

Normas y principios del Derecho Administrativo en la Constitución panameña

Javier Ernesto Sheffer Tuñón*
jes38@gmail.com

SUMARIO:

I. **Ideas generales.** II. **Desarrollo.** **A.** Estudio de las relaciones entre el Derecho Administrativo y el Derecho Constitucional en Panamá. Criterios constitucionales que afectan al Derecho Administrativo. 1. La modernización del Estado panameño: un proceso continuo. 2. Aspectos trascendentes del cambio en el aparato público. La utopía del Estado minimalista. **B.** Análisis sobre la proyección del modelo de Estado en el conjunto del Derecho Administrativo. 1. Vigencia del “Estado de Bienestar”. 2. La aparente fuga del Derecho Administrativo. **C.** Análisis de las instituciones del Derecho Administrativo que han sido elevadas a rango constitucional. 1. La legalidad administrativa. 2. Principio sobre contratación pública. 3. Derecho a la información de datos o información libre o pública. 4. Normas sobre expropiación y ocupación forzosa. 5. Derecho administrativo laboral. 5.1. Definición de servidor público. 5.2. Principio sobre el recurso humano al servicio del Estado o “administración de personal”. 5.2.1. Derecho a sueldo mínimo. Prohibición de la doble remuneración. 5.2.2. Principio de legalidad acerca de los derechos y deberes de los funcionarios. 5.2.3. Principio de estabilidad relativa. 5.2.4. Principio de no discriminación para acceder a cargos públicos. 5.2.5. Base constitucional de las carreras públicas. 6. Normas sobre dominio público o estatal. 7. Conceptos jurídicos indeterminados. 8. La potestad reglamentaria de la Autoridad del Canal de Panamá y otros organismos descentralizados. 8.1. La potestad de cara a la competencia del Órgano Ejecutivo sobre este rubro. 9. El derecho contencioso administrativo. 10. Descentralización administrativa.

I. Ideas generales

Es para mí un grato placer dirigirme a esta audiencia, cálidamente acogida por la **Universidad San Francisco de Quito**, integrada por miembros del **Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo**, distinguidos catedráticos, estudiantes, servidores públicos y particulares, con ocasión de conversarles de aspectos puntuales sobre la inserción de ciertas normas y principios de Derecho

* Auxiliar de Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Panamá (Presidencia), profesor de Derecho Procesal Administrativo en la Universidad del Istmo (UDI), Exsecretario Judicial de la Procuraduría de la Administración, miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA).

Administrativo en la Constitución de Panamá, que data de 1972 y ha sido reformada en varias ocasiones (1978, 1983, 1994 y 2004), a tal punto que cuando recibió enmiendas en el año 1983, algunos respetados juristas del terruño la denominaron Constitución de 1983¹.

Espero que la claridad del mensaje sea el signo distintivo de esta intervención para poder brindar un panorama de este interesante fenómeno jurídico, ya que cada día se aprecia en nuestras sociedades latinoamericanas una necesidad de mirar hacia el orden, el sistema, el método, con flexibilidad y concertación, pero sobre todo respetando la legalidad en la actuación, de la gerencia del *bien común*, que toca a la Administración Pública, a través de la aplicación del Derecho Administrativo, que ve proyectado su configuración como ciencia por medio del estudio del mismo en nuestros centros de enseñanza superior, públicos y privados, en sus variantes sustantiva y procesal, lo que es sinónimo de la disciplina que requieren esas sociedades concretas.

No fue sino a mediados de la década pasada que la Universidad oficial del Estado panameño (Universidad de Panamá) incluyó en la *currícula* de la Facultad de Derecho, el estudio de la parte procesal de nuestra disciplina. Esa misma realidad demuestra que en la mayoría de los países de este Continente los ensayos jusadministrativistas son pocos, contrario a la mayor proclividad de obras de Derecho Público (constitucional, penal), Derecho Privado (civil, comercial), en incluso más producción literaria del Derecho Social (laboral, de familia y de menores, agrario), que de Derecho Administrativo. En este último extremo, Argentina, Colombia, Brasil, Uruguay son excepciones a la regla.

El Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo uno de cuyos precursores fue el incansable académico y humanista **Julio Rodolfo Comadira**, a cuya

¹ No obstante, debemos advertir con César Quintero “la inexactitud de la tendencia a pretender que la vida constitucional de Panamá comienza con la Carta de 1904, promulgada a raíz de su separación de Colombia. Pues, lo cierto es que el constitucionalismo panameño se origina con la Constitución española de Cádiz, para luego experimentar una rica experiencia durante el período casi secular de la integración del Istmo a la nacionalidad colombiana. Por todo ello, es preciso dividir la historia constitucional panameña en tres eras: la colonial, la colombiana y la que han dado en llamar republicana”. Evolución constitucional de Panamá, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 8.

memoria está dedicado este cónclave, pretende contribuir a alterar positivamente la norma descrita.

Para cumplir con los requerimientos de los organizadores, esta ponencia tiene como ejes cuatro puntos temáticos.

II. Desarrollo

A. **Estudio de las relaciones entre el Derecho Administrativo y el Derecho Constitucional en Panamá. Criterios constitucionales que afectan al Derecho Administrativo**

Al ser un brazo ejecutor del Derecho Constitucional, el Derecho Administrativo no puede tener sino un **nexo esencial** con aquel; no obstante, como parece ser el signo emblemático en muchos de nuestros países, las figuras típicas del Derecho Administrativo han venido a estar combinadas con otros aspectos no menos importantes en los Textos Fundamentales, como temas netamente civiles o políticos, para hacer viable el ejercicio o goce de los derechos de carácter político, tal cual la organización de los partidos, normas sobre ciudadanía y extranjería, separación de los órganos o poderes del Estado, creación por vía de Constitución de instituciones con propósitos esencialmente administrativos, en sectores neurálgicos que requieren atención pública.

No menos destacable es la amalgama de derechos y garantías que suponen la clásica *parte dogmática* en esos Estatutos Superiores, que propician o acentúan la falta de nítida separación de cuándo estamos ante un derecho administrativo contenido en la Constitución, u otro de carácter netamente civil, fundamental o social.

La relación del Derecho Administrativo con el Constitucional es de **primer orden**. Es un vínculo de **subordinación** de aquel a éste por razones de jerarquía normativa y un principio general de derecho ampliamente recogido por el constitucionalismo: la primacía de la Constitución². De alguna manera, salvo

² La concepción de la Constitución como *norma fundamental o suprema* fue elaborada por primera vez en 1788 por Alexander Hamilton (El federalista), al señalar el papel de los jueces como intérpretes de la Ley. Para este padre fundador de la Nación norteamericana, "Una Constitución es, de hecho, y así debe ser vista por los jueces, como un ley fundamental. Por tanto, corresponde a ellos establecer su significado así como el de cualquier acto proveniente del cuerpo legislativo. Si se produce una situación irreconciliable entre los dos, por supuesto, aquél que tiene una superior

mejor criterio, ello responde al dinamismo de los cambios condicionados por las épocas, por el desarrollo de la respectiva sociedad, por los niveles de organización y respeto a las instituciones (civilidad y cultura). En el caso particular de los países latinoamericanos tales instituciones provienen esencialmente de Europa; pero, más que ello, *mutatis mutandi* se aplica la máxima según la cual *cada sociedad con su correspondiente derecho*.

Cabe tener en cuenta que el “Derecho Administrativo todavía es un Derecho in fieri”, como mencionara Marienhoff³. De ahí su ductibilidad y capacidad para adecuarse a los imperativos cambios sociales.

