

Un camino posible en pos de la reforma del contencioso administrativo en Panamá

Javier Ernesto Sheffer Tuñón*

Sumario:

- I. Introducción. II. Recuento histórico conciso del contencioso administrativo patrio. III. Aspectos del régimen vigente sujetos a actualización o reforma. IV. Incidencia de la aparente Huida del Derecho Administrativo. V. Conclusión.

I. Introducción

De seguido comparto un cúmulo de reflexiones sobre el Derecho Administrativo panameño y, de modo específico acerca de lo contencioso administrativo.

Sabido es que lo contencioso administrativo es una **institución de garantía** que, técnicamente, está diseñada para la tutela o protección de derechos de los particulares que se estiman violados, contravenidos o afectados a causa de una acción u omisión administrativa, que debe ser controlada por un organismo jurisdiccional.

¿Pero quién o qué autoridad -tratándose de actos administrativos- tiene la potestad suficiente y legitimidad constitucional dentro de Estado de Derecho para llevar a cabo esa tarea de control?

Efectivamente, en los países de tradición similar a la iniciada en el Derecho francés, por el Tribunal de Conflictos, ha de ser una Corte, Consejo o Tribunal de lo contencioso administrativo.

El título de esta exposición no tiene otra pretensión que esbozar algunas ideas en torno a la necesidad en Panamá de reformar el actual sistema contencioso administrativo.

Esta necesidad se palpa hondamente en el foro nacional, entre otros indicios por la concentración del poder en manos del Órgano Ejecutivo, que viene a ser una

*Profesor en la Universidad del Istmo, Miembro Fundador del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, por cerca de 17 años fue funcionario del Órgano Judicial y del Ministerio Público (Procuraduría de la Administración), Abogado litigante.

nota distintiva en Latinoamérica. Países que adoptaron el presidencialismo norteamericano, en el que se observa dicha tendencia, con la salvedad y proporción guardada que por debajo del Río Grande los frenos y contrapesos de la tridivisión del poder se ha visto frecuentemente reducido a escasos niveles, y en otras oportunidades ha desaparecido ante la conducción de gobiernos militares o de civiles igualmente autoritarios.

Cualquier persona puede ser afectada por el actuar arbitrario, desviado de la norma, materializado en un acto administrativo de contenido individual o uno de carácter objetivo e impersonal, sujetos ambos al control de la legalidad.

Las vías de hecho no son extrañas en el proceder de la Administración; suelen cometerse por los funcionarios en perjuicio de los particulares. De producirse un daño, éste ha de ser reparado, por lo que es de suyo un requerimiento del sistema que exista un Juez dotado de los instrumentos jurídicos para lograr el cometido de supeditación de la Administración y de sus funcionarios que en ejercicio de una función administrativa violen la Ley, en sentido formal o material. Trátese en este punto de la responsabilidad administrativa o pública de tipo extracontractual, que incluiría la posibilidad que la Administración irrogue daños al particular producto de una actividad lícita, sin que medie o importe el concepto de culpa.

Como parte de un legado aprovechable por las futuras generaciones, debe surgir un compromiso serio, respaldado por la voluntad política, de quienes conscientemente procuran una actualización del sistema contencioso vigente en Panamá, para que sus normas -que datan de un poco antes de mediados del siglo XX-, sean puestas a tono con las necesidades o demandas imperantes.

Aspectos tan puntuales como la ampliación del número de medidas cautelares, efectividad y perentoriedad en el cumplimiento de las sentencias contra la Administración, creación de procesos sumarios, rápidos en ciertas materias que no deberían pasar por el proceso ordinario contencioso administrativo, entre otros aspectos expuestos más adelante; pero que por motivos obvios no podrán ser ahondados en este escrito.

II. Recuento histórico conciso del contencioso administrativo patrio

La jurisdicción contencioso administrativa se originó en el sistema jurídico nacional gracias al destacado esfuerzo académico y divulgación en el Foro, del maestro José Dolores Moscote, mediante sus obras: “Introducción al Estudio de la Constitución” (1929), “Estudios constitucionales” (1938), “Derecho constitucional panameño” (1943).

Esfuerzo que sólo el paso del tiempo ha aquilatado, por esa sabia visión que la retrospectiva es capaz de generar en el investigador no condicionado por las circunstancias de aquel pasado.

La Constitución de 1941, en sus artículos 190, 191 y 192 recogió la institución de garantía comentada; denominando Tribunal de lo Contencioso Administrativo al organismo encargado de ejercer la función revisora y fiscalizadora de la legalidad administrativa, ante el cual actuaría el “Fiscal del Tribunal”, hoy en día Procurador o Procuradora de la Administración.

Moscote en su obra “Instituciones de Garantía”, recalca la trascendencia de la institución recién creada y que fue desarrollada por medio de la Ley 135 de 1943.

Cabe recordar que en el hermano país Colombia ya se había adoptado desde 1913 una legislación al respecto, dato que es importante porque ciertos Códigos y otras leyes colombianas permanecieron vigentes en Panamá por razones prácticas de certeza y seguridad jurídica, luego de la secesión de ese Estado, en 1903, en la medida que no fue sino hasta 1917 que entraron en vigencia los primeros Códigos nacionales. Sin embargo, ninguna regulación se refirió a lo contencioso administrativo, tal vez como especie de reflejo de lo que sucedía en el resto del subcontinente latinoamericano, para sólo enmarcarnos en sistemas legales de tradición común.

Por ello es fácil colegir que los primeros 40 años del siglo XX estuvieron marcados por la ausencia de un Juez que juzgara las actuaciones u omisiones de la Administración. Un ejercicio de esta naturaleza chocaba con el “principio de

separación de poderes”, que ha sido receptado desde la primera de las constituciones republicanas.¹

Aunque como resabio del centralismo y esa dominación de la Administración central de decidir e incluso gerenciar aspectos de las municipalidades, sobre todo si éstas como es regular cuentan con escasos recursos para sostenerse, el Código Administrativo de la época, le confería al Presidente de la República, la atribución “como suprema autoridad administrativa”, de “Revisar los acuerdos y los demás actos de los Consejos Municipales y suspenderlos por medio de resoluciones razonadas y únicamente por motivos de inconveniencia e ilegalidad”.

Obsérvese que la atribución literalmente estaba circunscrita a causas de inconveniencia e ilegalidad, ilegalidad que supone un examen o control, como si el ejecutivo nacional fuese el Tribunal llamado a fiscalizar los acuerdos y demás actos del “legislativo local”. Esto es una competencia superada actualmente; pero es claro que en virtud del principio de jerarquía normativa las Alcaldías y los Concejos respectivos han de respetar los Decretos y otros reglamentos que dicte la Administración central.

Los municipios ostentan personalidad jurídica propia por lo que nada obsta para que demanden por medio de las acciones pertinentes aquellas regulaciones o actuaciones de autoridades nacionales o regionales que se estimen atentorias de la autonomía municipal.² Autonomía que fluye de manera directa del artículo 232 constitucional.

