

# GESTIÓN



ISSN 2312-5667

# PÚBLICA

*Edición N° 17, septiembre 2018*

Revista de la Procuraduría de la  
Administración de la República de Panamá



*El Derecho Administrativo en una sociedad globalizada*

# GESTIÓN PÚBLICA

## PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN

Índice	Página
Prólogo	4
Jaime Rodríguez-Arana - Reflexiones Generales Sobre el Derecho Administrativo Global.	7
Carlos Aymerich Cano - Anulación y Decomiso de los Contratos Afectados por Actos de Corrupción.	14
Mork Hernández Morán y Priscilla Benavides Vergara - El Superior Jerárquico en la Normativa Administrativa Globalizada.	23
Luis Gabriel Solís Higuera - Comentarios en Torno al Proyecto de Código Procesal Contencioso Administrativo.	27
Cecilia E. López C. - Héctor A. Mella C. - El control Judicial de la Discrecionalidad Administrativa	35
Carlos Alberto Vásquez Reyes - Modernizando la Jurisdicción Contencioso Administrativa	47
Héctor A. Mella C. - Aplicación de Control de Convencionalidad en la Esfera Administrativa	50





# GESTIÓN PÚBLICA

PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN

**RIGOBERTO GONZÁLEZ MONTENEGRO**  
PROCURADOR DE LA ADMINISTRACIÓN

**MÓNICA CASTILLO ARJONA**  
SECRETARIA GENERAL

**CECILIA LÓPEZ CADOGAN**  
SUBSECRETARIA GENERAL

**ISABEL VARGAS**  
SECRETARIA ADMINISTRATIVA

**INGRID MIROSLAVA CHANG V.**  
DIRECTORA DEL CENTRO DE INVESTIGACIÓN Y CAPACITACIÓN

**FLORENCIA ORTEGA**  
SUBDIRECTORA DEL CENTRO DE INVESTIGACIÓN Y CAPACITACIÓN

**STEPHANY ANN CERVANTES**  
JEFA DE LA OFICINA DE RELACIONES PÚBLICAS

**JOICE ESCALA**  
DISEÑO DE PORTADA

COMITÉ EDITORIAL  
**ANGELINA MURGAS**  
**DEMETRIO DOBRAS**  
**JENY ARIANO**  
**MARÍA ISABEL SAMANIEGO**  
**RAFAEL PÉREZ**  
**THAISKA TUÑÓN**  
**VIRGILO CARRIÓN**

Los artículos publicados en esta revista son responsabilidad exclusiva de sus autores y no de la Procuraduría de la Administración.

Impresión: 1,000 ejemplares.

## PRÓLOGO

La Revista Gestión Pública de la Procuraduría de la Administración, en su interés de llevar a cada uno de sus lectores, artículos de interés que les permita disponer de conocimientos actualizados e innovadores, en relación con las nuevas tendencias del derecho administrativo y los fundamentos esenciales para una buena administración pública, ofrece en esta edición No.17, artículos que giran en torno al “Derecho Administrativo Global”, eje temático que permite el desarrollo de un contenido y enfoque con una mirada más amplia, frente a los más recientes estudios y desarrollo del derecho administrativo en general.

Desde el punto de vista de este nuevo concepto que nace a partir del fenómeno de la globalización y el cual es objeto de recientes estudios e investigaciones, se nos permite llevarle a cada uno de ustedes de la mano de excelentes juristas, nacionales e internacionales, artículos, desde una perspectiva y análisis jurídico más integral. A partir de diferentes ámbitos de estudio del derecho administrativo, a nivel nacional e internacional, encontraremos: La perspectiva contractual, el análisis jurídico de la figura del superior jerárquico, los retos nacionales para una modernización de la jurisdicción contencioso administrativa, reflexiones generales sobre el derecho administrativo global, así como un tema sobre el compromiso ético del servidor público, entre otros.

Es así, que desde el panorama del derecho administrativo global, presentamos artículos que deben ser visualizados y analizados más allá del punto de vista nacional, sino desde una óptica más dinámica y complementaria, alineados con los diferentes eventos trascendentales que impulsan el desarrollo derecho administrativo, a nivel transnacional. Esto de la mano con el incentivo de buscar soluciones sostenibles a los problemas y situaciones que cada día enfrenta la sociedad moderna.

Entres los juristas internacionales que nos honran en esta ocasión, con sus artículos, tenemos al doctor Carlos Aymerich Cano, profesor titular de derecho administrativo de la Universidad de la Coruña España, quien nos comparte el tema denominado “Anulación y Decomiso de los contratos afectados por actos de corrupción”, como una de las asignaturas pendientes y que requieren mayor estudio y desarrollo, tanto en España como en otras legislaciones; asimismo, tenemos a profesionales institucionales comprometidos como el licenciado Mork Hernandez Morán y la licenciada Priscilla Benavides Vergara, ambos abogados de la Secretaría de Consultas y Asesoría Jurídica de la Procuraduría de la Administración, y quienes de forma conjunta colaboran con el artículo titulado “El Superior jerárquico en la normativa administrativa globalizada”, en el que hacen un



análisis jurídico del tema frente a las nuevas concepciones globalizadas de esta figura en la administración pública. Otro connotado jurista institucional es el magister Luis Gabriel Solís Higuera, Jefe de la Secretaría de Procesos Judiciales, quien nos comparte el artículo “Comentarios en torno al proyecto de Código Procesal Contencioso Administrativo”, en éste el autor, que formó parte de la Comisión Codificadora encargada de la elaboración de este instrumento jurídico, expone sus impresiones frente a la urgente necesidad de modernizar la jurisdicción contenciosa administrativa en nuestro país.

Adicional a esto, la Subsecretaria de la Procuraduría de la Administración, magister Cecilia Elena López Cadogan y el magister Héctor Mella Carpanetti, nos presentan el artículo “El Control Judicial de la discrecionalidad administrativa” y nos brindan un interesante esbozo sobre este tema que genera actualmente mucho debate, interés y profunda investigación.

Posteriormente, el reconocido jurista nacional Carlos Alberto Vásquez Reyes, nos enaltece con su artículo denominado “Modernizando la Jurisdicción Contencioso Administrativa”, a través del cual nos resalta el trabajo encomendado por el Órgano Ejecutivo a connotables juristas de elaborar los Anteproyectos de Códigos Procesal Constitucional y Procesal Contencioso-Administrativo, que permitirá ajustar nuestra normativa en la materia, frente a los nuevos retos y situaciones que presentan en dichas jurisdicciones.

Por último, el licenciado Héctor Mella Carpanetti, en esta ocasión de manera individual nos presenta el artículo denominado “Aplicación del control de convencionalidad en la esfera administrativa”, resaltando con esto uno de los temas

de mayor discusión y controversia actualmente, tanto a nivel nacional como internacional.

De esta forma y considerando la perspectiva global del derecho administrativo en general, la Revista Gestión Pública pretende incentivar el desarrollo de nuevos estudios e investigaciones, que propongan nuevos paradigmas para una administración moderna y acorde con las nuevas tendencias.

La Revista Gestión Pública tiene como objetivo ser parte de esas herramientas, que a través de los artículos de reconocidos profesionales, dirigidos tanto a estudiantes, juristas y ciudadanos en general, sirvan para impulsar el desarrollo de nuevos agentes de cambios en la sociedad e instituciones, que traerá como beneficio una administración más eficiente y eficaz, para lograr una sociedad más saludable.

Queremos expresar nuestro agradecimiento a cada uno de los juristas que en esta edición de la Revista, comparten con nosotros su riqueza intelectual y estudios, esbozados de manera profesional y rigurosa, en el contenido de los artículos de la misma, que sabemos serán del interés de nuestros lectores.