Expresión de la existencia de esas realidades concretas a las que hay que aplicar soluciones a veces excepcionales, es, en mi país, el ejemplo de la entidad denominada Autoridad del Canal de Panamá (ACP)⁴, que cuenta con un régimen constitucional *rara avis*, con expresa potestad reglamentaria de las leyes de *carácter general* que apruebe la Asamblea Nacional, sobre materias de su competencia; presupuesto de funcionamiento e inversiones separado del presupuesto general del Estado, entre otras connotaciones de especial relevancia, tomando en cuenta que es un organismo descentralizado nacional pero que a tenor de la Constitución nacional presta un “servicio público internacional esencial”⁵.

validez es el que debe prevalecer, en otras palabras, la Constitución debe prevalecer sobre la intención de sus agentes”. Cf. **BREWER-CARIÁS**, Allan. El amparo a los derechos y libertades constitucionales y la acción de tutela a los derechos fundamentales en Colombia: Una aproximación comparativa, en “La Carta de Derechos (Su interpretación y sus implicaciones)”, Editorial Temis, S.A., Santafé de Bogotá, 1993, p. 21.

³ Punto I del Prólogo a la obra de Julio Rodolfo Comadira: Derecho Administrativo, 1era. edición, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1996.

⁴ 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.

⁵ 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

Una de las razones más importantes esgrimidas para la creación de una empresa pública como la someramente descrita fue que era necesario tal régimen para alejar la actividad canalera de servicio al mundo de los vaivenes de la política partidista. Panamá asumía un reto con la retirada total de los norteamericanos que ha superado con creces. La verdad es que este acuerdo político constituye un ejemplo de concierto pacífico entre fracciones políticas antagónicas que respaldaron unánimemente la reforma constitucional respectiva⁶.

Por su objeto, el Derecho Constitucional regula la estructura del Estado y los derechos humanos y sus garantías; mientras que el Derecho Administrativo establece la organización y funcionamiento de la administración, el ejercicio de la función administrativa y la relación de aquélla con los particulares o administrados⁷. La particularidad que favorece esta aparente nubosidad entre normas de derecho constitucional versus de derecho administrativo radica en que la Administración, en sentido general, debe ejecutar o cumplir la Ley, ya como un imperativo natural, ya ante la contravención de normas de coexistencia y delimitación de derechos e intereses de los asociados o, en última instancia, como derivado del principio de legalidad al que está sujeta.

Nada de lo dicho puede desligarse del proceso evolutivo del derecho en sus distintas manifestaciones: Derecho Público, Privado, Social y las pretendidas ramificaciones que se observan últimamente con el avance tecnológico, y sobre todo, con el nuevo repunte del capitalismo por medio de la *neoliberalización* o *globalización* de la economía, que ha ocasionado medidas de reingeniería y adaptación en el engranaje público, con la expectativa de obtener mejores cuotas *de gobernabilidad* ante las demandas sociales.

1. La modernización del Estado panameño⁸: un proceso continuo

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.

⁶ Modificación que fue posible gracias a la aprobación de la legislatura saliente del período presidencial 1989-1994; mientras que la Administración entrante (1994-1999) la ratificó.

⁷ **FLORES DAPKEVICIUS**, Rubén. Relaciones del Derecho Constitucional con otras disciplinas, en “<http://www.vozalmundo.com.index.php?print=522>”.

⁸ La Ley 97 de 1998 por medio de la cual se fusionan los Ministerios de Planificación y Política Económica y Hacienda y Tesoro, atribuye como cometido al Ministerio de Economía y Finanzas así creado “...la modernización de Estado”. Sin embargo, este proceso tiene inicio en los primeros años

Estos dos últimos fenómenos han exigido de las Administraciones Públicas y del Derecho Administrativo aplicado, flexibilidad y adecuación a las nuevas circunstancias, para cumplir con los objetivos de eficacia y eficiencia en la prestación de servicios públicos (gobierno o administración electrónica⁹, ventanilla única, seguridad jurídica, mayor transparencia (ética pública-rendición de cuentas), celeridad en las actuaciones o procedimientos administrativos de selección de contratistas, ajustes en los sistemas tributarios, laborales y de seguridad social, contraloría ciudadana a través de la participación de las personas y grupos organizados de la “sociedad civil”). En este último aspecto, la *facilitación* de la Administración para la escucha de las opiniones, reclamos y toma de decisiones en asuntos de interés colectivo, es un agente catalizador invaluable y prueba los niveles de democratización y pluralismo político más allá de un ensoñador lirismo demagógico.

De otro lado, tenemos la fiscalización a través de normas reguladoras del control de calidad de productos, regulaciones sobre defensa de la competencia, respeto a la propiedad intelectual y la prestación de servicios ejecutados por el sector privado (electricidad, telecomunicaciones, radio, televisión, alcantarillado

de la década del 90. La Ley 16, de 14 de julio de 1992 (GO. No. 22,079, de 16 de julio de 1992), “establece y regula el Proceso de Privatización de empresas, Bienes y Servicios Estatales”. Conforme a una lírica proclamación, el artículo 2 anuncia que “El proceso de privatización se basa en el interés público y bienestar social”, además de consignar una serie de objetivos específicos que persigue ese proceso, entre ellos, la *modernización del Estado* y su eficiencia. La Ley fue reglamentada por el Decreto Ejecutivo No. 197 de 1993, y posteriormente modificada, adicionada y derogados varios de sus artículos por la Ley 24, de 24 de abril de 1998 (GO. No. 23,536, de 6 de mayo de 1998). Cf. **SHEFFER TUNÓN**, Javier Ernesto. El procedimiento administrativo en Panamá, Editorial Sistemas Jurídicos, S.A., Panamá, 2002, p. 33.

⁹ Que supone como parte de la modernización administrativa:

-Acceder rápida y sencillamente a todas las informaciones y a una ayuda personalizada sobre los servicios públicos y sus gestiones administrativas. Un *teleservicio* nunca debe ser más complicado que usar su equivalente en papel.

-Efectuar en línea y de manera segura todas las gestiones con los servicios públicos excepto aquellas que, por su naturaleza, exijan un desplazamiento. Esto incluye los propios intercambios, pero también el seguimiento de sus expedientes, y la definición de calendarios de previsión personalizados, la reactivación mediante correo electrónico, etc.

-Acceder a sus gestiones anteriores y almacenar en línea, cuando lo desee y en total seguridad, los resultados desmaterializados originados por aquéllas.

-Ejercer en línea su derecho de acceso y, llegado el caso, de modificación de las informaciones que le conciernen que posean o intercambien las administraciones, especialmente según las disposiciones legales. Para el caso francés de la Ley de 6 de enero de 1978. Cf. Libro blanco sobre la Administración electrónica y la protección de datos personales. Documentos INAP (No. 27), julio de 2003, pp. 37-38.

sanitario¹⁰, etc.). Lo que ha supuesto un repliegue del Estado en la prestación de dichos servicios en cumplimiento del *principio natural de subsidiariedad*; pero íntimamente conminado por la reingeniería recetada por organismos multilaterales de crédito, sin que -en muchos de los casos- haya operado la previa reforma constitucional, antes de aplicar las fórmulas “sugeridas” por medio de Leyes secundarias aprobadas por el Parlamento.

Comparto con Saborío Valverde que la Administración Pública presenta diferencias sustanciales con la administración privada que hacen impráctica e inoperante una traslación simplista de los a veces exitosos esquemas de gestión de la segunda a la primera; aunque un rasgo esencial que comparte aquélla con todas las formas de administración es la “permanente necesidad de ajustar los esquemas organizativos a los cambios económicos y sociales.”¹¹

En mi país, el fenómeno descrito impulsó todos estos cambios enunciados, además de la creación de entidades novedosas para cumplir los cometidos reguladores dentro de la “desregulación del mercado”, como: la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor (CLICAC)¹² (que desbancó a la antigua Oficina de Regulación de Precios, adscrita al Ministerio de Comercio e Industrias) y el Ente Regulador de los Servicios Públicos (ERSP)¹³, recientemente reformadas ambas instituciones para dotarlas de mejores herramientas jurídicas para que cumplan el propósito que motivó su origen, debido a los múltiples reclamos de los consumidores y usuarios que palpaban que estaban desprotegidos ante las empresas concesionarias (agentes económicos), inicialmente por defectos en la

¹⁰ El Estado actualmente mantiene la prestación de este servicio directamente a través del Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales (entidad descentralizada); sin embargo, es enorme el déficit que se presenta en el cumplimiento regular de dicha prestación y sobre todo la extensión del servicio.