¹ Este principio, más que de separación de poderes u órganos, lo ha dicho la jurisprudencia constitucional, es de distribución de funciones en el manejo del poder público, que emana del pueblo como titular de la soberanía, y ya se desprendía del artículo 1 de la Constitución de 1904, al señalar que: “El pueblo panameño se constituye en Nación independiente y soberana, regida por un Gobierno republicano y democrático, bajo la denominación de República de Panamá”. Es consabido que sólo un “gobierno” en que exista democracia y en que uno y otro de sus órganos (legislativo, ejecutivo y judicial) ejerzan controles entre sí, está regido por la división constitucional de funciones. Consultese dicho principio en los artículos 3, 2 y 2 de las Constituciones subsiguientes de 1941, 1946 y 1972, respectivamente. Cf. **FÁBREGA**, Ramón, et. al., Constituciones de la República de Panamá (1972, 1946, 1941, 1904), 1981, págs. 259, 205, 119 y 7.

² Cf. Con igual objetivo pero para sujetar las acciones u omisiones del gobierno local ceñidas a la Ley y la Constitución, se concede acción popular a cualquier persona natural o jurídica para impugnar los acuerdos, resoluciones o actos del Concejo, o de cualesquiera actos de servidores públicos administrativos del Municipio que considere inconstitucionales o ilegales o violatorios de Acuerdos Municipales, de conformidad con el artículo 68 de la Ley 106 de 1973, orgánica del régimen municipal.

Otra forma de ver esta competencia del Presidente de la República prevista por el artículo 633, numeral 6, de ese Código de 1917, que aunque debe estimarse insubsistente por los cambios legislativos y por imperio de las posteriores constituciones a las de 1904³; consiste en que ese espacio de convivencia comunitaria podría ser afectado por actuaciones arbitrarias o ilegales de los Concejos, al expedir los denominados Acuerdos Municipales (leyes en sus respectivos municipios). Por lo que Presidente tenía una especie de control de legalidad específico, porque podía sólo *suspenderlos* por razón de “inconveniencia o ilegalidad”.

En el año 1920 se dio un intento de regular lo contencioso administrativo por intermedio del Diputado Pedro Vidal; pero esta iniciativa no fructificó.

Si bien la jurisdicción se creó constitucionalmente en 1941, la Ley que la desarrolló fue dictada dos años después. Esta Ley fue la 135 de 1943 inspirada en la 167 de 1941 de Colombia.

Vale anotar algunos de los comentarios que hizo Moscote desde la Magistratura del Primer Tribunal Superior de Justicia en la que fungió, por la mora legislativa que se produjo en dictar la Ley reguladora. Destaco el siguiente fallo de 22 de septiembre de 1941:

“Mientras esta jurisdicción no se organice por la ley, es forzoso que el régimen de la justicia administrativa interna, con todos su (sic) defectos, sea el que prevalezca, cuando hayan de dirimirse conflictos derivados de los mencionados casos, órdenes, resoluciones, etc. Mal parada quedaría la autoridad del Tribunal, si por atender el clamor de los que se creen, con razón o sin ella, víctimas de los errores de hecho o de derecho en que incurren algunos funcionarios administrativos, incurriera en la misma peligrosa irregularidad de traspasar, a su vez, la órbita de competencia que la constitución y la ley le han trazado. A este respecto sólo le es dable al Tribunal

³ Recuérdese que de conformidad con el Código Civil, la Constitución “es la ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente. Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra y espíritu, se desechará como insubsistente” (Cf. Art. 35). El artículo 232 de la Carta Política establece la autonomía municipal y con ella la del Consejo Municipal, por lo que incluso constitucionalmente (Art. 242) están previstas las funciones de este cuerpo colegiado, entre ellas “expedir, modificar, reformar y derogar acuerdos y resoluciones municipales”; mientras que las atribuciones del Estatuto del Presidente en la Constitución no prevén aquella antigua facultad de suspender acuerdos municipales (Cf. Arts. 183 y 184 de la CN).

consignar aquí un voto vehemente de esperanza de quienes tengan la facultad de poner en función las leyes complementarias de la nueva carta política se preocupen porque se expida, cuanto antes, la orgánica de lo contencioso-administrativo, sin la cual el querer del constituyente en esta materia carecerá por mucho tiempo del sentido vital que debe ser característico de tan importante institución”.⁴

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo consistió, por lo menos teóricamente, en un Juez especial e independiente de la Administración como de la justicia ordinaria, porque no estaba imbricado en ninguno de los poderes del Estado.

A partir de 1956, según las reformas que se hicieron a la Constitución de 1946, este Tribunal quedó extinguido, y sus funciones fueron asignadas a la Corte Suprema de Justicia, específicamente a una de sus Salas, la Sala Tercera, cambio al que se le ha llamado “judicialización de lo contencioso administrativo”.

Algunos opinan que es preciso volver a separar del Órgano Judicial a la jurisdicción contencioso administrativa, alegando razones de falta de independencia y que la Sala de la Corte no da vida a los principios y fundamentos que promuevan un contencioso administrativo dinámico, de efectivo contralor, y protector de los derechos y garantías de los justiciables. Además, porque se inclina a absolver de las demandas a la Administración, sobre todo si los procesos tienen una “connotación política” relevante por sus actores, de interés para el ejecutivo o por su cuantía.

III. Aspectos del régimen vigente sujetos a actualización o reforma

Autores nacionales han reseñado ciertos temas de interés que deben incluirse en un futuro cambio de la legislación que nos ocupa; la verdad es que existen, como había de esperarse, coincidencias. A continuación, algunos de esos ítem, en una lista y comentarios que no aspiran ser taxativos, porque no pueden serlo.

1. Falta de especialización

⁴ MOSCOTE, J.D. *Instituciones de garantía* (Título XV de la Constitución), Casa Editorial La Moderna, Panamá, 1943, pág. 58.

La Sala Tercera además de conocer de los asuntos contencioso administrativos, tiene la atribución de ventilar el recurso extraordinario de casación laboral. Esto pone en entredicho la especialización del Tribunal integrado por sólo tres Magistrados. Además, este recurso extraordinario es sobre materia extraña a lo contencioso administrativo, que se rige por otros principios ya que se trata de conflictos que derivan de la relación entre capital y trabajo.

Un detalle: el control de legalidad se ejerce sobre actos administrativos no respecto de actos jurisdiccionales, ya de por sí este rasgo ocasiona divergencia en cuanto a la función específica que está llamada a desempeñar la Sala Tercera.

El control que como Tribunal de Casación ejerce lo hace respecto de sentencias de los Tribunales Superiores de Trabajo, que son *actos jurisdiccionales (no de tipo administrativo)*, sujetos a la aplicación de las normas de una legislación distinta a la administrativa, regida por principios igualmente diferentes.

Con el Código de Trabajo de 1972 fue creada la Corte de Casación Laboral, porque la Constitución prevé la jurisdicción del trabajo que es también de carácter especial; no obstante, la Ley 59 de 2001 redujo a una Sala de la Corte Suprema la aspirada Corte de Casación de los codificadores de 1972.

Una política legislativa injustificada sólo cimentada en constantes carencias de fondos o recursos financieros, parecen ser las razones para que se creen normas que dilatan los fines institucionales y con ello soluciones adecuadas, porque la “Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia continuará conociendo del Recurso de Casación Laboral y de cualesquiera otros asuntos que se atribuyan a la Sala de Casación Laboral, *mientras ésta entra en funcionamiento*”.⁵

La deficiencia en la especialización en esta Sala, se ve enfatizada por poco personal instruido en los principios no sólo de la legislación del trabajo, ya que esta no ocupa un carácter residual, sino de las materias del Derecho del Administrativo, producto de la globalización, caso específico del mercado de las telecomunicaciones, el mercado eléctrico, aunado a los temas tributarios y el régimen de los organismos sectoriales concomitantes a ese proceso tecnológico de

⁵ Cf. artículos 1064, numeral 3, del Código de Trabajo de 1972, antes de ser reformado, y el párrafo que acompaña al 460 C del Código Judicial.

transformación del Estado, que enfatiza en los llamados derechos difusos, en la participación ciudadana, en las nuevas tecnologías de la comunicación y la información, íntimamente relacionados con un nuevo concepto de interés legítimo o un simple interés en el asunto objeto de controversia contencioso administrativa, qué no decir de la denominada administración electrónica⁶.