De esta manera les damos la bienvenida a la edición No. 17 de la revista Gestión Pública, teniendo la plena seguridad de que encontrarán temas muy interesantes e innovadores durante su lectura. Sepan que el presente trabajo representa el esfuerzo y dedicación de muchas voluntades de personas que han hecho esto posible, y merecen todo el crédito por su determinada colaboración.

Conrado Quintero  
Jefe del Departamento de Asesoría Legal  
Procuraduría de la Administración



## *Reflexiones generales sobre el Derecho Administrativo Global*

*Por: Jaime Rodríguez-Arana<sup>1</sup>*

### **RESUMEN**

El Derecho Administrativo como bien lo conocemos, hoy por hoy, discurre por nuevos rumbos que advierten una reestructurada y bien marcada tendencia llamada globalización, permitiendo asumir nuevas posturas frente a los principios, fuente y estructura del tradicional Derecho Administrativo.

Estas nuevas posturas hacen referencia a lo que hoy se reconoce como una administración global, encargada de la producción de políticas globales precedidas por patrones jurídicos, que estiman como eje central los Derechos Fundamentales de las personas y se enmarcan en principios de legalidad, separación de poderes, primacía de la racionalidad, transparencia, buen gobierno y pluralismo. Sustento del cual se desprende la base y lineamientos para seguir forjando el elogiado Derecho administrativo global.

### **ABSTRACT**

The Administrative Law known to date, pursues new directions which all point to the restructured and well-marked tendencies globalization. These new tendencies take on a new perspective regarding principles, sources and structure of traditional administrative law.

These new inclinations positions refer to what is now recognized as global management, responsible for the production of world wide policies presided by legal standards which acknowledge as core and as essential for the principles of legality, separation of powers, primacy of rationality, transparency, good governance and pluralism the fundamental rights of the people. From which the base and guidelines to continue forging the well praised global administrative law.

### **PALABRAS CLAVES**

Derecho Administrativo Global, Cooperación,

Principios Generales, Estado Social, Derechos Fundamentales, Construcción Sistemática.

### **KEY WORDS**

Global Administrative Law, Cooperation, General Principles, Welfare State, Fundamental Rights of the People, Systematic Construction.

### **I. INTRODUCCIÓN**

La existencia del Derecho Administrativo Global es, al día de hoy, una realidad indudable. Sin embargo, la ausencia de un sistema de fuentes, de principios y, sobre todo, de un ordenamiento jurídico-administrativo global es causa de que la gobernanza, o gobernabilidad, y sobre todo el modelo financiero y económico global haya campado a sus anchas durante un tiempo en que, efectivamente, la regulación en la dimensión universal y global ha brillado por su ausencia.

A pesar de constatar que el Derecho Administrativo Global no ha cumplido hasta el momento el papel que se esperaba de él: ordenación jurídica del poder para la libertad de todos los seres humanos, no se puede desconocer que en la realidad jurídica general, en el espacio jurídico global se han ido produciendo, quizás demasiado tímidamente y probablemente demasiado lentamente, toda una serie de hechos y regulaciones que, aunque sea fragmentariamente, acreditan la existencia de parciales regulaciones administrativas de escala supranacional.

### **II. LA GLOBALIZACIÓN**

Esto es así, no sólo porque el fenómeno de la globalización alcanza y llega a todas las ciencias sociales sin excepción, sino porque en nuestro caso comprobamos con frecuencia la existencia de sectores de la denominada actividad administrativa

<sup>1</sup> Catedrático y director del grupo de investigación de derecho público global de la Universidad de la Coruña (España) - Presidente del foro iberoamericano de derecho administrativo-presidente de la *spin off ius publicum innovatio*.



en sentido amplio que están trufados de regulaciones transnacionales o, por mejor decir, transgubernamentales que obligan al estudioso del Derecho Administrativo a tener presente esta nueva realidad. Es el caso, entre otros, de la seguridad pública, de la regulación de la energía, de las telecomunicaciones, de la inmigración, del medio ambiente o de la llamada ayuda al desarrollo. Esto es así, entre otras razones, porque hoy la interdependencia y la cooperación intergubernamental nos enseñan que la solución a muchos problemas de dimensión pública ha de buscarse a través de esta nueva versión del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario que se llama globalización.

Es decir, existen cuestiones que escapan a las fronteras de la dimensión nacional y se convierten en fenómenos globales. El más relevante, el más trascendente, aunque no el más eficaz, es la lucha por los derechos humanos en el mundo. Una asignatura todavía pendiente que aconseja que el Derecho Administrativo, Derecho del poder para la libertad como diría el profesor González Navarro, supere rígidos esquemas y salte las trincheras de lo nacional para situarse en un nuevo plano. Un nuevo plano, el de lo global que, como señalan los profesores Kingsbury, Krisch y Stewart en su trabajo titulado “El surgimiento del Derecho Administrativo Global”<sup>2</sup>, es la consecuencia de los sistemas transnacionales de regulación o cooperación regulatoria que se producen a través de Tratados Internacionales y Redes Intergubernamentales de Cooperación informales que, en efecto, han desplazado muchas decisiones hasta ahora residenciadas en el espacio nacional al espacio global.

En efecto, estamos en presencia de una nueva realidad que hay que estudiar con otra perspectiva, con una nueva mentalidad porque, de lo contrario, nos quedaremos atrapados en el prejuicio y en el estereotipo que tanto daño hacen a la evolución social. Estas nuevas formas de regulación proceden ahora de nuevos sujetos que no son los tradicionales y que, además, se expresan jurídicamente a través de nuevas fuentes, de nuevas maneras de producción de normas.

En estos años, como recuerdan Kingsbury, Krisch y Stewart, aparecen nuevos órganos administrativos transnacionales en forma de nuevas organizaciones internacionales y grupos informales de representantes públicos que ciertamente realizan tareas de orden administrativo, no sometidas al tradicional control del Estado-nación o de los Entes subestatales<sup>3</sup>. Estas nuevas decisiones de orden administrativo del sistema global también son producidas por sujetos de naturaleza privada o por órganos administrativos nacionales. En este sentido, cada vez es más importante tener presente que la regulación puede proceder del mundo privado a nivel internacional, que en ocasiones, cuando atiende asuntos de dimensión supraindividual, se articula en instituciones que establecen patrones o estándares de proyección global que afectan a obvios intereses generales. Igualmente, en este contexto aparecen organizaciones híbridas público-privadas en las que puede haber presencia empresarial, de ONG, de gobiernos nacionales o de organizaciones intergubernamentales que también producen regulaciones globales.

### III. GLOBALIZACIÓN Y PRINCIPIOS GENERALES

Este nuevo panorama afecta sobremanera a los principios sobre los que descansa el Derecho Administrativo. Es verdad que en nuestra disciplina coexisten dos tradiciones jurídicas que están siendo afectadas por la globalización. Más, desde luego, el sistema jurídico-administrativo de corte francés que el esquema del “*rule of law*” de inspiración anglosajona. Pero, en cualquier caso, ambos sistemas tienen que “*aggiornarse*” a la nueva realidad<sup>4</sup>. Es más, en sede de principios, los fundamentos del Estado de Derecho, aquellos sobre los que se han levantado ambos edificios jurídicos, cobran ahora una especial relevancia porque no podemos ocultar que estas nuevas formas de actividad pública de dimensión global no pueden, deben escapar al control jurídico que legitima la acción pública. En el ejercicio de estos poderes regulatorios, que tienen diferentes protagonistas, incluso de naturaleza privada, deben asegurarse técnicas que impidan que la tentación de eludir

<sup>2</sup> Vid. El pionero trabajo de los profesores B. KINGSBURY, N. KRISCH y R. B. STEWART, “*The Emergence of Global Administrative Law*”, *Law and Contemporary Problems*, 15, (Summer-Autumn, 2014), pp. 16 y ss.