¹¹ Cf. **SABORÍO VALVERDE**, Rodolfo. La lucha por el Estado Social y Democrático de Derecho: paradigma inagotado de reforma institucional, ponencia presentada a la conferencia internacional: Restricciones institucionales para el desarrollo, 23 de abril de 2002, CINPE, Universidad Nacional de Costa Rica, p. 15. Citado por: **SHEFFER TUÑÓN**, Javier Ernesto. Estudios de Derecho Público, Editorial Portobelo, Panamá, 2006, p. 167.

¹² Instituida por medio de Ley 29 de 1996. Ha cambiado su denominación por Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia, que determina la centralidad en la atención de los clientes, sus reclamos o quejas cuando obtienen un servicio o adquieren bienes no acordes con el gasto o inversión efectuada.

¹³ Creado por la Ley 26 de 1996 y reformada recientemente. Modificación que incluye el nombre de la institución; ahora se denomina Autoridad de los Servicios Públicos.

prestación del servicio domiciliario, falta de cobertura o no expansión según las demandas de la población (déficit); pero, sobre todo, por la subida injustificada de las tarifas de la electricidad.

Lo anterior, un recuento histórico tan veloz como lo permite la versatilidad de la pluma, ha ocurrido paulatinamente mas en secuencia continua, ininterrumpida.

Por ello, es fácil colegir que el *redimensionamiento* del Estado produce la adaptación necesaria de la Administración Pública fuerte, en el buen sentido de la palabra, sin autoritarismos, propiciadora del diálogo pluralista entre todos los interlocutores del entramado social. Para mí, no “una” Administración, sino “la” Administración líder, sujeta al control de su *juez natural*, con legitimación a través de la aplicación de normas de Derecho Administrativo, lo que significa respeto a la juridicidad y consolidación del Estado de derecho.

2. Aspectos trascendentes del cambio en el aparato público. La utopía del Estado minimalista

Para el catedrático español Francisco Sanz Larruga, la modernización estatal debe abordar los siguientes retos:

1. La eficacia del Estado y su papel moderador en el funcionamiento del mercado y de la economía.
2. La mejora de la calidad en la Administración Pública y su cercanía en el servicio hacia los ciudadanos.
3. El equilibrio entre las tendencias políticas hacia la internacionalización y la descentralización, conjugadas por la nueva versión del principio de subsidiariedad.
4. La compatibilización y leal cooperación entre la gestión pública y privada y de los intereses colectivos, en el marco de la dinámica y vigorosa emergencia de la sociedad civil.
5. La modulación de la eficacia administrativa y sus potestades de acuerdo con el respeto a los derechos y libertades constitucionales.
6. La incorporación de los avances tecnológicos a la gestión pública, en particular los derivados de la nueva “Sociedad de la Información o el Conocimiento”, y la prevención sobre los riesgos que conlleva.

7. La profesionalización de los servidores públicos y la promoción de la ética pública¹⁴.

A esta enunciación agregaría el estímulo y puesta en práctica de los mecanismos legales que faciliten el derecho a participar en la toma de decisiones en asuntos de interés general o que afectan a un sector de la comunidad¹⁵; lo que, a su vez, implica el respeto de normas expresas sobre *transparencia*, que eviten la opacidad del gobierno, y que, contrariamente, generen un gobierno que suministre información, por ser éste un derecho fundamental de los ciudadanos. Es un poco que se logre la notable frase que concibe a nuestra disciplina científica como el “*Derecho del poder para la libertad*”.¹⁶

Para algunos, será preferible ir hacia un Estado débil o mínimo. Esta tesis minimalista debe ser rectificadas¹⁷ y considerar que la **realidad** indica la necesidad de reafirmar la autoridad del Estado en sus *funciones soberanas y de eficiencia de las actividades subsidiarias o supletorias que lleve a cabo*. Convengo por ello con Cassagne en que, contrario a lo que podría suponerse, el Estado no saldrá más débil de este proceso sino más fuerte, *pues su grandeza descansa más en el cumplimiento de su finalidad esencial que en su tamaño o dimensión*.

De lo anterior surge una consecuencia fundamental en la distribución del poder económico y social, que se transfiere a las personas privadas, generalmente organizadas en formas asociativas o societarias. Se advierte que la titularidad estatal de dicho poder no es más que una de las formas en que los políticos

¹⁴ **SANZ LARRUGA**, Francisco. La Administración Pública Española: Su naturaleza jurídica, en la Administración Pública española, INAP, Madrid, 2002, p. 188.

¹⁵ La ley 6 de 2002 permite la participación ciudadana en este tipo de asuntos; el Decreto de Gabinete No. 401 de 1970, que instituye los Comités de Salud, es en nuestro derecho administrativo vinculado a la salud pública, un instrumento precursor en la participación de la ciudadanía en la ejecución de programas y planes del Ministerio del ramo sobre salud comunitaria (campañas de vacunación, exámenes médicos generales en barrios, profilaxis (infestación, por ejemplo, del mosquito transmisor del dengue, agua potable, entre muchas otras); la Ley 41 de 1998, General del Ambiente, propicia esta intervención; la orgánica del antiguo Ente Regulador de los Servicios Públicos (hoy Autoridad de los Servicios Públicos); la reciente Ley de reordenamiento territorial, etc.

¹⁶ **SANZ LARRUGA**. Op. Cit., p.194 retomando palabras de Francisco González Navarro, Derecho Administrativo Español, I, Eunsa, Pamplona, 1987, pp. 122 y ss.

¹⁷ Reparo que no para acentuar la “**burocracia estatal**”, desde todo punto de vista generadora de malestar en los asociados por su frustración ante la aspiración de una Administración diligente y respetuosa de la legalidad, que cumpla en términos razonables las peticiones, quejas o asuntos ante sus estrados llevados por los administrados, o por causa del ejercicio natural del cumplimiento oficioso de las leyes y reglamentos.

burócratas de turno mantienen o disfrazan la hegemonía sobre la sociedad y una de las fuentes más comunes de los abusos y de las arbitrariedades que provoca la acción interventora del Estado. El Estado subsidiario es, esencialmente, un Estado de justicia¹⁸.

Ya han transcurrido más de dos siglos desde que el genio francés auspiciara la fisonomía de un Derecho Administrativo, que insertado en el Derecho Público, se encargara de normar lo atinente a esa parte del Estado de Derecho, para entonces recién inaugurado, que requería organización; aunque sobre la base de normas propias, que respondiesen a la finalidad de interés público, porque ayer como hoy la nueva institución giraba en torno a la idea de servicio público para suplir demandas de la población, que sólo un ente aglutinante de los intereses generales sería capaz de prestar: La Administración Pública, por oposición, o mejor, contrapartida, al liberalismo y los particulares depositarios del “dejad hacer, dejad pasar”.