No sólo nos referimos a la especialización profesional que implica exigir más requisitos para ocupar el cargo a los propios aspirantes a Magistrados⁷; sino que a esto se añade el escaso número de asistentes o auxiliares nombrados en propiedad que han de asumir la carga de proyectar⁸ un cúmulo considerable de expedientes, previamente tramitados en Secretaría del Tribunal, cuyo recurso humano tampoco se da abasto.

2. Respeto al debido proceso legal

En mi opinión, no existe una regulación adecuada de los procesos o acciones que se ventilan ante la jurisdicción contenciosa.

El capítulo III de la Ley 135 de 1943 aborda el “...procedimiento ante el Tribunal”, pero no establece claras reglas procedimentales y sólo parece prever un criterio común de sustanciación no importa el tipo de demanda contencioso administrativa de que se trate.

⁶ Resulta no menos que interesante el devenir de ciertos aspectos y proyecciones de la Administración del Siglo XXI, coincido con E. **JINESTA LOBO** en que “las administraciones electrónicas son aquellas que usan de manera extensiva e intensiva tecnologías de la información y la comunicación en su organización, funciones y competencias y relaciones internas, con los fines de racionalizar el gasto público, mejorar la calidad de los servicios públicos, obtener mayores grados de eficiencia y eficacia, transparencia, y participación ciudadana y facilitar la rendición de cuentas y la evaluación del desempeño”. Tratado de Derecho administrativo (Parte General), T. I, Segunda edición ampliada y corregida, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2009, págs. 185-186.

⁷ Ya que la actual Constitución en su artículo 204 sólo requiere para ser Magistrado de la Corte Suprema: 1. Ser panameño por nacimiento, 2. Haber cumplido treinta y cinco años de edad; 3. Hallarse en pleno goce de derechos civiles y políticos; 4. Ser graduado en Derecho con título inscrito; y 5. Haber ejercido la profesión durante 10 años o fungido por ese lapso en un cargo del Órgano Judicial, Ministerio Público, Tribunal Electoral o de la Defensoría del Pueblo, que requiera título universitario en Derecho, o haber sido profesor de Derecho en un establecimiento de enseñanza universitaria por ese lapso.

⁸ Me refiero a elaborar el borrador de sentencia o resolución de que se trate.

Esto no se ajusta al concepto de conformidad “con los trámites legales”, previsto en el artículo 32 de la Constitución, y desatiende el fin de la tutela judicial efectiva.

Según el artículo 32 de la Constitución “Nadie será juzgado, sino por autoridad competente y conforme a los trámites legales, y no más de una vez por la misma causa penal, administrativa, policiva o disciplinaria”.

Aprovecho la oportunidad para decir que la norma en mención presenta una apreciable tautología, bastaba con señalar que en todo tipo de procesos, judiciales o administrativos, debe observarse el debido trámite legal.

En Panamá, el debido proceso fue concebido como un derecho fundamental aplicable solamente a los procesos penales; pero en la actualidad, con la progresiva interpretación del Pleno de la Corte Suprema iniciada desde finales de la década del 70, se abarca a todos los procesos, judiciales y administrativos⁹.

La frase conforme a los trámites legales tiene una connotación jurídica especial, que ha sido recalcada por la jurisprudencia: "La expresión trámites legales que utiliza el artículo 31 (ahora 32) de la Constitución no puede interpretarse en el sentido común que le da el diccionario. La expresión es

⁹ La Corte Suprema ha fijado en numerosos precedentes el sentido y alcance del artículo 32 constitucional, por ejemplo, en Sentencia de 29 de julio de 1992 estableció: "El Pleno considera conveniente reiterar que la garantía constitucional del debido proceso consagrada en el artículo 32 de la Constitución es una institución instrumental en virtud de la cual debe asegurarse a las partes en todo proceso - legalmente establecido y que se desarrolle sin dilaciones injustificadas- oportunidad razonable de ser oídas por un tribunal competente, predeterminado por la ley, independiente e imparcial, de pronunciarse respecto de las pretensiones y manifestaciones de la parte contraria, de aportar pruebas lícitas relacionadas con el objeto del proceso y de contradecir las aportadas por la contraparte, de hacer uso de los medios de impugnación consagrados por la ley contra resoluciones judiciales motivadas y conforme a derecho, de tal manera que las personas puedan defender efectivamente sus derechos". Sentencia de 5 de abril de 2006. Caso: Carlos Carrillo Gomila y Otro, en nombre y representación de la señora Brenda Libertad De Icaza, promueven acción de inconstitucionalidad contra la Resolución fechada el 21 de febrero de 2002, dentro del reparto No.263-2000-JUR del Tribunal Electoral, MP. José A. Troyano.

comprensiva de vía procesal adecuada y de formas esenciales que constituyen garantía suficiente de un proceso regular." ¹⁰

Igualmente, según el bloque de la constitucionalidad, fórmula de interpretación e integración de la Constitución utilizada por la Corte mayormente en los años 90 del siglo pasado, integran el debido proceso, las declaraciones sobre derechos fundamentales aprobadas en tratados internacionales, muy singulamente el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 22 de noviembre de 1969, por lo regular conocida como Pacto de San José.

Esta expansión se ha visto incrementada más aún con la incorporación del derecho fundamental a un debido proceso de la denominada **tutela judicial efectiva**, hecha por el Pleno (sentencia de inconstitucionalidad de 20 de octubre de 1992) que constituye, además, un derecho fundamental de contenido múltiple (acceso a los tribunales, derecho a una sentencia dictada con arreglo al sistema de fuentes, derecho a recurrir mediante los recursos legalmente establecidos y a que la sentencia sea ejecutada en sus propios términos), incorporación ésta que ha enriquecido, por vía jurisdiccional, de manera espectacular el derecho fundamental a un debido proceso.¹¹

La jurisdicción contencioso administrativa conoce de demandas de plena jurisdicción, nulidad, apreciación de validez e interpretación, que son las acciones tradicionales, constitucionalmente previstas en el numeral 2 del artículo 206 de la Constitución, además de los contenciosos establecidos en leyes especiales; pero con la deficiencia que no regular procedimientos que se ajusten a las

¹⁰ Cf. Sentencia de 14 de abril de 1983. Citada en Sentencia calendada 16 de enero de 1985. Registro Judicial, enero de 1985, pág. 69.