<sup>3</sup> *Ibidem*

<sup>4</sup> Vid. C. SURVENT GUTIERREZ, *Sistemas jurídicos comparados*, Porrúa, México, 2006.

el control sea la principal característica de la denominada nueva Administración global que despliega su actividad en el llamado espacio jurídico global. Por eso, en los inicios, en los primeros balbuceos de este todavía incipiente Derecho Administrativo Global, la jurisprudencia, y sobre todo los principios del Derecho sobre los que se levantó esta magnífica construcción jurídico-política, están fundando un nuevo Derecho Público Universal, que como señala agudamente el profesor Meilán, es ya un Derecho prudencial<sup>5</sup>. Está aconteciendo “mutatis mutandis” lo mismo que en los orígenes del Derecho Administrativo en Francia: entonces era el Consejo de Estado el que alumbró el nuevo Derecho Administrativo a través de sus famosos “arrets”: ahora son los Tribunales y Cortes sectoriales de nivel transgubernamental o global, los que poco a poco van elaborando una doctrina jurisprudencial que, hoy como ayer, se basan en principios de Derecho.

#### IV. LA GLOBALIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

En este contexto, las experiencias de Derecho Administrativo Global en distintos sectores como puede ser el de los derechos humanos, el del comercio internacional, el cultural, el agrícola, o el deportivo, entre otros, todos ellos de dimensión universal, van a mostrarnos un conjunto de resoluciones de naturaleza judicial y unas normas y prácticas administrativas que, desde luego, superan las fronteras nacionales. En efecto, desde el principio de legalidad, hasta la separación de los poderes pasando por la primacía de los derechos fundamentales de las personas sin perder de vista la relevancia del pluralismo, de la racionalidad, de la transparencia, del buen gobierno, de la rendición de cuentas, así como de la instauración de un efectivo sistema de “*cheks and balances*”, encontramos principios y criterios del Estado de Derecho, que nos permiten hablar de un Derecho Administrativo Global de base principal<sup>6</sup>.

Ciertamente, uno de los peligros que se avizoran cuando nos acercamos al estudio de la Administración global, del espacio jurídico-

administrativo global y, sobre todo, cuando estudiamos el Derecho Administrativo Global, es la facilidad con la que estas nuevas realidades jurídicas y estructurales pueden escapar al control, al sistema de “*accountability*” o de rendición de cuentas que debe caracterizar a una verdadera y genuina Administración democrática. Por eso, ahora que percibimos la emergencia de este nuevo Derecho Administrativo en el que existe, todavía “*in fieri*”, una nueva Administración global que opera en el nuevo espacio jurídico global, es fundamental desde ya que los principios sobre los que va a descansar esta nueva realidad jurídico-público se inscriban claramente en los postulados del Estado de Derecho<sup>7</sup>.

En este sentido, los profesores Kingsbury, Krisch y Stewart son conscientes de que puede haber determinadas regulaciones globales que pueden afectar de manera distinta a unos Estados y a otros cuestionándose incluso el régimen del Derecho Internacional Público<sup>8</sup>. Para resolver este escollo, estos profesores abogan por que los regímenes intergubernamentales construyan estándares de Derecho Administrativo y técnicas jurídicas generales a las que los gobiernos nacionales deban adecuarse con el fin de asegurar que los principios del Estado de Derecho sean respetados.

Precisamente para esta tarea surge el Derecho Administrativo Global. Para que la nueva Administración Global que opera, aunque todavía de manera incipiente en el nuevo espacio jurídico-administrativo global, funde toda su actividad en el marco de unos principios que no pueden ser otros que los del Estado de Derecho. Para eso surgió el Derecho Administrativo como sistema recuerda Giannini, como un instrumento de civilidad que asegure que el Derecho está por encima del poder o, por mejor, decir, para racionalizar, para humanizar el ejercicio del poder público<sup>9</sup>.

Es verdad que ahora se pone el acento en la rendición de cuentas, en la transparencia, en la racionalidad, en la evaluación, en la legalidad y, entre otros paradigmas, en la participación. Estos

<sup>5</sup> J.L. MEILÁN GIL, Una aproximación al Derecho Público Global, Global Law Press, Sevilla, 2013.

<sup>6</sup> J. RODRIGUEZ-ARANA, Approach to the principles of Global Administrative Law, in J. ROBALINO-J. RODRIGUEZ-ARANA (Editors), Cameron&May, London, 2010.

<sup>7</sup> Vid. A. MASCAREÑO, Justicia global y justicia sectorial en la sociedad mundial: momentos de universalidad en la *lex mercatoria*, Dilemata, nº 13, 2013, pp. 46-68.

<sup>8</sup> B. KINGSBURY/N. KRISCH, R.B. STEWART, cit. p. 18

<sup>9</sup> M.S. GIANNINI, El poder público, Civitas, Madrid, 1991, pp. 17 y ss.



son los nuevos principios que ahora están de moda en los estudios de Derecho Administrativo Global. Ahora bien, siendo muy importante que las formas de producción de actos administrativos y de normas de la Administración Global estén inspirados por el primado de estos principios, no podemos olvidar que el Estado de Derecho, además, trae consigo, como conquista irrenunciable, la centralidad de los derechos fundamentales de las personas y el equilibrio y separación entre los poderes. Si sólo atendemos, en el estudio de los principios, a criterios de eficacia o de eficiencia y nos olvidamos de la manera en que el poder administrativo global incide en la mejora de las condiciones de vida de la ciudadanía podríamos caer en una perspectiva puramente funcionalista del Derecho Administrativo Global.

En alguna medida, la crisis de la regulación en relación con la actividad financiera a nivel nacional en algunos Estados pone de manifiesto la importancia de una regulación global que pueda atender y realizar su papel ante fenómenos que en sí mismos son globales, tales como el sistema financiero y la economía. El control de la economía por el Derecho Administrativo no es más que la garantía, necesaria para que los agentes trabajen en un clima de confianza, de que el sistema de mercado se mueve en un marco de racionalidad y equilibrio.

La cuestión se va a centrar en proyectar toda la fuerza del Estado de Derecho sobre el Derecho Administrativo Global sin olvidar que, efectivamente, hoy la acción administrativa, precisamente por la fuerza del Estado de Derecho, ha de expresarse en términos de transparencia, participación, responsabilidad, racionalidad y permanente evaluación.

El Derecho Administrativo Global incluye todo un conjunto de técnicas que deben estar amparadas por el Estado de Derecho, particularmente a través de estándares que aseguren valores tan importantes como pueden ser la transparencia, la racionalidad, la legalidad, la participación y la evaluación. Es decir, las políticas públicas globales que produce la nueva Administración Global han de estar presididas por patrones jurídicos, entre los que ocupan un lugar central los derechos fundamentales de las personas.

El problema de la legitimidad de la acción administrativa global no debe ser contemplada, únicamente, desde la perspectiva de la eficacia y de la eficiencia. Más bien, la legitimidad ha de venir amparada por sistemas democráticos de producción de actos y normas en los que brille con luz propia el pleno respeto y promoción de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Entre los órganos que componen la realidad administrativa global se encuentran según estos profesores anglosajones: los órganos administrativos regulatorios intergubernamentales formales, redes regulatorias informales intergubernamentales, estructuras de coordinación, órganos regulatorios nacionales que operan en relación a un régimen internacional intergubernamental, órganos regulatorios híbridos público-privados, así como algunos órganos regulatorios privados que ejercen funciones de relevancia pública en sectores concretos. Esta nueva estructuración de la Administración global viene a confirmar la versión objetiva o material del Derecho Administrativo en la medida en que la perspectiva subjetiva queda rebasada por la realidad. Ahora lo determinante va a ser la función de esta nueva Administración global en la que tienen un lugar propio los esquemas organizativos públicos-privados y las organizaciones privadas que realicen tareas de trascendencia pública, de interés general, en determinados sectores.