Es imposible perder de vista en esa construcción de normas y principios propios la influencia del Derecho Civil, tal como nos lo advierte parte de la doctrina, entre éstos Abad Hernando, que siguiendo a Bielsa, observa “**relaciones**” del Derecho Administrativo con el Derecho Civil y “**dependencia**” del Derecho Administrativo respecto del Derecho Constitucional, para colegir con el extinto maestro argentino, que: “mientras que en el Derecho administrativo y el Derecho constitucional hay una relación de dependencia estrecha, cualquiera sea el concepto que de ella se tenga -según las diversas definiciones que contiene el concepto-, entre el Derecho administrativo y el Derecho civil hay sólo una relación de continuidad; de contactos sucesivos..., *porque si bien confundidos uno y otro durante algún tiempo*, han sido siempre substancialmente distintos, como es distinto el contenido de las normas que los constituyen, y los sujetos de la relación jurídica (por lo menos uno necesariamente) a los cuales las normas se refieren. Y

¹⁸ Cf. **CASSAGNE**, Juan Carlos. Derecho Administrativo, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 65.

puede hablarse de confusión, porque la distinción no ha sido siempre establecida en la jurisprudencia y aun diré que tampoco lo ha sido en parte de la doctrina”.¹⁹

Aunque, también es claro que en Francia la autonomía del Derecho Administrativo frente al Derecho Privado surge a partir del fallo Blanco del Tribunal de Conflictos (8 de febrero de 1873), que determinó que la *responsabilidad* que pueda corresponder al Estado por los daños causados a los particulares, debidos a hechos del personal que aquél emplea en el servicio público, no puede regirse por los principios establecidos por el Código Civil para las relaciones de particular a particular.²⁰

El libre mercado liderado por la burguesía requería un nuevo orden pero que únicamente el Estado podía encarar, dividido en tres ramas o poderes básicos, que dentro de la estructura del sistema de representación por un **poder** fingidamente delegado, que emana del pueblo -verdadero titular de la soberanía- se comprometen a ejercerlo limitada y separadamente, pero en armónica colaboración. Tras la caída del despotismo, surge el Estado de Derecho burgués.

Tomás Ramón Fernández ha afirmado con atinada razón que “hoy, como ayer y como mañana, son dos las instituciones fundamentales del Derecho Administrativo, el contencioso-administrativo y la responsabilidad de la administración, porque las grandes cuestiones a las que éste debe dar respuesta adecuada siguen siendo las mismas: que la Administración actúe pero que respete la Ley; que obre pero que compense el perjuicio”.²¹

La relación entre ambas disciplinas jurídicas es innegable y en mi país se refuerza por la constitucionalización del *control judicial de la Administración* ejercido por una Sala de la Corte Suprema de Justicia, encargada de juzgar las acciones y omisiones ilegales de los funcionarios públicos y declarar la responsabilidad administrativa del Estado. Jurisdicción que nació en el año 1941 con la Constitución de esa fecha (Artículos 190, 191 y 192) y su ulterior desarrollo

¹⁹ **ABAD HERNANDO**, Jesús Luis. Estudios de Derecho Administrativo, 2da. edición, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999, p. 41.

²⁰ **ABAD HERNANDO**. Op. Cit., pp. 47-48.

²¹ **FERNÁNDEZ**, Tomás Ramón. Panorama del Derecho Administrativo al comienzo de su Tercera Centuria, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2002, p. 112. Citado por: **HOYOS**, Arturo. El Derecho Contencioso Administrativo en Panamá (1903-2005): Una introducción histórica de Derecho Comparado y Jurisprudencial, Editorial Sistemas, Jurídicos, S.A., Panamá, 2005, p.40.

legislativo mediante la Ley 135 de 1943 (modificada)²², el Código Judicial y la Ley 38 de 2000.

B. Análisis sobre la proyección del *modelo de Estado* en el conjunto del Derecho Administrativo

Este epígrafe revela un contenido muy interesante porque existe mucha similitud en Estatutos Superiores de los Estados Iberoamericanos a sesgar su configuración con calificativos de países democráticos, representativos y participativos, lo que tiene como premisa fundamental su institución como Estados constitucionales y sociales de Derecho²³.

Al no ser el Estado un fin en sí mismo sino un instrumento para obtener propósitos superiores, resulta indispensable establecer cuál o cuáles son esos cometidos principales que debe cumplir a través de la Administración Pública. La respuesta o una de las respuestas centrales es que el Estado debe buscar la realización del “**bien común**”²⁴. Esto es, “el conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible a las asociaciones y a los individuos que las integran el logro más pleno y más fácil de su propia perfección”²⁵.

Por contrapartida, sabemos que el objetivo del *sector privado* es esencialmente individualista, de comercio o lucro, de allí que carezca, por naturaleza, de la capacidad de cuidar y fomentar el interés general, sin que ello le depare un beneficio en metálico.

No obstante, la inidoneidad genética para proteger y fomentar el bien común no significa incapacidad de dicho sector para contribuir al avance del país en el

²² Curiosamente, el artículo 191 de dicha Constitución remitía a la justicia ordinaria la “apreciación de las responsabilidades a que haya lugar en caso de que se declare la ilegalidad demandada”. Esto actualmente no es así sino que la Sala Tercera de la Corte Suprema no únicamente puede revisar la legalidad de la actuación administrativa sino declarar la responsabilidad del Estado y sus funcionarios, en las demandas de plena jurisdicción (restablecimiento del derecho) o en los contenciosos de indemnización directa previstos (Cf. Art. 97 del Código Judicial, numerales 1, 8, 9 y 10).

²³ En Europa, algunos países en sus constituciones prevén el Estado Social de Derecho: Francia (Art. 2); España (Título preliminar, Art. 1); Alemania (Art. 20). En América, recientemente, Colombia (Art. 1) y Venezuela (Art. 2).

²⁴ De modo expreso así lo señalan las constituciones de Chile y El Salvador, por ejemplo.

²⁵ Constitución Pastoral sobre la Iglesia en el mundo actual, p. 243. Citado por: Julio Rodolfo Comadira. La anulación de oficio del acto administrativo (La denominada cosa juzgada administrativa), 2da. edición actualizada, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1998, p. 49.

ámbito tecnológico, financiero, productivo de bienes y servicios, etc., que es un aspecto distinto y de mucha importancia para el desarrollo de toda sociedad.

En este punto me refiero al modelo de desarrollo basado en la **subsidiariedad**, que en la Constitución nacional vigente tiene acicate en el artículo 286; mientras que aplicado al estrato local, los artículos 233 y 236 *ibidem* son de obligada referencia.

La Constitución panameña vigente carece de una proclamación que indique que el Estado que adopta la nación panameña es *constitucional de derecho*; el artículo 1 se limita a establecer que la misma se organiza como un “Estado soberano e independiente, cuya denominación es República de Panamá. Su Gobierno es unitario, republicano, democrático y representativo”.

También carece de la *cláusula de Estado social*. En el preámbulo, el Constituyente insta a promover la justicia social y el “bienestar general”. No obstante, en la práctica, Panamá adoptó una *legislación social* desde las primeras décadas del siglo XX²⁶, que posteriormente fue respaldada por la segunda de nuestras Constituciones (de 1941), toda vez que, la Carta de 1904, reflejaba las aspiraciones y modelo del Estado demoliberal (individualista) del siglo XIX. Las Constituciones de 1946 y 1972, por su parte, no hay duda que reflejan la concepción del Estado constitucional y social de derecho sin hacer, a mi parecer, la proclama con la certeza debida. Ésta es una omisión del Constituyente que debe ser subsanada.

1. Vigencia del “Estado de Bienestar”

La proyección del modelo de Estado está ligada al Derecho Administrativo apreciándose nítidamente en el sistema de derechos y garantías individuales y sociales (Título III, capítulo 1 al 9), así como los derechos políticos (Título IV, Capítulos 1 al 3), porque expresas normas constitucionales obligan al Estado a propiciar el bienestar general, a impulsar y aplicar políticas públicas, que obligan a la Administración en cumplimiento de esos mandatos constitucionales, a ser un

²⁶ Cf. Al respecto el ilustrativo y concreto documento-ponencia de Rubén Castillo y otros sobre El principio protector del Derecho Laboral, expuesta ante el “XIII Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, celebrado en Panamá en 1998, T. III, pp. 359 a 391.