¹¹ Cf. Pleno. Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 16 de octubre de 2002. Caso: Amparo de derechos y garantías fundamentales promovido por Abel Comrie, en representación de Multimax, S.A., contra la sentencia No. 109, de 31 de diciembre de 2001, emitida por el Juzgado Noveno de Circuito Civil del Primer Circuito Judicial, de Panamá, MP. Rogelio Fábrega Zarak.

singularidades de cada cual, para su sustanciación. Los siguientes ejemplos son tipos de causas previstas en leyes especiales:

- a. Viabilidad jurídica de pago o cumplimiento del acto** (Art. 77 de la Ley 32 de 1984, Orgánica de la Contraloría General de la República), demanda cuya *legitimación activa* corresponde al Contralor General;
- b. Contencioso de protección de los derechos humanos “justiciables”** (Ley 15 de 1991). Esta norma ordena que este contencioso por medio de cual se atacan actos sólo de *autoridades de carácter nacional* y no hay que agotar la vía administrativa, prevé que se sustancie conforme a las Leyes de la jurisdicción, y éstas carecen de procedimiento apropiado;
- c. Consulta o advertencia de ilegalidad.** Éste es un nuevo contencioso (Art. 73 de la Ley 38 de 2000), que viene a establecer la posibilidad que en la tramitación del proceso, *si la autoridad encargada de decidir advirtiera o se lo advirtiera alguna de las partes*, que la norma reglamentaria que constituye el fundamento de la decisión o resolución a adoptar *en la vía administrativa* tiene vicios de ilegalidad, habrá de someter la advertencia o la consulta a la Sala Tercera, para que ésta decida. La figura mimetiza la advertencia y la consulta de inconstitucionalidad, sólo que ahora en el plano de la legalidad, a modo de un control preventivo y prejudicial. Sin embargo, la Ley 38 de 2000, no establece el régimen procedural de los citados mecanismos de consulta. La jurisprudencia se ha pronunciado al respecto, mas no corresponde a los Tribunales crear las normas legales (sustantivas y procedimentales) sino declarar el derecho;¹²

¹² Ahora bien, el artículo 206, numeral 2, de la Carta Magna establece la facultad de la Sala Tercera para, coetáneo al ejercicio de la función de control de legalidad, pueda “*estatuir nuevas disposiciones en reemplazo de las impugnadas*”; pero a mi juicio y siendo respetuosos del principio antes anotado en cuanto a que el legislador crea la Ley y el Juez con base en ella declara el derecho, debe ser de interpretación restrictiva. La verdad es que en pocas ocasiones la Sala hace uso de esta “competencia”, que es muy útil pero considero que debe seguir aplicándose de manera prudente en asuntos en que la declaratoria de ilegalidad por nulidad o por demanda de plena jurisdicción genere una situación de vacío o irregular, no compatible con la función de garantía o tutela que reviste a la jurisdicción, y en suma con la seguridad jurídica.

d. Contenciosos de indemnización o reparación directa. En estos contenciosos no hay que agotar la vía administrativa; están previstos en los numerales 8, 9 y 10 del artículo 97 del Código Judicial, y sirven para hacer viable el principio de responsabilidad administrativa o pública que emana del artículo 18 de la Constitución. Se entiende que también deben ajustarse a los requisitos que ha de cumplir “Toda demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa”, requerimientos exigidos por el artículo 43 de la Ley 135 de 1943, pero como los anteriores, la tramitación utiliza lo que antes denominé “criterio común de sustanciación” no importa el tipo de demanda;

e. Procesos por cobro coactivo. En este rubro la Sala funge como especie de Tribunal de apelación, de incidentes, tercerías propuestos por los ejecutados; no como instancia primaria; sin embargo, la sustanciación de cara a las normas existentes para los juicios ejecutivos del Código Judicial, lo que refleja es cierto grado de inconsistencia y no plenitud de lo contencioso administrativo;

f. Recurso de apelación contra los *laudos arbitrales* proferidos por la Junta de Relaciones Laborales de la Autoridad del Canal de Panamá (Ley 19 de 1997), o de la Superintendencia de Bancos, en caso de una liquidación bancaria. Estos ejemplos y otros colocan mayor énfasis en la crisis del sistema y lo curioso es que suelen seguir añadiéndosele competencias para conocer de asuntos no regidos por el Derecho Administrativo, convirtiendo la jurisdicción especial en una especie de depósito jurídico de aquellos temas que no tienen qué Tribunal los decida.

Comparto el criterio que la nueva regulación o modificación que se introduzca debe prever **trámites ordinarios, sumarios o abreviados**, para ventilar las distintas causas que concluyan en resoluciones ya sea declarativas, de condenas o mixtas, para que se respete el concepto implicado en la frase “conforme a los trámites legales”.

3. La mora judicial

Anualmente ingresan a la Sala Tercera más de mil asuntos repartidos entre sus tres (3) Magistrados integrantes, lo que indica, por una parte, una actividad de

pleitos importante entre el Estado y los particulares; sin embargo, llama a la reflexión porque muchos de esos casos habrían de haber obtenido composición en la esfera administrativa; al no ocurrir, se produce un atiborramiento en la esfera jurisdiccional o judicial, e incide en el rezago judicial. Principios como la gratuidad, *ininterrupción* de la prestación del servicio de administración de justicia, son afectados directamente, y la rapidez en la sustanciación del expediente y la emisión de la sentencia, se constituyen en puntos vitales para los interesados.

Decisión con prontitud de los casos sometidos a consideración es uno de los anhelos más queridos por aquéllos, esto es lo que ordena la Constitución pero no se cumple. Justicia tardía realmente es injusticia, o que la justicia tarda pero llega, no es el ideal de lo que debemos recibir los asociados. El límite va mucho más allá de un conformismo basado en que algún día será decidido el proceso.

La centralidad en la persona humana y el respeto de su dignidad exigen a los operadores públicos que el objetivo de justicia pronta y eficaz sea parte del norte principal de sus esfuerzos, de otra manera, padece la tutela judicial efectiva.

En Panamá, la sustanciación de los procesos ante la Sala demoran entre año y medio a dos años. En países como Colombia, Argentina, Uruguay, duran mucho más. En España e Italia se prolongan bastante tiempo. Son sociedades concretas con mucha más población que la nuestra, en donde sí está estratificada en sus distintos niveles dicha jurisdicción; en nuestro país no existe más que un tribunal contencioso administrativo, que es la Sala Tercera; la jurisdicción no posee -por lo que no puede respetar- el principio de la doble instancia.

4. Papel de la Procuraduría de la Administración

Éste punto incide de manera directa en el concepto de equilibrio procesal de las partes. En el contencioso administrativo, el principio de igualdad procesal se desvanece porque, materialmente, la Administración posee un poder y recursos envolventes, de cara al particular que litiga contra ella. Aun si comparativamente el ente público tuviese como contrincante particulares de significativos caudales económicos, el Estado siempre tiene un peso específico y determinante, porque fingidamente encarna el interés general o público.

De todos modos, el papel que viene jugando la Procuraduría de la Administración contribuye, en mi humilde concepto, a generar un desequilibrio procesal, en las causas en que por imperio de la Ley debe defender los intereses estatales. Como parte del Ministerio Público, dicha entidad tiene asignada la atribución de defender los intereses de la Nación. Al intervenir en todos los procesos contencioso administrativos que se ventilen ante la Sala Tercera, debe defender a ésta última. Asume la defensa del acto administrativo aunque éste sea abiertamente violador de la Ley objetiva o de derechos subjetivos.

Esta desigualdad que surge de los hechos no es compensada con una desigualdad jurídica que aligere la carga del poder “omnímodo” de la Administración, que por encarnar el *interés público* se ve provista por normas procesales de garantías y prerrogativas en juicio, como las de atenuación de ejecución contra el Estado, inembargabilidad de sus bienes, que ya de por sí son obstáculos formidables contra el particular.