La clave del Derecho Administrativo Global se encuentra, pues, en la acción administrativa, que ahora va a poder proceder no sólo de estructuras administrativas tradicionales sino también de nuevos sujetos que ahora van a cobrar especial protagonismo en el espacio jurídico global. La gobernanza global, la gobernabilidad global o la gobernanza global va a ser la principal actividad que va a estudiar el Derecho Administrativo Global, que en modo alguno invade el campo de trabajo del Derecho Internacional Público, ya que aunque estamos en el marco de la gobernanza global y en ocasiones trabajamos en la frontera del Derecho Internacional, estamos en presencia de una tarea de regulación de amplios sectores de la vida económica y social de inequívoco alcance administrativo<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> Ibidem.

No obstante, la actividad administrativa que va a estudiar el Derecho Administrativo Global se refiere, en el plano supranacional, a estándares derivados de la cláusula del Estado de Derecho de aplicación a las regulaciones administrativas derivadas de Tratados Internacionales, a las regulaciones “informales” adoptadas al aplicar y ejecutar regímenes normativos internacionales, así como a la denominada función administrativa de naturaleza “jurisdiccional” distinta de la conclusión de Tratados o de la resolución judicial entre sujetos del Derecho Internacional.

El Derecho Administrativo Global existe porque hay una acción administrativa global. Y hay una acción administrativa porque se ha ido conformando en este tiempo un conjunto de estructuras de regulación global, no necesariamente de composición estrictamente pública, que han ido produciendo actos y normas proyectados en un espacio de orden administrativo que llamamos global. Los profesores citados dicen que este espacio administrativo global es de orden polifacético porque en el actúan, como sujetos productores de regulación, instituciones administrativas clásicas, estructuras como ONG o personas jurídicas empresariales que adquieren relevancia administrativa en la medida en que dictan reglas de relevancia pública. Esta realidad, insisto, permite pensar de nuevo en las posibilidades de la concepción objetiva o material del Derecho Administrativo y en la capitalidad de la acción administrativa como eje central del concepto mismo de nuestra disciplina.

Ciertamente, esta cuestión es polémica puesto que no toda la doctrina, ni mucho menos, admite que pueda haber regulación administrativa emanada más allá de órganos o estructuras no formalmente administrativas del nivel estatal o nacional, regional o subestatal. Sin embargo, la realidad nos muestra que en el ámbito supranacional existen órganos como la OCDE, el FMI, el Comité de Basilea, el Grupo de Acción Financiera Internacional o la OMC, por ejemplo, que en muy poco tiempo han establecido regímenes regulatorios de naturaleza administrativa con trascendencia y repercusión jurídica a nivel supranacional. En el ámbito ambiental, uno de

los más representativos, sin duda, del Derecho Administrativo Global, se puede decir que al día de hoy existe una normativa administrativa global confeccionada en muchos casos por estructuras y organizaciones nacidas al calor de las grandes declaraciones mundiales sobre materias como el comercio de emisiones o el desarrollo limpio derivado del Protocolo de Kioto.

## V. EL ESPACIO JURÍDICO ADMINISTRATIVO GLOBAL

El espacio administrativo global es un espacio jurídico. Es importante esta precisión porque la afirmación de un espacio administrativo global sin la caracterización jurídica podría llevarnos de la mano a la perspectiva tecno estructural, en cuya virtud se intenta, tantas veces, contemplar la realidad sin más límites que los de la eficacia o la eficiencia. Algo que en este tiempo, como en el pasado, constituye uno de los desafíos más importantes del Derecho Administrativo: o se convierte de verdad en el Derecho del Poder para la libertad, o, sencillamente, termina por ser la “*longa manus*” del poder, la justificación técnica del poder sin más.

Por otra parte, el Derecho Administrativo Global encuentra también espacio propio, en coexistencia con el Derecho Internacional Público, como señalan Kingsbury, Krisch y Stewart, en la base de la acción que se realiza a nivel global en el trabajo del Consejo de Seguridad de la ONU y en la comitología de la propia organización de Naciones Unidas, así como en la regulación de la energía llevada a cabo por la Agencia Internacional de Energía Nuclear (AIEA) o en los mecanismos de supervisión de la Convención sobre Armas Químicas<sup>11</sup>.

La realidad de la acción pública a nivel supranacional e intergubernamental nos ofrece un panorama bien amplio y variado de modalidades de acción pública institucional que trae su causa de regulaciones globales procedentes de la Administración Global. Una Administración que es polifacética, poliédrica, plural, en la que la proyección del pensamiento abierto y compatible permite que la acción administrativa en sentido amplio deje de ser

<sup>11</sup> B. KINGSBURY....., p.18



un coto reservado de las estructuras tradicionales de naturaleza administrativa.

Podrá decirse, con razón, que este enfoque no es nuevo. Y es cierto. Como es sabido, en el siglo XIX, a finales, surgió una perspectiva internacional del derecho Administrativo llamada Derecho Administrativo Internacional que, lejos de sustituir al Derecho Internacional Público, trató de explicar la acción de la llamada Administración Internacional como consecuencia del auge de las instituciones regulatorias internacionales o “uniones internacionales”, que según Kingsbury, Krisch y Stewart, trataban temas como los servicios postales, la navegación o las telecomunicaciones y que disponían, en ocasiones, de relevantes poderes regulatorios que incluso no precisaban de ratificación estatal para desplegar eficacia jurídica. En el marco de estas “uniones internacionales” se producía una suerte de cooperación interestatal o intergubernamental que justificó el nacimiento de una verdadera Administración internacional que incluía tanto instituciones estrictamente internacionales como sujetos jurídicos internos dotados de capacidad jurídica en la dimensión transfronteriza. Estas ideas, y sobre todo, el análisis administrativo de las relaciones internacionales, como señalan los profesores Kingsbury, Krisch y Stewart, desaparecen tras la Segunda Guerra Mundial y, de alguna manera, reaparecen al día de hoy en forma de Derecho Administrativo Global.

Otra de las características que me interesa destacar en este trabajo sobre los principios del Derecho Administrativo Global se refiere a que en la realidad, sin que su nacimiento se haya debido a una sistematización previa, nos encontramos ante acción administrativa global y ante entes públicos, público-privados, incluso privados, que realizan tareas regulatorias de servicio objetivo al interés general. La realidad, que es tozuda, testaruda podríamos decir en una expresión quizás no muy científica, demuestra que en el llamado espacio jurídico-administrativo global habita toda una serie de regulaciones de este carácter que están afectando sobremanera al tradicional entendimiento

del Derecho Administrativo. Por ello, ahora, cuando explicamos en las Facultades universitarias Derecho Administrativo, tenemos que introducir a los alumnos en el Derecho Administrativo Global, sobre todo en materia de Derecho regulatorio y en los contenidos de algunos sectores del Derecho Administrativo como pueden ser, por ejemplo, el Derecho Ambiental, el Derecho de la Seguridad o el Derecho Marítimo.