Estado prestacional, de estímulo y fomento que vele por la democracia; no abstencionista, en pro del bien común o interés público y la justicia social.

Es que en el “clásico Estado de Derecho o Estado de Derecho liberal, como en el moderno Estado social de Derecho, la vigencia plena de la juridicidad constituye un imperativo insoslayable. Como ha señalado Gordillo: “La noción ‘Estado de Bienestar’ ha venido a operar como un correctivo para la noción clásica de Estado de derecho, revitalizándola y actualizándola, pero en modo alguno suprimiéndola o sustituyéndola”, porque como ha puntualizado Cassagne al describir los rasgos predominantes de dicho tipo de Estado: ‘La Administración continúa sometida al derecho...la legalidad asume un contenido social, sin mengua de los derechos individuales’”.²⁷

Para el logro del respeto de esos derechos y garantías se han creado instituciones que participan del control formal, como la Defensoría del Pueblo, recientemente elevada a rango constitucional (Arts. 129 y 130 CN), pero con vigencia legal desde 1997, según la Ley 7 de dicho año.

El “Estado de bienestar,” surgido en la centuria pasada, está lejos de ir en retirada en América Latina; contrariamente, -no debemos olvidar que gran parte en el andar o formación del Derecho Administrativo tiene como nido dicho modelo de Estado-. El análisis del fenómeno ha de balancear adecuadamente el factor “globalización” respecto de los niveles de aumento de la pobreza en la región; que supone como conclusión una presencia cada vez más activa del sector público en la reconducción social para lograr el anhelado desarrollo sostenible inclusivo y no exclusivo ni excluyente de unos sectores en perjuicio de otros. Esto se logrará, así lo demuestra la experiencia palpable de los países desarrollados, con una Administración Pública fuerte, en el buen sentido de la palabra, que imprima disciplina social, que pondere apropiada y justamente el derecho natural de libertad, que dicho sea de paso, no puede entenderse como algunos quisieran, tal cual ausencia de regulación que constriña o limite aquel derecho.²⁸

²⁷ Cf. **COMADIRA**. La anulación..., pp. 48-49.

²⁸ Cf. **SHEFFER TUÑÓN**. Estudios..., p. 30.

Por su lado, el Tribunal Electoral se encarga de la tutela de los derechos políticos, sancionar los delitos electorales, auxiliado por la Fiscalía General Electoral, y es intérprete privativo de las leyes electorales. Para asegurar una autonomía de este organismo, las decisiones que en materia electoral adopte son recurribles ante el mismo y, a nivel de la Corte Suprema, sólo admiten recuso de inconstitucionalidad. La garantía en la alternancia del poder político debe ser tutelada por la Administración.

2. *La aparente fuga del Derecho Administrativo*

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”.²⁹

En nuestro país, Hoyos, tras reevaluar el fenómeno³⁰, 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 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

²⁹ **DEL SAZ CORDERO**, Silvia. Las transformaciones del Derecho Administrativo al final del Siglo XX, en “la Administración Pública española”, INAP, Madrid, 2002, pp. 61-62.

³⁰ 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**. Arturo. El Derecho Contencioso Administrativo..., p. 53.

este autor, en Panamá producto del proceso privatizador se ha producido, en algún grado, un acercamiento al Derecho Público y a la justicia administrativa³¹.

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.

A mi juicio, algunos han descrito apresuradamente el repliegue del Estado como la "*huida del Derecho Administrativo*". Yo abrigo la opinión que los nuevos cambios en la reforma del espacio público traen aparejado una nueva forma o instrumentos diferentes a los clásicos para hacer las cosas en el ámbito público, ni inflexibles ni absolutos, sino con mayor participación de la ciudadanía en la toma de decisiones de interés general, por ser la depositaria real de la soberanía, lo que conlleva Administraciones Públicas con personal preparado, altamente profesionalizado y con inmejorable contenido ético, al servicio del interés público, como cometido institucional y propósito esencial del Estado constitucional, democrático y social de derecho. Todo esto retoma como motor generador la centralidad del ciudadano para lo que la Administración tiene un carácter instrumental.

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

³¹ Cf. **HOYOS**, Arturo. 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, p. 28.

públicos no sujetos legalmente a restricción o confidencialidad, y que este derecho se pueda ejercer exento de trabas a los ciudadanos. Esto sólo puede ser efectivo por medio del Derecho Administrativo.

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 para mí la retirada o huida 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.

C. Análisis de las instituciones del Derecho Administrativo que han sido elevadas a rango constitucional

La Constitución ha receptado algunas figuras e instituciones de Derecho Administrativo por su relevancia y efecto respecto de los asociados, tales como:

1. Legalidad administrativa

La Carta prevé este capital principio del Estado sujeto a derecho o bajo el imperio de la Ley en los artículos 17 y 18.

La legalidad en el actuar administrativo está contenida en la expresión *juridicidad* como prefieren llamarla algunos doctrinarios, opinión que comparto, porque con este vocablo se *nuclea* o comprende todo el sistema normativo.

En la sentencia de 16 de abril de 2003, se puede avistar una posición acorde de la Sala Tercera de la Corte Suprema cuando predica de la estricta legalidad -potenciada por el artículo 34 de la Ley 38 de 2000-, al ser enunciada entre los principios que rigen las actuaciones administrativas-, 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. La tésis incuestionable del apotegma *positivizado* es *someter a la*

Administración Pública a la observancia de la juridicidad que nuclea 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".³²

Mediante sentencia de 12 de febrero de 2004, dicha Sala acogió el concepto de **juridicidad** expuesto por el expositor Comadira (Derecho Administrativo, 2ª edición, 2002, pp. 125, 130-133 y el prólogo a la obra El procedimiento administrativo en Panamá). Para el autor argentino, este 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.³³

2. Principios sobre contratación pública

Sobre el particular, la regla que establece la Carta es que la ejecución, reparación y compras que se efectúen con fondos estatales o de dependencias públicas, así como la venta o arrendamiento de bienes públicos han de hacerse mediante licitación pública, salvo las excepciones que determine la Ley. Tales actos públicos están orientados en la búsqueda del mayor beneficio para el Estado y plena justicia en la adjudicación (Cf. Art. 266).

A nivel de normas secundarias, antiguamente era el Código Fiscal (Ley 8 de 1956) la excerta que regulaba la contratación de los particulares con el Estado; hoy es la Ley 56, de 30 de diciembre de 1995, la que prevé los procedimientos de selección de contratistas, con la inclusión de diversos tipos de actos públicos para lograr ciertos fines constitucionales expresos: la participación justa de los aspirantes a contratar con el Estado y la satisfacción del objetivo de *bien común*

³² 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.

³³Cf. Caso: Centro Vocacional Basilio Lakas vs. Ministerio de la Juventud, la Niñez, la Mujer y la Familia. MP. Adán Arjona. Cf. **SHEFFER TUÑÓN**. Estudios..., p. 35.

que yace detrás del suministro, ejecución de obras y en fin la prestación de servicios para la satisfacción de las necesidades públicas, a través de los mecanismos legalmente previstos. Trámites que han de regirse por el **previo proceso legal** (Art. 32 de la CN) además de estar orientados por **principios generales** del procedimiento administrativo (tal cual el indicado, además de juridicidad, oficialidad, verdad material, formalismo moderado, celeridad, economía, sencillez, eficacia) y **específicos** como la transparencia (Cf. Art. 16 de la Ley 56/95). El autor Comadira, en una práctica obra sobre la licitación pública, refiere a principios específicos como igualdad, concurrencia y publicidad.³⁴

Nuestra Constitución también alude en diversos artículos al sistema de *concesión administrativa* nuevamente signando los contratos que se celebren sobre explotación del suelo, subsuelo, bosques, utilización de agua, medios de comunicación y de transporte y otras empresas de servicio público en el “bienestar social” y el “interés público” (Cf. Art. 260).