Este requisito de intervención en defensa de la Administración no es de tipo constitucional, sino legal. Antes de la inserción en la Ley 38 de 2000, estaba previsto en el Código Judicial, en las funciones que este Código asignaba al Procurador de la Administración como parte del Ministerio Público (Cf. Art. 219 de la CN).

Si por una suerte de interpretación extensiva, entendiéramos que la Procuraduría de la Administración por estar adscrita al Ministerio Público está obligada en todos los casos contencioso administrativos en que un particular endilga nulidad a un acto que reputa ilegal y pide que se restablezca su derecho, a defender a “ultranza” ese acto por muy ominoso o ilegal que fuere, amparándose en la atribución genérica del Ministerio Público de defender los intereses del Estado y del Municipio (Art. 220, numeral 1, de la CN), equivaldría a suponer que la Procuraduría no es consecuente con el principio de legalidad y responsabilidad que emana de los artículos 17 y 18 de la Constitución.

El principio de legalidad es de rango constitucional. “En el Estado de Derecho todas las actuaciones del poder público y, obviamente, de la

administración, deben sujetarse a la ley. Significa, pues, este principio, la racionalización del ejercicio del poder público, despojándolo de todo factor subjetivo y discrecional...”¹³ La legalidad en el actuar administrativo está contenida en la expresión *juridicidad* como prefieren llamarla algunos, porque con este vocablo se abarca todo el sistema normativo.

En la sentencia de 16 de abril de 2003 de la Sala Tercera, se puede avistar una posición acorde, cuando predica de la estricta legalidad -potenciada por el artículo 34 de la Ley 38 de 2000- que: “... los organismos y funcionarios sólo pueden hacer lo que la Ley manda u ordena, lo que exige que sus acciones u omisiones deben estar precedidos de una base normativa que los sustente”.

El objetivo de este principio es *supeditar a la Administración Pública a la observancia de la juridicidad que subsume todo el ordenamiento, preserva la seguridad jurídica al ser garantía de protección de derechos de los asociados y deberes correlativos exigibles a éstos, y marca las pautas imprescindibles del correcto desenvolvimiento del aparato público, en consonancia con la noción y práctica del Estado Constitucional y Social de Derecho.*¹⁴

Mediante sentencia de 12 de febrero de 2004, dicha Sala acogió el concepto de **juridicidad** expuesto por el autor argentino Comadira¹⁵. Para este administrativista, el concepto “*nuclea...todo el sistema normativo*”, e incluye: 1. los principios generales del derecho, 2. la Constitución, 3. los precedentes administrativos en cuyo seguimiento esté comprometido el principio de igualdad, 4. los tratados internacionales, 5. la ley formal, 6. los reglamentos, y, 7. ciertos contratos administrativos.¹⁶

¹³ Derecho Constitucional (Curso para jueces de la República), ESCUELA JUDICIAL “RODRIGO LARA BONILLA”, Ministerio de Justicia, Bogotá, 1988, pág. 19.

¹⁴ Caso: Agro Investment Lusel Inc., demanda la nulidad de la Resolución No. D.N.189-99, de 18 de junio de 1999, dictada por la Dirección Nacional de Reforma Agraria, MP. Adán Arjona.

¹⁵Cf. **COMADIRA**, J. Derecho Administrativo, Segunda edición, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, págs. 125, 130-133.

¹⁶Cf. Caso: Centro Vocacional Basilio Lakas vs. Ministerio de la Juventud, la Niñez, la Mujer y la Familia, MP. Adán Arjona. Citado por: **SHEFFER TUÑÓN**, J. Estudios de Derecho Público, Editorial Cultural Portobelo, Panamá, 2006, pág. 35.

La reforma del rol de la Procuraduría de la Administración ante el contencioso, ya fue referida en el ensayo de Constitución creado por el Instituto de Estudios Políticos (IDEN), de 1994, según ésta connotación:

“Artículo 248.- (Carácter de la intervención del Procurador). La intervención del Procurador de la Administración en los procesos contencioso-administrativos deberá ser en defensa de la integridad de la Ley”.

En el Derecho Comparado la Constitución de uruguaya contempla una figura similar que actúa ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, denominado Procurador del Estado, y se le asigna la función de defensor de la legalidad:

“Artículo 315. El Procurador del Estado en lo Contencioso-Administrativo será necesariamente oído, en último término, en todos los asuntos de la jurisdicción del Tribunal.

El Procurador del Estado en lo contencioso Administrativo es independiente en el ejercicio de sus funciones. Puede, en consecuencia, dictaminar **según su convicción, estableciendo las conclusiones que crea arregladas a derecho**.

La norma copiada otorga al Procurador de lo Contencioso Administrativo en el país suramericano una independencia en el ejercicio de sus funciones en interés de la Ley, de rango Constitucional, respetuosa de la noción de Estado de Derecho, para que actúe como un fiscalizador de la legalidad en las actuaciones del expediente contencioso administrativo.

Con las normas legales en la actualidad vigentes, puede ser ejercida por la Procuraduría de la Administración, según el principio de legalidad, que es cardinal en cualquier Estado que se repute a sí mismo constitucional, responsable y democrático de Derecho.

La aparente falta de representación del Estado o de la Administración en el proceso contencioso administrativo puede ser suplida mediante:

a. El Despacho de Asesoría Legal de la respectiva entidad demandada. La propia institución estaría llamada a asumir la representación judicial, lo que se justifica además porque de ella proviene el acto acusado de ilegal; o,

b. Un “Cuerpo de abogados de Estado”, como existe en otros países, que ejerza esta función, organismo con abogados profesionalizados en distintas disciplinas y especialidades del Derecho Administrativo y otras ramas de la Ciencia.

En Uruguay el artículo 316 de la Constitución ha previsto que “*La autoridad demandada podrá hacerse representar o asesorar por quien crea conveniente*”.

5. Normativización de algunos principios e innovaciones introducidos por la jurisprudencia¹⁷

Se han dado cambios en el sistema que se evidencian en la entronización de algunos principios que ha predicado la Sala, sobre todo, del procedimiento administrativo, pero que han incidido en su actuación a través de sus pronunciamientos de invalidez, que es recomendable que sean positivizados, esto es, puestos en blanco y negro en la Ley, como fue el caso de la intervención del Procurador de la Administración en los procesos por jurisdicción coactiva, concretamente las incidencias, apelaciones, tercerías y otros asuntos que son conocidos por la Sala Tercera; pero la Ley no establecía cuál era el rol del Ministerio Público.

Fue la jurisprudencia la que señaló que el Procurador debía intervenir en interés de la Ley, para evitar un desequilibrio procesal entre ejecutado y ejecutante (entidad pública). Luego este avance fue recogido por el numeral 5, artículo 5, de la Ley 38 de 2000. Lo mismo puede hacerse con las siguientes figuras abordadas por la Sala:

- a. Buena fe en las actuaciones administrativas.
- b. Proporcionalidad en la aplicación de las sanciones disciplinarias (debe existir una gradación razonable entre el hecho cometido y la sanción correspondiente).
- c. Informalidad (vinculado con la buena fe en las actuaciones administrativas).
- d. “*In dubio pro actione*”.

¹⁷ Cf. **SHEFFER TUÑÓN**, J. Derecho Administrativo y Derecho Constitucional (Praxis y orden jurídico panameño vigente), Editorial Portobelo, Panamá, 2010, págs. 383-384.

e. El interés público (o bien común) como motivo de revocación del acto administrativo, entre otros que no están contenidos en las leyes reguladoras de la institución, o sea, la 135 de 1943, la 33 de 1946 y la 38 de 2000.