## VI. REFLEXIÓN FINAL

Los actos y normas emanados por las diversas formas de Administración Global hasta ahora conocidas deben realizarse en el marco de los principios del Estado de Derecho que preside el entero sistema del Derecho Administrativo en todo el mundo. Es decir, los actos y normas procedentes de los organismos internacionales formales (Consejo de Seguridad de la ONU y comités derivados Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Organización Mundial de la Salud, Banco Mundial o Grupo de Acción Financiera Internacional) de las redes transnacionales de cooperación entre funcionarios de órganos de regulación nacional (Comité de Basilea), de órganos regulatorios nacionales bajo Tratados, Redes u otros regímenes cooperativos (Administración dispersa como la OMC), de órganos híbridos público-privados (Comisión del Codex Alimentarius, ICANN), o de instituciones privadas de naturaleza regulatoria (ISO) deben estar producidos en el marco del Estado de Derecho. Ello quiere decir, entre otras cosas, que el dilema entre eficacia y legalidad, tantas veces presente en la gestión pública, debe resolverse siempre, y en todo caso, en el marco de los principios del Estado de Derecho.

La acción administrativa global, desplegada en el espacio jurídico-administrativo global, afecta cada vez a más ciudadanos. Sólo en el espacio jurídico europeo se calcula que las decisiones de la Unión Europea afectan directamente al 70% de empresas y ciudadanos. Por eso es cada vez más importante explicar el Derecho Administrativo en la dimensión nacional, internacional y global.

Los principios del Estado de Derecho son de aplicación tanto al Derecho Administrativo Estatal como al Derecho Administrativo Global. El Derecho Administrativo Estatal y el Derecho Administrativo Global, que han de estar sincronizados y actuar de manera complementaria. Al mismo tiempo, si bien existen el ordenamiento jurídico interno instancias y técnicas de control y de “*accountability*”, también deben existir en el

nivel global, en el espacio jurídico-administrativo global. En este sentido, ante la ausencia en el ámbito de la gobernanza global de órganos de control, de técnicas de “*accountability*”, ante la constatación de un espacio administrativo global, es fundamental, si queremos que ese espacio esté sometido al Derecho Administrativo, que en el marco de la actuación administrativa global se respeten los principios del Estado de Derecho.



## *Anulación y decomiso de los contratos afectados por actos de corrupción*

*Por: Carlos Aymerich Cano*

Profesor titular de Derecho Administrativo  
Universidade da Coruña  
aymcan@udc.gal

### RESUMEN

La obligación de anular o resolver los contratos públicos afectados por delitos de corrupción, reconocida sobre el papel, sigue siendo en la práctica una asignatura pendiente en el ordenamiento español. El trabajo analiza las cuestiones suscitadas por las escasas sentencias penales que anulan estos actos y contratos, apuntando las potencialidades de la figura del decomiso regulado en el art. 127 CP.

### 1. LA OBLIGACIÓN DE DEJAR SIN EFECTO LOS CONTRATOS DERIVADOS DE ACTOS DE CORRUPCIÓN

Tanto la Convención de la OCDE contra la corrupción de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales (1997)<sup>1</sup>, como el Convenio Civil en materia de corrupción del Consejo de Europa (1999)<sup>2</sup> y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (2004)<sup>3</sup> recogen la obligación de dejar sin efecto los contratos derivados de actos de corrupción. En este contexto, merece destacarse especialmente lo dispuesto en la Convención Interamericana contra la Corrupción (1996), auspiciada por la OEA, cuyo art. XV prevé expresamente “la identificación, el rastreo, la

inmovilización, la confiscación y el decomiso de bienes obtenidos o derivados de la comisión de los delitos tipificados de conformidad con la presente Convención, de los bienes utilizados en dicha comisión o del producto de dichos bienes”<sup>4</sup>.

Los instrumentos internacionales de armonización legislativa en el ámbito de la corrupción también contienen previsiones similares. Tanto el texto revisado en 2012 del Acuerdo de Contratación Pública de la OMC<sup>5</sup> como la Ley Modelo de 2011, de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), prevén la anulación de los contratos viciados por corrupción si bien, en este último texto, esa medida se contempla como posibilidad y no como obligación, en congruencia con el carácter no prescriptivo del documento<sup>6</sup>.

Por su parte, las Directivas europeas de contratación pública y concesiones<sup>7</sup> disponen que los Estados miembros deben dotar a los poderes adjudicadores de la potestad de resolver los contratos cuando el contratista haya sido condenado por sentencia firme por la comisión de, entre otros, delitos de corrupción o, en todo caso, cuando “el contrato no hubiera debido adjudicarse al contratista en vista de la existencia

<sup>1</sup> Cfr., art. 3.3 de esta Convención y párrafos 21 y 22 de los comentarios elaborados por la Conferencia Negociadora el 21 de noviembre de 1997.

<sup>2</sup> Cfr., art. 8 del Convenio que, bajo el expresivo título de “Validez de contratos”, dispone que “cada Parte dispondrá en su Derecho interno la nulidad de todo contrato o de toda cláusula contractual que tenga por objeto un acto de corrupción”.

<sup>3</sup> El artículo 34 de la Convención, bajo el título “Consecuencias de los actos de corrupción”, establece que “Con la debida consideración de los derechos adquiridos de buena fe por terceros, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará medidas para eliminar las consecuencias de los actos de corrupción. En este contexto, los Estados Parte podrán considerar la corrupción un factor pertinente en procedimientos jurídicos encaminados a anular o dejar sin efecto un contrato o a revocar una concesión u otro instrumento semejante, o adoptar cualquier otra medida correctiva”.

<sup>4</sup> El artículo I de la referida Convención dispone que por “bienes” deben entenderse “los activos de cualquier tipo, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, los documentos e instrumentos legales que comprueben o pretendan comprobar la propiedad u otros derechos sobre estos activos, o que se refieran a la propiedad u otros derechos”.

<sup>5</sup> Cuyo art. XVIII, apartado 7º, dispone que “cada Parte adoptará o mantendrá procedimientos que prevean (b) cuando el órgano de revisión haya determinado la existencia de una infracción o falta de cumplimiento mencionada en el párrafo 1, medidas correctivas o una compensación por las pérdidas o los daños y perjuicios sufridos, que podrá limitarse a los costos de la preparación de la oferta o a los costos relacionados con la impugnación, o a ambos”.

<sup>6</sup> Vid. WILLIAMS-ELEGBE, *Fighting corruption in public procurement*, Hart, Oxford-Portland, 2012, pág. 209 y ss. y QUINOT, quien registra los cambios experimentados en los regímenes contractuales de la UE y CNUDMI: “There has been recently a growing trend internationally to move away from the once strict notion of the irrevocability of concluded contracts or what some author called the notion of concluded public contracts as “sacred cows”. In EU procurement law, the new Remedies Directive 2007/66, following judgements of the European Court of Justice, now requires national remedies regimes to provide for invalidity of concluded contracts under certain circumstances. Importantly, the new 2011 UNCITRAL Model Law also now provides, as an option, that independent review bodies may overturn concluded contracts” (cfr. “A comparative perspective on supplier remedies in African public procurement systems”, en, ARROWSMITH y QUINOT, coords., *Public Procurement Regulation in Africa*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 327).

<sup>7</sup> Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE y Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (accesibles en <https://eur-lex.europa.eu>).

de un incumplimiento grave de las obligaciones establecidas en los Tratados y en la presente Directiva, declarado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en un procedimiento con arreglo al artículo 258 del TFUE”. La obligación había sido ya introducida en 2007 en la Directiva de recursos<sup>8</sup> y, previamente, declarada por la Sentencia del TJUE de 10 de abril de 2003<sup>9</sup>, confirmada por la de 18 de julio de 2007<sup>10</sup>.