Obsérvese que aparentemente se hace una distinción entre estos dos conceptos como propósito de la contratación pública que recaiga sobre los objetos antes indicados. En lo particular, pienso que el interés público o bien común encierra el concepto bienestar social, previsto por la Constitución, y esta conclusión se deriva del contexto de servicio público en que se ubica la contratación a través del mecanismo de la concesión administrativa, en que el Estado permanece con la *nuda propiedad* del servicio o bien concesionado pese a ser traspasada su gestión temporalmente a algún agente del sector privado.

Es importante la atribución que la propia Carta Magna contiene en el estatuto del Presidente de la República (Art. 184, numeral 10), a quien se le encomienda la labor de dirigir, reglamentar e inspeccionar los servicios que ella establece, y, por tal, el sistema de concesiones.

3. Derecho a la información de datos personales e información libre (pública)

³⁴ **COMADIRA**, Julio Rodolfo. La licitación pública (Nociones, principios, cuestiones), Editorial Depalma, Buenos Aires, 2000, pp. 44,70,75.

Este derecho administrativo que viene a ser una especie de renovación del antiguo acceso de los ciudadanos a los archivos públicos de carácter no reservado, ha adquirido en los días presentes una connotación de mucha trascendencia por la lucha a favor de un gobierno abierto, transparente, que tiene su matriz en la secuela acentuada de actos de corrupción de funcionarios de todos los niveles. Recientemente en mi país ha adquirido rango de derecho humano o fundamental al ser insertado en el Estatuto Superior, por el acto legislativo No. 1 de 2004.

Hoy en día, los ciudadanos cuentan con un derecho a la información de carácter público o de interés colectivo que repose en base de datos o registros a cargo de servidores públicos e incluso de personas privadas que presten un servicio público, siempre que ese acceso no haya sido limitado por la Ley, así como el derecho a que esa información sea tratada lealmente y, en caso contrario, pedir su corrección (Art. 43 CN).

Esta consagración constitucional fue *precedida* de la Ley 6 de 2002 o Ley de Transparencia, que ya establecía el respectivo derecho. La materia es de interés para el presente estudio porque el derecho a la información no siempre ha estado explícito en la Constitución, o bien nítidamente establecido en Convenciones Internacionales, que lo han visto como una faceta de las libertades de pensamiento, opinión y de expresión³⁵.

Para tutelar el derecho fundamental que debe ser respetado por la Administración en su relación con los particulares, se instituyó la garantía procesal del **hábeas data**³⁶ (para el caso de tipo *impropio*³⁷). En la Ley 6 de 2002 (Art. 3) fue

³⁵ Cf. Art. 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 13 de la Convención América de Derechos Humanos.

³⁶ Señala la Ley panameña que cualquier persona puede presentar la acción de hábeas data para acceder a la información ante la negativa del funcionario o responsable del registro, archivo o banco de datos de suministrar lo solicitado, o si fuere suministrado de modo deficiente o inexacto.

³⁷ El hábeas data es una figura instrumental que no llega al cuarto de siglo de su creación por parte de la Constitución brasileña de 1988, en que fue denominado por primera vez de esta manera, es acogido en gran parte de los países que lo han adoptado como mecanismo para la **protección de datos personales** (en general y sensibles) sobre la vida, dignidad, intimidad personal y familiar. Pocas legislaciones lo regulan para tutelar el derecho a la información de carácter público (Perú, Panamá, Venezuela y por vía de jurisprudencia, Argentina). Es interesante la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán acerca del **derecho a la autodeterminación informativa** de mediados de la década de los ochenta del siglo pasado, que faculta al sujeto concernido a saber a dónde van a parar sus datos y con qué finalidad, otorgándole un control en tales aspectos. Es

creado dicho instrumento y posteriormente elevado a nivel constitucional (Art. 44 CN).

El proceso generado por la acción de hábeas data debe tramitarse sumariamente de conformidad con las normas que regulan el amparo de derechos fundamentales; pero con la diferencia que no requiere la utilización de apoderado judicial.

4. Normas sobre expropiación y ocupación forzosa

La Constitución panameña establece que por causas de guerra, grave perturbación del orden público o de interés social urgente que exijan medidas rápidas, el Órgano Ejecutivo podrá *decretar* la expropiación u ocupación de la propiedad privada (Art. 51).

Ya el artículo 48, tras garantizar la propiedad privada y fijarle según la doctrina de **Duguit** obligaciones por motivo de la *función social* que debe cumplir, regulaba el instituto de la expropiación previo “juicio especial” y con derecho a indemnización, lo que puede denominarse *expropiación ordinaria*³⁸.

No obstante, se aprecia que la expropiación u ocupación a la que alude el posterior artículo 51 es por motivos excepcionales y constituye una potestad del Ejecutivo su ejercicio mediante decreto³⁹. Valga precisar que aun bajo la declaración de una expropiación u ocupación por motivos de urgencia, el Estado es responsable de los daños y perjuicios causados por la medida extraordinaria, los cuales deberá sufragar cesadas las causas del despojo. Esto es lo que se conceptúa como *expropiación extraordinaria*.

5. Derecho administrativo laboral

evidente que el mundo de la informática y traspaso descomedido de datos personales acentúa ese deber de buscar mejores herramientas para tutelar legítimamente la intimidad de las personas.

³⁸ Cf. Arts. 1913 a 1926 del C. Judicial.

³⁹ Con todo, el Código Judicial deja a salvo las regulaciones que existan en leyes especiales que normen este tipo de expropiación. La norma constitucional parece relevar de juicio previo la facultad en cabeza del ejecutivo; sin embargo, al consultar las normas del referido Código, la institución respectiva interesada debe promover la correspondiente solicitud ante la autoridad judicial para la expropiación por necesidad o urgencia. Al respecto son consultables los artículos 1927 a 1931. Si el Juez concede la expropiación fijará la indemnización, lo cual obvia la previsión constitucional acerca de la cesación de las causas que motivaron la expropiación como “condición” para que se produzca el resarcimiento de perjuicios.

La Constitución diseña en su título XI sobre “Los servidores públicos” una relación *estatutaria* entre el Estado a través de sus administraciones públicas y el particular vinculado por una relación de prestación personal de servicio. No obstante, las empresas públicas, aunque escasas, mantienen una relación con sus trabajadores normada por el Código de Trabajo (por ejemplo, Empresa de Transmisión Eléctrica-ETESA) o por leyes especiales con supletoriedad del referido Código.⁴⁰

5.1. Definición de servidor público

El artículo 299 de la Carta Política establece algunos elementos determinantes para catalogar como servidor público a una persona natural. Veamos:

“Artículo 299. Son servidores públicos las personas nombradas temporal o permanentemente en cargos del Órgano Ejecutivo, Legislativo y Judicial, de los Municipios, entidades autónomas o semiautónomas; y en general, las que perciban remuneración del Estado”.

De esta norma se extrae que el Constituyente ha preferido emplear por lo menos dos *criterios objetivos* para determinar quién es considerado servidor público, categorización que implica de modo concurrente o alternativo:

1. Que la persona física esté vinculada a cualquiera de los órganos o dependencias estatales por una relación de servicio temporal o permanente, y/o;
2. Que el sujeto perciba remuneración proveniente de fondos públicos.

En mi país, de antiguo, ha quedado superada la discusión sobre la calificación o denominación funcionario o empleado público, según el tipo de tareas o atribuciones encomendadas o jerarquía del mismo, todas las categorías posibles son englobadas bajo el concepto genérico servidor público, a tenor de la Constitución⁴¹.

⁴⁰ Tales son los ejemplos de las antiguas empresas Instituto de Recursos Hidráulicos y Electrificación (IRHE) y el Instituto Nacional de Telecomunicaciones (INTEL), privatizadas ambas en el período presidencial 1994-1999.