Cabe tener presente que el Código Judicial es fuente supletoria de este régimen; pero, en gran cantidad de ocasiones, se convierte por las lagunas y deficiencias de las leyes especiales reguladoras, en Ley procesal de aplicación directa.

6. Creación de la doble instancia en la jurisdicción¹⁸

La centralización de la justicia administrativa es consagrada por la propia Constitución (Art. 206, numeral 2). La misma ha traído un atiborramiento del Tribunal por el paso de los años y crecimiento del país y esa inevitable relación entre el Estado como prestador de servicios públicos y el particular.

Mi experiencia como integrante que fui de ese equipo de trabajo, me indica que para el mejor ejercicio del control judicial de la Administración, es necesario la creación de por lo menos dos Tribunales de primera instancia administrativos (distritales) previos al Tribunal Máximo de lo Contencioso Administrativo, para que éste, si persiste la disconformidad del o los justiciables, continúe haciendo lo que desde la eliminación del recurso de revisión de sus resoluciones por la Corte Suprema (1945) y su posterior adscripción como una Sala de dicha Corte (1956), o sea, ser en la práctica y por imperativo constitucional un Tribunal administrativo de casación.

Esto ocurre por mandato constitucional debido a que los fallos del Pleno y cualquiera de las Salas de la Corte Suprema son finales, definitivos y obligatorios, en otras palabras, no admiten recurso alguno. Técnicamente si se crea una primera instancia jurisdiccional previa a la Sala Tercera, ésta funcionaría como un Tribunal de Apelación, pero sus fallos conservarían el efecto jurídico descrito por el actual párrafo final del artículo 206 de la Constitución.

Aunque se ha dicho en más de una oportunidad que el tema de los recursos judiciales es un asunto de política legislativa, lo cierto es que el debido proceso

¹⁸ SHEFFER TUÑÓN, J. Op cit., págs. 379-382.

reclama para un adecuado ejercicio del derecho de defensa la intervención del doble grado de jurisdicción; además que la reforma sugerida serviría para achicar el espacio a la comisión de errores judiciales, por lo menos la posibilidad de ventilación del proceso o causa en dos instancias distintas, cosa que en los tiempos presentes y desde hace largo período no está garantizado.

La justicia administrativa debe asegurar la doble instancia en el proceso contencioso administrativo, en aquellos casos, sobre todo de derechos subjetivos lesionados (plena jurisdicción, que es el tipo de demanda de mayor número que se presenta ante la Sala). También en los contenciosos de indemnización, toda vez que mediante ellos se exige responsabilidad de la Administración por ocasionar daños y perjuicios.

7. Ampliar el régimen de medidas cautelares

Considero que el derecho a la tutela cautelar es un producto vinculado linealmente con la *presunción de legalidad* del acto administrativo.

Por razón del principio de *autotutela administrativa*, la Administración puede proceder a ejecutarlo aquél por sí misma, sin la intervención de otra fuerza coactiva que sus propios medios autorizados por la Ley. Si es necesario, debido a la resistencia del sujeto obligado, el acto puede imponerse contra la voluntad de éste.

Panamá sólo cuenta con una medida cautelar, que es la histórica suspensión de los efectos del acto administrativo.

Esto ocasiona fundadas críticas por el desfase que tiene el sistema con los recientes regímenes procesales contencioso administrativos que se han aprobado en otros países, el mejor ejemplo en estos momentos, es el de Costa Rica.

El ámbito restringido de la suspensión es mucho más censurable porque su adopción o no queda librada a la discrecionalidad de la Sala en Pleno. El artículo 74 de la Ley 135 de 1943 que dispone esta potestad, señala en qué supuestos no procede la suspensión del acto. En el caso de *tributos municipales*, ha merecido pronunciamientos de la jurisprudencia aceptando su suspensión. También se ha concedido respecto de actos reglamentarios, porque desde 1965 hasta 1991 el criterio fue negar la pretensión cautelar. En igual senda, se ha permitido la suspensión de los contratos administrativos.

Estas posiciones de la judicatura podrían estimarse como excesivas y sin un sustento legal; sin embargo, son estimuladas por una regulación procesal que no brinda mayores oportunidades. La corriente en otros países ha renovado éste y otros temas en sus respectivas regulaciones.

Lo medular es que la sola suspensión provisional es insuficiente para asegurar las resultas del juicio, o un antípico de justicia ante la exhibición de un derecho por el actor que parece razonable y ajustado a la Ley.

Propongo:

- a. La inclusión en el nuevo régimen de Medidas Innominadas para que según la solicitud y las exigencias cautelares del caso concreto, pueda el Juez de lo Contencioso proveer anticipadamente sobre el reclamo justo.
- b. La inscripción de la demanda que recaiga sobre un derecho real en el Registro Público, medida ésta que hoy la propia Administración activa adopta.
- c. Que la Administración cumpla provisionalmente con el pago de un crédito o derecho que resulta notorio, y medidas procesales similares que no deben comprometer el interés público, sino que vienen a ser parte de los fines constitucionales de ausencia de formalismos, economía procesal, y que el objeto del proceso es el reconocimiento de los derechos consignados en la Ley substancial¹⁹.

8. La ausencia de una Ley de organización administrativa del Estado

Este factor lo estimo como un elemento complementario a la reforma sugerida, y es que se palpa cómo a la Administración se le están incardinando múltiples dependencias, sin un orden o hilo conductor en cuanto a principios comunes a los entes, ya sean éstos centralizados o descentralizados.

Tal complejidad es engorrosa para los particulares que se acercan a ella en busca de orientación para un asunto que les concierne, solicitar algún permiso, pagar alguna contribución o tributo, definir un estatus jurídico o constituir uno nuevo, por lo que esa Administración cada vez con más intensidad está requiriendo un orden, dentro de su expansión, una sistematización en su estructura organizativa y competencial.

¹⁹ Art. 215 de la CN.

De ahí que, sea también necesaria la emisión de una Ley que dé coherencia a esas expectativas de los asociados, a través de una norma de la función administrativa del Estado.

Una Ley de esta naturaleza que existe en otros países como España, Colombia, Argentina, Costa Rica, Chile, etc. Ha de concebir e irradiar al sistema unos principios comunes para todo el engranaje público, con independencia de la especialidad que desempeñen o servicio público que presten.

Serían comunes principios como: ética, coordinación administrativa, legalidad, transparencia, eficiencia, eficacia²⁰, jerarquía, descentralización, desconcentración, etc., que aunque han venido siendo pregonados por leyes como la 33 de 1984 y recientemente por la 38 de 2000, cuyo libro segundo regula el procedimiento administrativo general, se requiere de una Ley especial mucho más abarcadora para sistematizar esta función del Estado, que es una cuestión más que procedural, de tipo orgánica y estructural.

De suyo esto afectaría positivamente el contencioso administrativo porque la difusión clara de las competencias de los organismos públicos, el cúmulo de atribuciones que le atan y los principios que orientan sus fines, operarían como un control preventivo de legalidad. Muchas omisiones o acciones de infracción directa de la Ley obedecen al poco o ningún conocimiento de lo que como funcionarios públicos se puede o no hacer; esa es una falencia que exige la profesionalización de la función pública.