Las Directivas reproducen en este punto el Reglamento 966/2012, sobre normas aplicables al presupuesto general de la UE, cuyo art. 116 también faculta al órgano de contratación – en este caso, las propias instituciones comunitarias – a “abstenerse de concluir el contrato, suspender su ejecución o, en su caso, rescindirlo” cuando se demuestre, tras la adjudicación del contrato, la existencia de “errores sustanciales, irregularidades o fraude” en el procedimiento de adjudicación o en la ejecución del contrato<sup>11</sup>.

## 2. LA TRANSPOSICIÓN DEL DEBER DE ANULAR LOS CONTRATOS VICIADOS POR CORRUPCIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL

Sobre el papel, el ordenamiento español ya cumple con este mandato. En efecto, el art. 39.1 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) enumera como causas de nulidad de los contratos públicos “las indicadas en el art. 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas” – entre las que se incluye, como es sabido, la de que los actos “sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta” [art. 47.1.d) LPACAP] – y, entre otras, hallarse incurso el contratista “en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el art. 71” – precepto éste que hace referencia tanto a los delitos de corrupción como a las situaciones de

incompatibilidades y conflictos de intereses regulados en la legislación de empleo público, altos cargos e incompatibilidades. Por lo demás, la anulación de un acto preparatorio o del acto de adjudicación “llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación” (art. 42.1 LCSP).

El problema, sin embargo, estriba en la falta de efectividad práctica de estas previsiones legales, especialmente en lo que se refiere a la exclusión de la contratación pública de las empresas incursas en prácticas corruptas declaradas en sentencia firme<sup>12</sup> y a la anulación y consiguiente resolución de los contratos adjudicados como consecuencia de prácticas corruptas. Para sorpresa e indignación de la opinión pública, la condena penal de los responsables de delitos de cohecho, prevaricación, malversación de caudales públicos o tráfico de influencias no se ve seguida, con carácter general, por la anulación y consiguiente liquidación de los contratos afectados ni tampoco por el decomiso de las ganancias o beneficios derivados de los mismos.

Así las cosas, si la misma sentencia que declara la existencia del delito y condena a sus responsables decretase la nulidad del contrato o acto afectados se evitaría el riesgo de resoluciones contradictorias al tiempo que se aseguraría el derecho constitucional a un proceso sin dilaciones y, añádase, también sin costes indebidos. Además, constatado que el planteamiento de una cuestión prejudicial desde la jurisdicción penal para la anulación por la contencioso-administrativa de un acto o contrato sólo sería procedente de no haber caducado el plazo para su impugnación<sup>13</sup>, la anulación directa por la jurisdicción penal sería, en la gran mayoría de los casos, la única vía practicable para alcanzar ese resultado, excepción hecha de la revisión de oficio que, como su nombre indica,

<sup>8</sup> Art. 2 quinquies.

<sup>9</sup> As. C-20/01 y 28/01, Comisión c. Alemania.

<sup>10</sup> As. C-503/04, en relación con el incumplimiento por Alemania del fallo de la sentencia anterior.

<sup>11</sup> Acerca de la normativa contractual contenida en este Reglamento 966/2012, vid. MEDINA ARNÁIZ, “La regulación europea de la contratación pública no se agota en las Directivas: Nota sobre el nuevo Reglamento Financiero de la Unión”, en <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.90/relcategoria.121/re/menu.3/chk.39ec8e37560accc5bdd63b3274ae53b>.

<sup>12</sup> Recuerda MEDINA ARNÁIZ (cfr., “Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: perspectiva europea y su incidencia en la legislación española”, en La contratación pública a debate: presente y futuro, FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, Patricia, coord., Civitas-Thomson Reuters, Madrid 334) que no fue declarada incurso en prohibición para contratar ninguna de las empresas que, según declara como hechos probados la STS de 21 de diciembre de 1999 (caso Roldán), pagaron al director general de la Guardia Civil elevadas comisiones por obras o servicios, algunos de los cuales ni siquiera se llegaron a prestar. Lo mismo sucedió con las empresas que, de acuerdo con los hechos probados de la STS de 28 de marzo de 2001 (caso Urralburu), pagaron también importantes comisiones al presidente del gobierno navarro a cambio de la adjudicación de contratos.

<sup>13</sup> De acuerdo con GIMENO SENDRA, el tribunal penal no podría sugerir a las partes el planteamiento de una cuestión prejudicial devolutiva que implicase la interposición extemporánea de un recurso contencioso-administrativo que, en cualquier caso, la jurisdicción contencioso-administrativa debería inadmitir (cfr., “Estudio preliminar. Cuestiones prejudiciales devolutivas y *non bis in idem* en el proceso penal” en BALLBÉ MALLOL y PADRÓS REIG, La prejudicialidad administrativa en el proceso penal, Civitas, Madrid, 2004, pág. 29). MORCILLO MORENO (cfr., Teoría y práctica de las cuestiones prejudiciales en el ámbito del Derecho Administrativo, La Ley, Madrid, 2007, pág. 105) sostiene, por el contrario, que el planteamiento por el juez penal de una cuestión prejudicial devolutiva reabre el plazo para la impugnación de la actuación cuestionada ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

depende de un impulso político y administrativo no siempre presente.

Sin embargo, como a continuación expondré, la posibilidad de que los actos y contratos puedan ser anulados directamente por la jurisdicción penal no está exenta de problemas y dudas.

### **2.1. La anulación de actuaciones administrativas por la jurisdicción penal como cuestión prejudicial administrativa**

La Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 97/1994, de 18 de enero (caso “Burgos”), que condena al Alcalde, corporativos y funcionarios del Ayuntamiento de Burgos así como a un constructor por los delitos de prevaricación, falsedad documental, revelación de secretos, denegación de auxilio a la autoridad y desacato, anula diversos acuerdos municipales de aprobación de instrumentos urbanísticos, concesión de licencias e incluso las escrituras públicas a las que accedió la nueva situación urbanística de las fincas. Reconociendo la complejidad de la cuestión, el tribunal acaba por afirmar la competencia anulatoria de la jurisdicción penal, considerando que, en esencia, se trata de un juicio de naturaleza administrativa realizado por un juez penal al amparo del art. 3 LECrim (es decir, de una cuestión prejudicial no devolutiva) de lo cual deriva, de acuerdo con ese mismo precepto, que esa decisión, adoptada a “los únicos efectos de la represión” podría ser revisada por la jurisdicción contencioso-administrativa al carecer de fuerza de cosa juzgada.

Ciertamente, el hecho de que la norma administrativa aplicada sea el art. 47.1.b) LPA – antecesor del actual 62.1.d) LPAC – complica la cuestión, dada la remisión que este precepto realiza al Derecho Penal, en concreto, a la existencia de una sentencia condenatoria dictada por esa jurisdicción en cuyos hechos probados se declare que el acto o contrato administrativo en cuestión fue medio o consecuencia de una infracción penal. Por esa razón, rechazando el motivo impugnatorio aducido por el Ayuntamiento de Burgos en el sentido de negar la competencia

de la jurisdicción penal para anular actuaciones administrativas, la sentencia concluye que, incluso en el caso hipotético de que tal argumento se estimase, “el resultado prácticamente no conduciría a nada, (porque) la jurisdicción contencioso- administrativa estaría vinculada por lo declarado por el Juez penal”.

### **2.2. La anulación de actuaciones administrativas como manifestación de la competencia civil adhesiva del juez penal**

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 742.2 LECrim, siempre que el ejercicio de las acciones civiles no haya sido expresamente reservado para un proceso posterior, el juez penal es competente para resolver “todas las cuestiones sobre responsabilidad civil que hayan sido objeto de juicio”. Por su parte, el art. 110 CP especifica que la responsabilidad civil derivada de un ilícito penal comprende la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales.