⁴¹ Como dato relacionado, el Código Administrativo (aprobado por la Ley 1 de 1916) comúnmente se refiere a la expresión *empleado público* (Arts. 785 y concordantes), sin excluir el término

5.2. Principios sobre gerencia del recurso humano al servicio del Estado o “administración de personal”

5.2.1. Derecho al sueldo mínimo. Prohibición de la doble remuneración

Se establece como derecho a favor de los trabajadores del *sector público* (dependencias estatales incluyendo empresas públicas) y del *sector privado* el “salario o sueldo mínimo” (Art. 65); sin embargo, ha sido tan solo recientemente que se ha equiparado el sueldo mínimo a un número considerable de agentes públicos que estaban por debajo de esa línea, circunstancia que transgredía otro derecho fundamental sobre la igualdad en el pago de salario por igual trabajo (Art. 67 CN), así como el principio de derechos mínimos y garantías que el capítulo constitucional relativo al trabajo establece a favor de los trabajadores (Art. 79 *ibídem*).

La Ley fundamental prohíbe que un mismo servidor público perciba dos o más sueldos con cargo al tesoro nacional, salvo casos especiales establecidos por la Ley (Cf. Art. 303).

5.2.2. Principio de legalidad acerca de los derechos y deberes de los funcionarios

El Estatuto Superior consigna que los derechos y deberes de los servidores públicos, así como los principios para nombramientos, ascensos, suspensiones, traslados, destituciones, cesantía y jubilaciones serán determinados por Ley.

Este es el acicate jurídico para que ante la jurisdicción contencioso administrativa se haya negado el pago de *salarios caídos* a funcionarios reintegrados a sus puestos previa declaratoria de ilegalidad del acto administrativo que los removió, porque si no existe Ley que le conceda el derecho a sueldos vencidos no procede la condena a la Administración en ese concepto. Tal tesis, acentuada por la Sala Tercera desde inicios de los años noventa y que aún persiste, me inclino a considerar que sobrepasa los límites de la razonabilidad con que fue concebida la norma superior.

funcionario ni servidor público. Lo cierto es que todo servidor o empleado debe tomar *posesión del cargo* (Art. 771 *ibídem*); acto solemne que debe quedar plasmado en la correspondiente *acta de toma de posesión* (Art. 772).

Si un funcionario que goza de **estabilidad laboral** prueba que su destitución fue ilegal, adicional a la orden de reintegro debe ser estimada también su pretensión de pago de salarios caídos; de otra manera queda sin sustento lógico, para casos como éstos, la naturaleza de la demanda de plena jurisdicción (o de restablecimiento del derecho), porque uno de los propósitos principales de ésta es que con el libelo no sólo se pida la declaratoria del invalidez del acto individual o concreto que afecta derechos subjetivos; sino la reparación del daño causado.

5.2.3. Principio de estabilidad relativa

Consiste en que el derecho administrativo laboral contenido en la Constitución condiciona el derecho a no poder ser removido del cargo sin causa fundada en la Ley o los reglamentos, mientras el funcionario se desempeñe con competencia, lealtad y moralidad. La remoción de un servidor público no será potestad absoluta y discrecional de ninguna autoridad, salvo lo que diga la propia Constitución. Esto ha llevado a algunos intérpretes a considerar que la estabilidad en el ámbito público está garantizada por la Ley Suprema.

El Pleno de la Corte ha determinado que en la función pública impera el sistema de *estabilidad relativa*; mientras que la Sala que ejerce el control de la legalidad indica que si el funcionario no ha adquirido el derecho a estabilidad por medio de un concurso que lo adscriba a una carrera pública, o ese fuero no emane de Ley especial, el sistema que rige es el libre nombramiento y remoción. Se ha señalado, además, que la Ley que otorga estabilidad es una prueba preconstituida (por lo que tiene que ser aportada al proceso por el demandante), así como que ante los nombramientos de servidores sin dicho fuero estamos en presencia de la teoría de los *actos condición*.

Esta tesitura de la Sala Tercera lleva más de 15 años aplicándose casi invariablemente, lo que ha favorecido, a mi juicio, destituciones arbitrarias fundadas en móviles ilícitos, como los fines políticos, que en suma es un claro ejemplo de *desviación de poder*. Los trabajadores de empresas públicas que gocen de estabilidad laboral deben ser desaforados para poder ser despedidos.

5.2.4. Principio de no discriminación para acceder a cargos públicos

El mismo está previsto por el artículo 300, que si bien exige la nacionalidad panameña para ocupar puestos oficiales no es procedente el trato diferenciado por causa de raza, sexo, religión o creencia y militancia política. Lo que emana del derecho de igualdad ante la Ley y la proscripción de fueros y privilegios fundados ilegítimamente en los mencionados factores (Cf. Arts. 19 y 20⁴² CN).

5.2.5. Base constitucional de las carreras públicas

Como reflejo de la situación estatutaria en que se encuentra la mayoría de funcionarios en Panamá, la Constitución establece las carreras públicas para servir con pertinencia y profesionalización los destinos oficiales, “de conformidad con las necesidades de la Administración” (Art.305). Una de éstas es la carrera administrativa regulada por la Ley 9 de 1994; vigente desde ese año pero mermada en un alto porcentaje respecto de su eficacia o aplicación al grueso de trabajadores del Estado.

Razones políticas más que jurídicas han impedido la materialización de la misma y que sus efectos se palpén en la calidad de la atención al público en los despachos burocráticos.

Vale observar que la Carta panameña hace una separación entre carrera pública y el *servicio civil*, concibiendo a éste como la obligación de estudiantes y egresados de instituciones educativas de prestar servicios temporales a la comunidad, antes de ejercer libremente su profesión u oficio. Aunque esa obligación está sujeta a reglamentación por vía de Ley (Cf. Art. 301).

6. Normas sobre dominio público o estatal

El Estatuto Fundamental, al regular la hacienda pública, incluye los bienes que pertenecen al Estado, siendo éstos: los *patrimoniales* (Art. 257) y los de *uso público* (Art. 258). El Código Civil clasifica los bienes según las personas a que pertenecen como de “dominio público” o de “propiedad privada” (Art. 328), para mayor claridad especifica que los bienes de dominio público pueden subclasificarse en aquellos “destinados al uso público” y los que “pertenecen

⁴² Incluso la igualdad ante la Ley entre *nacionales* y *extranjeros* puede tener limitaciones como efectivamente establece este artículo basadas entre otros motivos por razones de trabajo. En casos bien expresos la propia Constitución exige la nacionalidad panameña *por nacimiento* para fungir determinados destinos públicos, caso para ser Presidente de la República o Magistrado de la Corte Suprema de Justicia (Cf. Arts. 179, numeral 1, y 204, numeral 1).

privativamente al Estado”. Estos últimos, sin ser de uso común, están destinados a algún servicio público o al “fomento de la riqueza nacional”. Nada dice sobre la condición de bienes *extracomercium* que les asiste, por lo menos a los de uso público. De esto se encarga la Constitución en el artículo 258 porque los de uso público “no pueden ser objeto de apropiación privada”.

Es por ello que se justifica una disposición posterior (Art. 291, último párrafo) sobre “islas” (que son bienes de uso público), en el sentido que “la *enajenación* del territorio insular no afecta la propiedad del Estado sobre los bienes de uso público”, porque aquí el concepto *enajenación* no se refiere al traspaso de la *nuda propiedad* sino al goce o uso, mediante contratos públicos u otros actos jurídicos regidos por el Derecho Administrativo, tal es el típico instrumento de la concesión administrativa.

