general cuyos destinatarios no saben el origen o desconocen el texto de esas normas, porque, paradójicamente, rigen erga omnes, mas adquieren el carácter de secretos, ya que únicamente son conocidos por los funcionarios encargados de su ejecución (el Ministerio de Educación y la Caja de Seguro Social son dos vivos ejemplos de esta mala práctica administrativa).

Ahora bien, la presunción *iuris et de iure* 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, debe 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.

B. ¿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 (ibidem, 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)<sup>18</sup>.

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 a 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.

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

Estas dos instituciones son:

1. El Tribunal Electoral, en lo que atañe a la Ley electoral (Art. 143, numeral 3); y,
2. La Autoridad del Canal de Panamá (ACP)

Expresión de la existencia de esas realidades concretas a las que hay que aplicar soluciones a veces excepcionales, es el ejemplo de la entidad denominada Autoridad del Canal de Panamá<sup>19</sup>, que cuenta con un régimen constitucional *rara avis*, con expresa potestad reglamentaria de las leyes<sup>20</sup> de carácter general que apruebe la Asamblea Nacional, sobre materias de su competencia; presupuesto

<sup>18</sup> 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.

<sup>19</sup> El Título XIV de la Constitución se refiere a "El Canal de Panamá", como 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.

<sup>20</sup> Cf. Mi ponencia "Normas y principios del Derecho Administrativo en la Constitución panameña", V Foro de Derecho Administrativo, celebrado en Quito, Ecuador, abril de 2006.

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”<sup>21</sup>. (Arts. 319, numeral 6, 320 y 323 de la CN).

### **III. La reforma del Estado y el profuso fenómeno del reglamentarismo**

#### A. El tema en atención a los denominados “entes reguladores”

Los fenómenos relacionados con la transformación o modernización del Estado, que dio inicio una vez derrocado el régimen de Noriega, vino a propiciar la aplicación de las fórmulas o recetas de los organismos multilaterales de crédito.

Para poder ser sujeto de crédito, era condición necesaria adoptar medidas para sanear las arcas públicas, a través del control del gasto (por medio, por ejemplo, de la reducción abrupta de la planilla estatal), reducir la burocracia administrativa, incentivando la calidad del servicio que ésta presta a los asociados, de acuerdo a los programas de ajuste estructural.

Muchos de estos planes foráneos habían sido paralizados por la oposición del movimiento popular en la década de los ochenta del siglo pasado, entre éstos, la privatización de algunos servicios públicos como los de electricidad y telecomunicaciones<sup>22</sup>; la venta de ciertas empresas públicas (como Cemento Bayano e Ingenios Azucareros).

A nivel económico hubo grandes cambios porque el Estado se sustraío de gran parte de su intervención como agente en ese sector para convertirse, según

<sup>21</sup> Cf. Art. 322, inciso segundo. Es consabido el importante servicio que presta el Canal de Panamá a la navegación mundial, sobre todo para el comercio de mercaderías. Esta vía interoceánica, capaz de ser catalogada como una de las “Maravillas del Mundo”, sirve con eficiencia desde el 15 de agosto de 1914 a ese propósito. La historia previa y la posterior a su creación estuvo plagada de conflictos entre Panamá y Los Estados Unidos de América, iniciados prácticamente antes de haberse secado la tinta con que el inescrupuloso Bunau Varilla, importante accionista de la Compañía del Canal Francés (en insolvencia para acometer y culminar la obra iniciada por el famoso Ferdinand De Lesseps) y los diplomáticos norteamericanos, suscribieron el acuerdo de 1903, para poseer “a perpetuidad” una franja territorial por el mismo centro de la naciente República. En 1977, luego de un proceso complejo en que se amplió con atinada estrategia negociadora por el equipo panameño la participación del tema canalero a la conciencia latinoamericana y mundial, se firmó el Tratado Torrijos-Carter, que puso término a la presencia norteamericana en suelo patrio, hecho que ocurrió al mediodía del 31 de diciembre de 1999.

<sup>22</sup> El Estado detenta el 49% accionario en el empresa Cable & Wireless Panama, S.A., por lo que es una empresa de economía mixta. Los empleados conservan el 2%, mientras que el capital privado el otro 49%.

al reglas de la neoliberalización, en un fiscalizador del cumplimiento de las normas antimonopolio y de la libre concurrencia de los agentes económicos privados, en los sectores liberalizados<sup>23</sup>.