9. Posibilidad de incluir métodos alternos de resolución de controversias administrativas.

Que el litigio contencioso administrativo encuentre una solución que signifique ahorro de tiempo, costos y *autocomposición* por la intervención directa de los interesados en el asunto, es una posibilidad acorde con las corrientes que

²⁰ Cf. DURÁN MARTÍNEZ, A. Estudios de Derecho Público, Volumen II, Mastergraf, SRL, Montevideo, 2008, págs. 5-19. Este autor uruguayo aborda de modo interesante las connotaciones del principio de eficacia en la Administración; refiere a algunas constituciones que expresamente incluyen el mismo. Es el caso de la Constitución española, que en su artículo 103 prevé que “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”.

existen sobre las ventajas que ofrecen los medios alternos de resolución de controversias o disputas (MASC).

Habría que explorar esta posibilidad en cuanto estén debidamente salvaguardados el interés y el orden públicos, y haya un acuerdo negociado ante el Tribunal Contencioso Administrativo, con ausencia de formalismos, pragmático y tendiente a solidificar la cultura de paz.

10. Precisar a quién compete evacuar el Informe de Conducta y suscribirlo

El proceso contencioso administrativo se desenvuelve con la casi nula participación del ente demandado. Únicamente rinde una explicación de su conducta en la etapa correspondiente a requerimiento del Tribunal, cuyos parámetros de elaboración no están consagrados en la Ley; pero que la jurisprudencia ha venido decantando diciendo, por ejemplo, que ese documento no encierra la contestación de una demanda, pero sí debe explicar las razones de la conducta que yacen en la acción u omisión demandada.

Otro aspecto es a quién compete la suscripción de ese documento. La lógica jurídica indica que al representante legal o quien ostente por delegación esa función para un acto concreto.

Lo cierto es que han sido emitidos Informes de Conducta suscritos por los asesores legales de las dependencias sin que aclaren si han sido delegados para ese acto.

La reforma debe aprovecharse para regular este importante acto procesal, porque es un elemento que está destinado a ilustrar al Juez contencioso administrativo sobre la legitimidad o no de la actuación del ente demandado, sobre las causas justificantes de su comportamiento materializado en un acto administrativo, en una omisión, vía de hecho u operación administrativa acusados de ser ilegales.

11. Atenuar la carga de la prueba acerca del silencio administrativo

El *onus probandi* de que la Administración ha callado en pronunciarse sobre el recurso o petición que ante ella se ha hecho es de carga del particular dentro del contencioso administrativo.

Esta exigencia resulta bastante onerosa cumplirla por cuanto la dependencia oficial, además de no pronunciarse sobre aquellos extremos, sabedora que el interesado tiene esa carga que debe acreditar ante el contencioso, omite también darle la certificación de que no se ha pronunciado expresamente.

Sencillamente esta carga procesal debe atenuarse buscando una alternativa media. Sugiero que la Sala con la sola afirmación del demandante, antes de admitir la demanda, recabe la información del ente o funcionario demandado en el sentido de si ha dado o no respuesta a la petición o recurso del actor. Esto evitaría demandas sin antes agotar la instancia administrativa, estando obligados a ello, como lo exige la Ley en las acciones de plena jurisdicción.

12. Atenuar el formalismo para la recepción o admisión de las demandas

La Ley 38 de 2000 eliminó, entre otros, el artículo 26 de la Ley 135 de 1943 modificada por la Ley 33 de 1946, a fin de que los motivos de ilegalidad no fueran más el obstáculo para que por ciertos formalismos se dejara de admitir las demandas, sin un análisis del fondo de la controversia.

Antes de la derogatoria, la infracción literal de los preceptos legales ya sea por comisión u omisión, la interpretación errónea y la indebida aplicación eran fórmulas casi “sacramentales” que si no se señalaban y explicaban razonablemente al Tribunal, producían la ineptitud de la demanda y, por ende, su rechazo.

Ahora las causales de nulidad absoluta de los actos administrativos están contempladas en el artículo 52 de la Ley 38, lo cual no significa que el demandante haya de omitir explicar cómo entiende él que las normas que invoca como fundamento de su demanda han sido violadas por el acto administrativo de que se trate; el cambio estriba en que ahora no es necesario que lo haga tan “ceremonialmente”.

El proceso es forma pero esas formas deben estar ideadas para la tutela de los derechos, no para que su realización sea imposible, sobre todo si se trata de un organismo jurisdiccional que tiene de común con cualquier otro, la obligación de declarar lo que es derecho.

Sería recomendable que se estudie la posibilidad de volver a incluir la “desviación de poder” como un **motivo de nulidad absoluto y no relativo**, aspecto que fue reformado por la Ley 38, de 31 de julio de 2000.

13. Mejorar la regulación de la intervención de terceros en el proceso

El artículo 43B vigente de la Ley permite en las demandas de nulidad “coadyuvar o impugnar la demanda”. Esto es curioso porque, técnicamente, en la acción de nulidad se procura la protección del ordenamiento jurídico en abstracto, de la legalidad; no obstante, si la Administración es parte, la Procuraduría de la Administración también, lo correcto es que al tercero se le tome como parte.

Es posible la comparecencia de terceros en “las demás clases de acciones” a condición de que acredite “un interés directo en las resultas del juicio”.

La limitación ocurre porque hace falta que se regule la intervención de asociaciones que representan intereses de grupo, de clase o simplemente intereses difusos. Sólo por vía de jurisprudencia en una acción de plena jurisdicción en la década pasada se ha permitido, por ejemplo, a la asociación conservacionista ANCON, la intervención para proteger este tipo de derechos.

Sería recomendable permitir expresamente en la nueva legislación legitimación a los organismos que tiendan a proteger los intereses de personas en iguales circunstancias potencialmente afectables por una decisión (grupos de consumidores, ecologistas, usuarios y similares).

14. Esclarecer el control sobre ciertos actos por la incertidumbre al respecto

Me refiero a los actos políticos o de gobierno, a los actos administrativos de las Comisiones de la Asamblea Nacional.

Esta materias han recibido, sobre todo la última, pronunciamientos de la Sala, pero como otros aspectos han de quedar establecidos en la Ley la sujeción al control de la legalidad bajo el entendido, que la discrecionalidad administrativa viene perdiendo terreno, porque la legalidad en el actuar significa la confrontación de esa acción u omisión con una norma de derecho que la fundamente. En Colombia, por ejemplo, Santofimio Gamboa nos comenta la finalidad de la jurisdicción ejercida por el Consejo de Estado y las instancias que la componen:

“entendida como un presupuesto de garantía para la seguridad jurídica de los asociados en sus relaciones con la administración, y como un instrumento para el control de la legalidad y de respeto a los derechos subjetivos, a la cual se le atribuye la posibilidad de juzgar las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas (actos, hechos, operaciones, ocupaciones, contratos de la administración) y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado, sean estos contenidos en simples actos administrativos originados en controversias provenientes de actos políticos o de gobierno. Este es, el objeto que se deduce de los artículos básicos del Código Contencioso Administrativo sobre la materia”.²¹

Esta opinión corresponde al control judicial de la Administración, que implica la posibilidad de revisar los actos políticos, con la amplitud que la supeditación al ordenamiento jurídico que impone el principio de legalidad en el Estado de Derecho, se traduce en no ceder en la lucha contra las pretendidas inmunidades del poder, auspiciadas por los “políticos de turno”.