7. Conceptos jurídicos indeterminados

Es de interés el tema sobre los conceptos jurídicos indeterminados, la Corte Suprema ha considerado como tal la figura de la “*justicia social*”, en alusión al artículo 74 (léase 78) de la Constitución. Veamos:

“La norma constitucional, además, se refiere al concepto de *justicia social*, que pertenece, en apreciación del Pleno, a la categoría jurídica de los conceptos jurídicos indeterminados, que, como se sabe, constituye una técnica que utiliza el ordenamiento, cuya concreción debe darse, caso por caso, si es en el terreno jurisdiccional o al llenar de contenido la reglamentación legal bajo el concepto jurídico indeterminado que se ha dejado expuesto. El ordenamiento jurídico ofrece innumerables ejemplos de los conceptos jurídicos indeterminados, por ejemplo: ‘buena fe’, ‘la diligencia de un buen padre de familia’, ‘el precio justo’ en la indemnización, etc. Naturalmente que el criterio de *justicia social* deberá ser analizado al momento de verificar de qué manera ha regulado la ley los aspectos específicos, a través de normas singulares. Y debe determinar, mediante el análisis de la norma específica en desarrollo del concepto jurídico indeterminado, que se ha respetado el concepto esencial del precepto”⁴³.

⁴³Corte Suprema, Pleno. Sentencia de 31 de enero de 1997. Caso: demanda de inconstitucionalidad promovida por Genaro López y otros contra la Ley 44 de 1995. MP. Rogelio Fábrega. GO. No. 23,307, de 11 de junio de 1997.

Traigo este rubro a colación por cuanto, como hemos visto, la Carta Fundamental panameña hace referencia en múltiples normas en ella insertadas a conceptos como: “bienestar social”, “utilidad pública”, “interés colectivo”, “interés social”, y otras similares que connotan de algún modo el Estado social de derecho preconizado por su base filosófico-política. Lo que en mi concepto más que reafirmar la indefinición, vaguedad, de tales expresiones, significa una apuesta constante y decidida por que se cumplan los fines del diseño constitucional, para lo que las autoridades administrativas, los operadores judiciales y el legislador deben tener presente la finalidad expuesta, normas que, de ningún modo, pueden entenderse vaciadas de contenidos operativos.

8. La potestad reglamentaria de la Autoridad del Canal de Panamá y otros organismos descentralizados

Constitucionalmente, la ACP tiene competencia para reglamentar las “normas generales” que dicte el Órgano Legislativo para desarrollar el cúmulo de atribuciones y funciones que le asigna la propia Constitución y la Ley (Cf. Arts. 319, numeral 1, y 323 CN).

8.1. La potestad de cara a la competencia del Órgano Ejecutivo sobre este rubro

El punto anterior adquiere una coloración de interés si se recuerda que por vía de Constitución y como parte de las tradicionales funciones administrativas del Presidente de la República en conjunto con el Ministerio del ramo (Órgano Ejecutivo), es a este organismo público al que corresponde la potestad reglamentaria de las leyes “que lo requieran” expedidas por el legislativo, “sin apartarse en ningún caso de su texto ni de su espíritu”, para que sean “mejormente” cumplidas (Art. 184, numeral 14)

La atribución se expande a otros organismos de tipo *sectorial* pero sin base constitucional, que emiten verdaderos reglamentos (actos administrativos abstractos) de afectación a terceros con el solo apoyo, que no es poco, de sus propias leyes orgánicas.

De todos modos, es de lugar llamar la atención sobre este fenómeno que puede dar pábulo a la “discrecionalidad reglamentaria de leyes” por los entes descentralizados, sin un sustento que en mi concepto debe ser de raigambre constitucional.⁴⁴

El obstáculo de la posibilidad de que entes descentralizados ejerzan dicha facultad no radica en la falta de legitimidad para propiciar la atención eficiente de la función encomendada; sino en la carencia de limitaciones constitucionales expresas como sí existen para la potestad ejercida por el Presidente de la República o incluso para la ACP, que *a contrario sensu* no podría reglamentar una Ley de la Asamblea Nacional *específica*, sólo aquellas con carácter de marco o de contenido genérico.

9. *El derecho contencioso administrativo*

El artículo 206, numeral 2, instituye la jurisdicción contencioso administrativa, ejercida por una de las Salas de la Corte Suprema de Justicia (la Tercera que es un Tribunal mixto porque también conoce en materia de las relaciones obrero patronales del sector privado del recurso de casación laboral).

Comparativamente, es uno de los sistemas contenciosos mejor regulados por cuanto el **control de legalidad** es bastante extenso. La norma incluye los cuatro contenciosos básicos procedentes del derecho francés (plena jurisdicción, nulidad, interpretación y apreciación de validez); pero libra a la Ley la posibilidad de crear otros (tal es el caso de los procesos de indemnización directa⁴⁵, viabilidad jurídica de pago o cumplimiento del acto, consulta y advertencia de ilegalidad, protección a los derechos humanos “justiciables”).⁴⁶

Como una cuestión natural por el paso del tiempo requiere actualización, sobre todo para concebirlo más allá de un proceso al acto, en un Juez natural de la Administración que somete a ésta a la legalidad garantizando así los derechos

⁴⁴ Por autorización de la Carta también tiene potestad reglamentaria el Tribunal Electoral (Art. 143, numeral 3, respecto de la Ley electoral),

⁴⁵ Con el objeto de exigir la responsabilidad administrativa del Estado y sus funcionarios por vías de hecho, mal funcionamiento de los servicios públicos o acciones u omisiones dañosas en la función pública o pretextando ejercer un cometido público. Este tipo responsabilidad, ya lo ha dicho la jurisprudencia, tiene sustrato constitucional en el artículo 18 de la Carta.

⁴⁶ Cf. Ley 135 de 1943 –modificada por la 33 de 1946–; Art. 97 del Código Judicial; Ley 38 de 2000 (Art. 73); Ley 32 de 1984 (Art. 74).

fundamentales de las personas. También es importante el tema de efectividad de la ejecución de las sentencias emitidas por el Tribunal; ampliación de las medidas cautelares (hoy sólo es posible la suspensión del acto administrativo); creación de la doble instancia en los procesos contencioso administrativos porque la Sala mantiene el monopolio de la jurisdicción al constituirse en instancia única y definitiva, a modo de instancia de casación. Indudablemente será necesaria la reforma constitucional para materializar el doble grado indicado, que es propuesto previendo la posible mayor duración de los procesos, pero esta debilidad puede compensarse con la reducción al mínimo de los errores judiciales con la instancia previa.

10. Descentralización administrativa

Otra figura del Derecho Administrativo que recepta la Constitución panameña es la técnica de organización conocida como descentralización. La Carta suele hablar, más que de este término, del concepto autonomía (entidades autónomas), y de organismos independientes, aludiendo a esa libertad para llevar a cabo las funciones atribuidas.

En la última reforma constitucional se acentúa la aspiración descentralizadora del gobierno local (Municipio, Art. 233). Esta **descentralización política** muy importante para que se cumpla, entre otros, el principio de *subsidiariedad*, está consagrada en el régimen municipal vigente⁴⁷; sin embargo, es un proceso lento, con muchos matices políticos; falta de homogeneidad en los niveles de desarrollo de los distritos, insuficiencia en la capacidad impositiva, entre otros factores que lo afectan. La descentralización territorial en mi país registra ínfimos niveles de avance.

Por lo que corresponde a la **descentralización por funciones**, ésta ha adquirido un mayor impulso a raíz del proceso de modernización de las estructuras públicas y el modelo de gestión afianzado por nuevas entidades sectoriales especializadas, cuyas competencias eran ejercidas por el gobierno central o institutos públicos sin la adecuada separación de aquél. Todo apunta con la reforma constitucional a un mayor impulso de la descentralización de la

⁴⁷ Previsto en la Ley 106 de 1973.

Administración Pública, para que se realice la eficacia y eficiencia en la prestación de servicios a los asociados.

Quito, a 6 de abril de 2006