Por parte de las estructuras o funcionamiento de la Administración se adoptaron acciones tendentes a la acentuación de la descentralización por funciones<sup>24</sup>, con la creación de los denominados *entes reguladores*, en sectores tan esenciales como el medioambiente (Autoridad Nacional del Ambiente); los puertos y aeropuertos (Autoridad Marítima de Panamá y Tocumen, S.A.); las telecomunicaciones y la producción, generación y distribución de energía eléctrica, televisión, gas natural y el servicio de alcantarillado sanitario (Autoridad Nacional de los Servicios Públicos); la libre concurrencia al mercado de los agentes económicos y la protección al consumidor (Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia); reorganización del Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales; fusión de ciertos Ministerios, como el de Hacienda y Tesoro y el de Planificación y Política Económica, que pasaron a ser el de Economía y Finanzas (ahora con dos viceministerios: el de Economía y el de Finanzas); creación del Ministerio de Desarrollo Social (antiguo Ministerio de la Mujer, la Niñez, la Juventud y la Familia), redistribución de funciones entre entidades centralizadas, lo que produjo incluso cambio de nomenclaturas

<sup>23</sup> Comúnmente se suele hablar de liberalización y privatización pero pueden marcarse diferencias notables, no sólo desde la perspectiva conceptual sino práctica. Ello es lo que hace el autor Germán Valencia Martín, cuando nos explica que la *liberalización* es un fenómeno ligado a la competencia, que consiste en crear un mercado (esto es, abrir la competencia) en los sectores en los que hasta ahora se excluía la libre iniciativa privada, o en introducir más competencia en sectores en donde ya había libertad de empresa, pero que estaban sometidos a ciertas regulaciones restrictivas de la misma, es el ejemplo, de eliminación o reducción de barreras al comercio exterior, etc.; mientras que la *privatización* está relacionada con la dialéctica entre gestión pública o privada, que consiste en trasladar la gestión de una actividad o empresa de manos públicas a manos privadas, fenómeno que puede adquirir varias modalidades. Cf. *Servicios públicos y organismos reguladores*, en “Derecho Administrativo”, Jurista Editores, E.I.R.L., Lima, Perú, 2004, p. 384.

<sup>24</sup> 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 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 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*. Cf. Mi obra *Estudios de Derecho Público, Cultural Portobelo*, Panamá, capítulo II, 2006, pp. 65-68 (dedicada al insigne Julio Rodolfo Comadira).

ministeriales (es el caso del antiguo Ministerio de Trabajo y Bienestar Social, ahora Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral, traspasando su función benefactora social al entonces Ministerio de la Mujer, la Niñez, la Juventud y la Familia). La creación de la Defensoría del Pueblo, por vía de Ley 7 de 1997, luego elevada a rango constitucional, mediante las últimas modificaciones a la Carta.

Todo esto ha traído una *profusión* en la emisión de reglamentos sin control, presuntamente 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 a esta “potestad reglamentaria”, es que no está reconocida por la Constitución, lo que plantea posibles inconsistencias jurídicas como lo incomprendible 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; 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.

El Constituyente debió aprovechar la última reforma a la Constitución para proveer algunos parámetros al ejercicio de la potestad reglamentaria -sin límites- que actualmente poseen en Panamá los entes reguladores; para conjurar 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 con el catedrático Germán Valencia Martín 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".<sup>25</sup>

En el caso panameño, que dista lejos de esta descripción puntual del autor español, sugeriría el *afianzamiento* del ejercicio de la *tutela administrativa*<sup>26</sup> sobre los entes reguladores, lo que implica de parte de la Administración central llamada a ejercer el control un aumento del personal técnico en las especialidades y profesiones involucradas en el sector 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<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> VALENCIA MARTÍN. Op. Cit., pp. 407-408.

<sup>26</sup> 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 CN), 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".

<sup>27</sup> Es común en la sociedad panameña la percepción, divulgada por los medios de comunicación a través de encuestas periódicas, de que el antiguo "Ente Regulador de los Servicios Públicos", hoy Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, burlescamente denominado el "*Ente extrangulado*", no cumple su función de vigilar que los servicios prestados a los clientes, por ejemplo, de telefonía residencial, móvil o de teléfonos públicos, cumpla con las expectativas de calidad, cobertura y precios razonables y no exorbitantes, como es la tónica imperante, lo que contradice los objetivos establecidos en la Ley de privatizaciones, que se pregonaron al liberalizar el mercado de las telecomunicaciones. Igual comentario merece el servicio de suministro de energía eléctrica, así como la función -que no llena las expectativas- de la Autoridad de Protección al

Considero que esto disminuiría en proporción estimable, los actuales conflictos que atiborran a la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, instancia final y única de los asociados para enmendar los agravios al derecho subjetivo o a la legalidad genérica.