IV. Incidencia de la aparente Huida del Derecho Administrativo²²

Según Silvia Del Saz Cordero, la “huida del Derecho Administrativo” refiere “al fenómeno por el cual la Administración, aun manteniendo su presencia con la misma intensidad, en vez de actuar conforme a las reglas de Derecho público, fundamentalmente las que atañen al procedimiento administrativo, a la contratación pública, al régimen estatutario del personal y al control de los Tribunales del orden contencioso administrativo, sujeta su actividad al Derecho privado. Es lo que se denomina **privatización formal** que se justifica por los principios de eficacia y eficiencia que la propia Constitución consagra (art. 103) y que a menudo permite evitar los controles propios del Derecho público y se traduce en una merma de garantías de los particulares”.²³

²¹ **SANTOFIMIO GAMBOA**, J. Tratado de Derecho Administrativo (Contencioso administrativo), Universidad Externado, T. III, Colombia, 2007, p. 71.

²² Cf. **SHEFFER TUÑÓN**, J. Ponencia disertada en Ecuador, Universidad San Francisco de Quito, en ocasión del V Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA), celebrado en abril de 2006, pág. 16.

²³ **DEL SAZ CORDERO**, S. “Las transformaciones del Derecho Administrativo al final del Siglo XX”, en La Administración Pública española, INAP, Madrid, 2002, págs. 61-62.

En nuestro país, Hoyos, tras reevaluar el fenómeno²⁴, se refiere a una “*moderada huida del Derecho Administrativo y de su jurisdicción*”, porque los administrados adquirieron conciencia de sus derechos y acudieron al Ente Regulador de los Servicios Públicos, hoy Autoridad de los Servicios Públicos, para exigir que las empresas privadas que prestan los servicios de energía eléctrica y telecomunicaciones se apegaran a la Ley y a los reglamentos en sus relaciones con los usuarios; y porque cuando dicho organismo público no satisface las pretensiones de los particulares la Sala Tercera ha cumplido su rol demostrando que la Administración puede ser vencida.

Para este autor, en Panamá producto del proceso privatizador se ha producido, en algún grado, un acercamiento al Derecho Público y a la justicia administrativa²⁵.

El interesante planteamiento sobre la fuga del Derecho Administrativo connota, en alguna medida, una especie de repliegue de lo público en actividades de contenido económico y la variación consiguiente del régimen jurídico aplicable, que muta a derecho privado, pero esto no es un proceso consolidado y más aún encuentra fuerte resistencia en el fin primordial de *bien común* que caracteriza la gestión pública a través de la Administración. Idea que dista mucho de ser predicada del interés privado que subyace y destaca la actividad de los particulares, cuyo objetivo es el lucro.

La actualización del control judicial de actos administrativos y aquellos emanados de entidades o funcionarios que ejercen funciones administrativas, sobre todo si de ello deriva perjuicio para los particulares, es esencial en ese actuar de las autoridades.

²⁴ Inicialmente, este autor pensaba que la huida del derecho administrativo podía materializarse en función de la privatización de entidades estatales emprendida en la década de los noventa como parte de la reforma estatal, porque “no quedarían sujetas a la jurisdicción contencioso-administrativa las actuaciones de entidades privatizadas aunque sí las administrativas nuevas que regulan los servicios públicos privatizados o que están facultadas para proteger a los consumidores”. Cf. **HOYOS**, A. El Derecho Contencioso Administrativo..., pág. 53.

²⁵ Cf. **HOYOS**, A. La Administración ante su Juez: La jurisdicción contencioso administrativa en Panamá durante el último siglo. Conferencia en conmemoración del Centenario de la República y del Órgano Judicial, 31 de julio de 2003, pág. 28.

Se requieren mayores controles en la contratación pública para evitar actos venales que comprometen el erario público y eso supone altas dosis de transparencia en el manejo de los bienes y recursos públicos. Amplios mecanismos de difusión de la información libre o pública, sobre los asuntos públicos no sujetos legalmente a restricción o confidencialidad, y que este derecho se pueda ejercer exento de trabas a los ciudadanos.

A la postre, la violación de derechos por las actuaciones administrativas arbitrarias requieren de un control judicial que los restablezca, así como la determinación de la responsabilidad patrimonial que cabe exigir a los funcionarios y terceros por el mal manejo de recursos y bienes del Estado. La América latina, lastimosamente, está acosada por este tipo de actos venales que incluye presidentes de Estado, mandos militares y otros altos funcionarios oficiales.

La huida del Derecho Administrativo y su jurisdicción iría “en contravía” para contrarrestar tales felonías, por ello la retirada o escape de nuestra disciplina tan solo es aparente, y trasunta las circunstancias y necesidad de ajuste vertiginoso con que discurren algunos aspectos medulares en el ámbito público de afectación a los particulares en cada sociedad concreta.

La jurisdicción contencioso administrativa en la legislación que se proyecta como una necesidad, no puede dejar de lado el papel actuante del operador judicial, que le corresponde en el fenómeno que discurre con los altibajos en esta realidad panameña. Ya lo decía César Quintero, el maestro de un número considerable de generaciones de juristas del patio, al describir el perfil del juez contencioso administrativo:

“Éste, en cierto modo, ha de ser al mismo tiempo juez y funcionario de instrucción. Su función en el proceso es mucho más activa e interventora.

Además, el juez de lo contencioso administrativo ha de ser persona versada en cuestiones económicas, hacendarias y fiscales. Debe, asimismo, tener un buen conocimiento de la administración pública.

En suma, su formación teórica, su actitud mental y su criterio jurídico deben ser distintos a los del civilista clásico.

...

Por eso, quienes imparten tan compleja justicia han de tener una vasta formación en derecho público y, por tanto, conocimientos precisos de la estructura y funcionamiento estatales. Deben, asimismo, actuar muchas veces no sólo como jueces legalistas, sino también como estadistas de la administración y del derecho".²⁶

V. Conclusión

1. Pueden hacerse observaciones justificadas y reflexivas al actual sistema contencioso administrativo panameño, en busca de ponerlo en sintonía con las corrientes en boga en otras latitudes, para que pueda cumplir un papel más activo y eficaz en el control de la legalidad de los actos de la Administración.
2. Los cambios sugeridos en este escrito no son taxativos, están sujetos a evaluación en el marco de un diálogo amplio en el Foro, cuya postergación hasta ahora ha generado la prolongación de un sistema de control de legalidad altamente deficitario.
3. Los defectos de un ordenamiento jurídico pueden ser subsanados, la Sala ha emitido pronunciamientos de avanzada; pero esto no es suficiente. Falta un haz de voluntad política que viabilice la reforma.
4. Las modificaciones deben ser incluso de naturaleza constitucional para establecer los grados e instancias inferiores dentro de la jurisdicción contencioso administrativa (tal como fue previsto por la Constitución de 1941 -Art. 192-), y así respetar principios elementales como el debido proceso y el doble grado de jurisdicción, propiciadores de una real tutela judicial efectiva.

Panamá, marzo de 2013.

²⁶ QUINTERO, C. "Las reformas constitucionales de 1956", en Anuario de Derecho No.2, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá, págs. 259-275, Citado por: CARRASCO, J. ¿Debe crearse una jurisdicción administrativa separada del Órgano Judicial en Panamá?, en Libro Homenaje a la Memoria del doctor César A. Quintero Correa, Panamá, 2007, págs. 107-108.