Frente a lo que inicialmente pudiese deducirse de la letra de estos preceptos, una jurisprudencia consolidada sostiene que esta “competencia civil adhesiva” del juez penal no se halla circunscrita al ámbito estrictamente resarcitorio sino que puede amparar también pronunciamientos sobre la validez de los negocios jurídicos relacionados con el hecho delictivo, en tanto que medios para su comisión o consecuencia del mismo<sup>14</sup>. Además, a diferencia de otros pronunciamientos civiles realizados a título prejudicial al amparo de lo dispuesto en el art. 3 LECrim, los que la sentencia penal contenga en materia de responsabilidad se dictan en ejercicio de una competencia propia y gozan, por tanto, de fuerza de cosa juzgada produciendo, como tiene declarado la jurisprudencia, la consunción de las correspondientes acciones que ya no podrán ejercitarse ante la jurisdicción civil<sup>15</sup>.

Sin embargo, aun reconociendo sus ventajas, no deben obviarse los inconvenientes derivados de esta conversión de la competencia civil adhesiva del juez penal, limitada en principio al ámbito

<sup>14</sup> Cfr., ARNÁIZ SERRANO, La acción civil en el proceso penal: elementos objetivos, tesis doctoral, UCIII, Madrid, 2004, pág. 315.

<sup>15</sup> Refiriéndose a la responsabilidad civil, la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1988 declara que “cuantas acciones tengan cabida en el proceso penal se han de entender ejercitadas en él y por lo mismo juzgadas en el fallo condenatorio, con efectos siempre consuntivos de todas ellas”. En todo caso, la doctrina civilista matiza el alcance de la consunción estimando que ésta sólo tiene lugar cuando el fallo de la sentencia contenga una declaración expresa sobre la invalidez o ineficacia del negocio. En todos los demás supuestos – cuando no se pronuncie sobre el particular o lo haga exclusivamente en la motivación – YZQUIERDO TOLSADA considera (cfr., op. cit., pág. 1194) que la acciones subsisten y podrían ejercitarse ante la jurisdicción civil.

resarcitorio, en una potestad genérica de restauración del orden jurídico alterado por el delito que, como competencia de atribución, comprendería cuantos pronunciamientos estuviesen funcionalmente orientados al logro de esa finalidad. El riesgo se hace aún más evidente cuando el avance se produce sobre el terreno del Derecho Administrativo porque en éste, a diferencia de lo que sucede con el Civil, no puede sostenerse la existencia previa de ninguna “competencia administrativa adhesiva” que el juez penal pueda ejercer a título principal y de la que pueda partir una operación de ampliación como la reseñada.

Pero lo cierto es que la mayoría de las sentencias que anulan actos o contratos administrativos lo hacen en ejercicio de la potestad anulatoria integrada en la competencia civil adhesiva del juez penal. Tal es el caso de la Sentencia 155/2013, de 13 de mayo, de la Audiencia Provincial de Cádiz (caso “Asesores”) en la que se condena al ex alcalde de Jerez y a otros miembros de esa corporación municipal por la comisión de un delito continuado de prevaricación en concurso con malversación continuada de caudales públicos a penas de cárcel e inhabilitación (penas elevadas por el TS en Sentencia 600/2014, de 3 de septiembre, al condenar a los acusados también por un delito de falsificación de documentos oficiales) por la contratación irregular de asesores políticos a través de dos empresas municipales. La única referencia que esta resolución contiene a la nulidad de estos contratos, en el fundamento dedicado a la responsabilidad civil y que luego se reitera en el fallo, es “derivándose la nulidad de los contratos celebrados entre las partes a que se refieren los hechos declarados probados”<sup>16</sup>.

Esta aproximación privatista a la anulación de los contratos y demás actuaciones administrativas no está, sin embargo, exenta de problemas. Problemas derivados de la aplicación de las normas sustantivas civiles en detrimento de las específicamente administrativas – lo cual incrementa el riesgo de resoluciones contradictorias entre la jurisdicción penal y la contencioso-administrativa<sup>17</sup> - y de

las limitaciones que, a efectos de legitimación, resultan de concebir la nulidad de las actuaciones administrativas como una expresión más de la responsabilidad civil nacida del delito, pues sólo los perjudicados por el delito o el Ministerio Fiscal podrían demandarla: en definitiva, un círculo de legitimados más estrecho de lo que resultaría, paradójicamente, de aplicar los, aparentemente más estrictos, criterios de legitimación propios del ordenamiento administrativo.

Muestra del primero de los problemas indicados es la Sentencia 73/2013, de 26 de julio, de la Audiencia Provincial de las Illes Balears, dictada en el conocido como caso “Scala”. La sentencia condena a un ex conseller, a un ex director general del gobierno balear, a la gerente del Consorcio de Desarrollo Económico de Baleares (CDEIB) y a otras 12 personas por los delitos de asociación ilícita, prevaricación, malversación, fraude a la Administración Pública, cohecho y falsificación de documentos públicos y mercantiles. El tribunal considera probada la existencia de una trama para desviar recursos públicos desde el CDEIB a través de contratos públicos adjudicados, sin procedimiento alguno, a empresas controladas por los cargos públicos condenados por medio de testaferros, el cobro de comisiones a los proveedores por bienes y servicios que, en muchas ocasiones, no llegaron a prestarse. Cuando la sentencia, en el ámbito de la responsabilidad civil, declara la nulidad de algunos de los contratos públicos celebrados por la red delictiva invoca, exclusivamente, el art. 1275 del Código Civil y no las normas administrativas.

En lo que respecta a la legitimación, la ubicación de la nulidad dentro de la responsabilidad civil implica que ésta sólo pueda ser declarada si alguno de los perjudicados o el Ministerio Fiscal ejercita esta acción de acuerdo con lo dispuesto en las normas civiles. Por esta razón son tan escasas las declaraciones de nulidad de actos y contratos realizadas por la jurisdicción penal: salvo que haya cambios en la mayoría gobernante, la principal perjudicada por estos

<sup>16</sup> En el mismo sentido, la Sentencia 119/2004, de 11 de noviembre, de la Audiencia Provincial de Lugo que condena al Alcalde de O Vicedo a por la comisión de un delito de prevaricación en concurso con malversación y falsificación de documentos públicos que, también en sede de responsabilidad civil, declara la nulidad de los contratos de compra de un solar propiedad del Alcalde y de venta de un inmueble municipal a un testaferro del Alcalde y posteriormente por éste a un tercero, reponiendo de este modo la titularidad municipal sobre el inmueble previo pago al tercer adquirente de la cantidad ingresada por el municipio con ocasión de la primera venta.

<sup>17</sup> Cabe plantearse la pregunta de si en estos casos los pronunciamientos de la jurisdicción penal gozan o no de fuerza vinculante, es decir, si se dictan a los “meros efectos de la represión” (art. 3 LECrim) dado que, no pronunciándose aparentemente a título prejudicial, no debería “atemperarse” – y de hecho no lo hace – a las normas sustantivas administrativas (art. 7 LECrim).

delitos – la Administración –se muestra muy remisa a demandar anulación alguna<sup>18</sup>. Por su parte, a falta de un criterio asentado, el Ministerio Fiscal actúa de forma errática, reclamando en unos casos nulidades que no demanda en supuestos análogos<sup>19</sup>. Las demás partes acusadoras, de existir, no estarían en principio legitimadas para ejercitar la acción de responsabilidad civil.