Una visión precavida e institucional aconseja que, más temprano que tarde, sea creada una instancia de desahogo previa a esta Sala, que aligere el sistema de control de legalidad, cuya actual congestión obedece a varias razones, entre ellas, la reciente creación en el marco del “proceso de modernización del Estado”, de entes reguladores y otros organismos públicos de directa relación con los particulares, cuyos actos son demandados frecuentemente como ilegales.

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<sup>28</sup>.

#### **IV. Un nexo de subordinación que debe mantenerse para el respeto de la legalidad y los derechos de las personas**

##### A. Aplicación de leyes y reglamentos por los jueces

Como parte de la función de administrar justicia que consiste en declarar lo que es derecho, y lo que corresponde a cada quien en el proceso, los jueces están compelidos a aplicar la Ley (en sentido material y formal) y la Constitución, como derivado de la obligación a dichos instrumentos que impone esta última en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Siendo ello así, se traduce en la regla *iura novit curia*, por lo que cominado a fallar, no puede alegar oscuridad o insuficiencia de la Ley, bajo apercibimiento de incurrir en denegación de justicia, y, consecuentemente, en responsabilidad, al tenor de los artículos 17 y 18 de la Constitución.

Este deber de *omnisciencia* del juzgador respecto a la Ley formal y material, se morigera un poco tratándose del derecho extranjero, que debe ser probado en el proceso por la parte o interesado, o bien ante ciertas normas jurídicas internas cuando éstas son objeto del debate o litigio.

Consumidor y Defensa de la Competencia (antigua Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor).

<sup>28</sup> SHEFFER TUÑÓN, Javier Ernesto. Estudios..., pp. 235-236.

#### A.1. La consulta y la advertencia de inconstitucionalidad

Panamá es uno de los pocos países en que el control de constitucionalidad prevé una figura que bien puede ser calificada de control incidental de constitucionalidad, cuyo objeto es enervar la posibilidad de que las autoridades encargadas de impartir justicia apliquen disposiciones *legales* o *reglamentarias* contrarias al texto o al espíritu de la Constitución.

El artículo 206, numeral 1, de la Ley Fundamental regula esta figura a especie de demanda incidental utilizable tanto por la parte, en cuyo caso se denomina *advertencia de inconstitucionalidad*, o por la misma autoridad judicial o administrativa encargada de resolver el caso, en cuyo supuesto recibe la denominación de consulta. El Tribunal competente en ambos supuestos es el Pleno de la Corte Suprema. La advertencia debe ser remitida dentro de los dos días siguientes a su presentación por la parte o advertidor.

Las figuras mencionadas deben ser promovidas antes de la aplicación de la norma legal o reglamentaria objeto de cuestionamiento. Además, no debe recaer sobre disposiciones de carácter procesal; sino sustantivas que establecen derechos o imponen obligaciones violatorias de la Constitución. De lo contrario, la advertencia pudiera ser empleada por la parte o partes como un instrumento con fines ajenos a su consagración (cual táctica dilatoria), que pondría en entredicho la lealtad y buena fe procesal.

Esta limitación también se sustenta en que sería incompatible con la regulación constitucional que ordena que el proceso originario se siga sustanciando hasta colocarlo en estado de decidir, mientras se resuelve la consulta o la advertencia; actuación que no se adelantaría por haber sido demandadas como inconstitucionales normas sobre competencia, el rito procesal, reparto de expedientes, etc.

La parte o autoridad sólo puede promover una advertencia o consulta por instancia.

#### A.2. El contencioso de apreciación de validez

Es un mecanismo de consulta respecto del valor legal de los actos administrativos, que incluye los de carácter impersonal, que deben servir de base

a una decisión jurisdiccional, por lo que el sujeto procesal legitimado para promoverlo es el juez o tribunal, que consulta a la Sala Tercera acerca de la validez del acto o norma reglamentaria, *antes de ser aplicada*.

La competencia así ejercida por la Sala es de carácter *prejudicial*. Dicho mecanismo de consulta, como es obvio, se enmarca en el plano del control de legalidad de los actos de la Administración y es un elemento que determina la obligatoriedad de los jueces de aplicar las leyes en sentido material; siendo conveniente que en esa noble tarea no se actúe irreflexivamente, por lo que la Sala deberá pronunciarse sobre la validez del acto o disposición objeto de consulta<sup>29</sup>.

Este tipo de consulta pueden efectuarla los jueces y magistrados de cualquier jurisdicción ante la Sala Tercera, cuando abriguen dudas sobre la legitimidad de la norma reglamentaria en que han de apoyar su decisión judicial.

Universidad Externado, Colombia, julio de 2007.

---

<sup>29</sup> Este contencioso está previsto por la Constitución, artículo 206, numeral 2, y lo desarrolla el Código Judicial, artículo 97, numeral 12.