### 2.3. Un caso excepcional: la jurisdicción penal se declara incompetente para anular actuaciones administrativas

Sólo en un caso, el resuelto por la Sentencia 16/2012, de 30 de noviembre, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, un órgano de la jurisdicción penal se declaró expresamente incompetente para anular actuaciones administrativas, considerando que, de hacerlo, invadiría un ámbito que el art. 9.4 LOPJ reserva a la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>20</sup>. En efecto, tras situar las pretensiones anulatorias formuladas por el Ministerio Fiscal en el ámbito de la responsabilidad civil e interpretar restrictivamente el alcance de esta “competencia civil adhesiva”<sup>21</sup>, la Sala considera que anular los contratos litigiosos supondría una invasión de competencias privativas del orden contencioso-administrativo que

conllevaría la nulidad de lo actuado.

La particularidad del caso enjuiciado estriba en que al declararse el tribunal penal incompetente para anular el contrato éste devino inatacable al ganar firmeza el acto de adjudicación y no tener intención alguna el Ayuntamiento de Torrevieja, al menos en un primer momento, de revisar de oficio el contrato. Sólo quedaría la vía del recurso administrativo de revisión por la concurrencia del cuarto motivo de los enumerados en el art. 125.1.d) LPACAP<sup>22</sup>. Vía muy limitada, en todo caso, como consecuencia de la restrictiva interpretación que del mismo realizan la doctrina jurisprudencial y consultiva.

La sentencia rechaza, una por una, las razones en que la jurisprudencia funda la competencia de los jueces penales para anular actos y contratos administrativos. Niega, en primer lugar, que la “competencia civil adhesiva” pueda amparar la anulación de contratos administrativos porque el art. 47.1.d) LPACAP es una norma administrativa y no civil, cuya aplicación corresponde, en exclusiva, a la jurisdicción contencioso-administrativa, aludiendo de paso a las peculiaridades propias de la declaración de nulidad en el Derecho Administrativo<sup>23</sup>.

<sup>18</sup> Vid. Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 537/2002, de 5 de abril. Se condena por prevaricación en concurso con tráfico de influencias a varios integrantes del gobierno municipal de Marbella por la celebración irregular de contratos de patrocinio de varios clubes y entidades deportivas a través del ayuntamiento de Marbelli o de la sociedad municipal “Eventos 2000”. Sin embargo, al no haberse personado en la causa el Ayuntamiento de Marbella, el tribunal no estima la demanda de nulidad de los contratos celebrados: “la Sala no hace pronunciamientos sobre las responsabilidades civiles ni sobre las nulidades contractuales solicitadas, reservándose ello en su caso a la vía jurisdiccional correspondiente”.

<sup>19</sup> En el caso “Turismo”, análogo al caso “Scala” ya analizado, ni la Fiscalía ni la Generalitat de Cataluña solicitaron la nulidad de los contratos. En efecto, la Sentencia de 13 de octubre de 2005 de la Audiencia Provincial de Barcelona no contiene pronunciamiento alguno sobre la nulidad de los contratos, al no haber sido ésta solicitada ni por la Generalitat ni por el Ministerio Fiscal. A la misma conclusión se llega tras comparar la Sentencia del caso “Asesores”, ya referida, con la 273/2014, de 16 de julio, dictada por la Audiencia Provincial de Ourense en el caso “Baltar”, que condena al ex presidente de la Diputación Provincial de Ourense a nueve años de inhabilitación especial para cargo público como responsable de un delito continuado de prevaricación por la contratación de 104 personas con infracción de los principios básicos rectores de la contratación pública y del acceso al empleo público sin anular, sin embargo, ninguno de esos contratos y rechazando, además, la reclamación indemnizatoria formulada por la acusación particular.

<sup>20</sup> La sentencia condenó al ex Alcalde popular de Torrevieja por un delito continuado de prevaricación y falsedad en documento oficial a tres años de prisión, siete meses de multa y siete años de inhabilitación especial para cargo electivo local por manipular el procedimiento de prestación del servicio de recogida de basura y limpieza viaria, a fin de que fuese adjudicado a una UTE encabezada por la empresa NECSO encargando directamente, entre otras actuaciones, un informe a un despacho vinculado con la empresa a fin de salvar los informes internos que aconsejaban dejar el concurso desierto.

<sup>21</sup> “Según dispone el artículo 110 del Código Penal y el 100 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, acciones civiles ejercitables en el proceso penal son tan solo la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales causados por el hecho ilícito”.

<sup>22</sup> A saber, “d) que la resolución se hubiese dictado como consecuencia de prevaricación, cohecho, violencia, maquinación fraudulenta u otra conducta punible y se haya declarado así en virtud de sentencia judicial firme”.

<sup>23</sup> Este argumento, coincidente con las razones aducidas por autores como BAUZÁ MARTORELL – cfr., “El acto administrativo: entre nulidad y delito (la anulación de actos administrativos por el juez penal)”, REDA nº 163, 2014, pág. 217 y ss. -, merece una consideración especial. Ciertamente, los efectos de la nulidad en el Derecho Administrativo presentan matices y peculiaridades que difícilmente pueden ser aprehendidas en los pronunciamientos contenidos en las sentencias penales. En efecto, tanto el art. 110 LPACAP – bajo el título de “límites de la revisión” – como el 42.3 LCSP permiten mitigar los efectos de la nulidad de actos y contratos administrativos permitiendo incluso, respecto de éstos últimos, que la concurrencia de una causa de nulidad no impida el mantenimiento de los efectos del contrato si existiesen “razones imperiosas de interés general que lo exijan”. Sin embargo estas limitaciones sólo operan en el ámbito de la revisión administrativa de dichos actos y contratos, sin afectar a la eficacia de las sentencias dictadas por jueces y tribunales. Esta interpretación deriva tanto de la literalidad de las normas citadas y de su ubicación sistemática como de la constatación de que interpretarlas de otro modo supondría establecer un supuesto de inejecución de las sentencias contencioso-administrativas no previsto en la LJCA de 1998 – en realidad supondría una vuelta al sistema de la LJCA de 1956 tal y como éste era aplicado antes de la CE de 1978 – y, en cuanto a las dictadas por los jueces y tribunales penales, claramente incompatible con la declaración general contenida en el art. 18 LOPJ directamente derivada del art. 118 CE. Ni el juez penal ni el contencioso-administrativo están sujetos a los límites que, en nombre de la seguridad jurídica y del interés general, debe observar la Administración cuando revisa sus propios actos. Respecto de las limitaciones derivadas de la seguridad jurídica, la razón es clara: frente a los plazos fijados por las leyes procesales para el ejercicio de acciones penales y administrativas – especialmente breves en este último caso – la potestad administrativa de revisión de oficio de actos nulos puede ser ejercida “en cualquier momento” (art. 106.1 LPACAP) lo cual impone, bien se comprende, límites al alcance de una declaración de nulidad que puede afectar a situaciones temporalmente consolidadas. Por lo que se refiere a los condicionantes derivados del interés general, éstos operan en vía jurisdiccional de una forma distinta a lo establecido para la vía administrativa: si en ésta lo hacen a través de la previa declaración de lesividad (art. 107 LPACAP) y de la limitación o exclusión de los efectos de la declaración de nulidad (art. 110 LPACAP y 42.3 LCSP), en aquélla deben hacerlo por medio de institutos, excepcionales como la imposibilidad de ejecución de la sentencia o de la expropiación “por causa de utilidad pública e interés social, declarada por el Gobierno” (art. 118 LOPJ) y 105.3 LJCA) siempre sujetos, claro está, a revisión jurisdiccional. Nótese, por lo demás, que cuando la LJCA quiere mitigar los efectos de la declaración judicial de nulidad de una actuación administrativa lo hace de forma expresa (tal es el caso del art. 73 en relación con la anulación de disposiciones generales).

Niega también que esta norma pueda ser aplicada, a título principal por los jueces y tribunales penales, opinión fundada en sólidos argumentos ya que cuando ejercen su competencia civil adhesiva, los jueces penales no actúan *incidentaliter* sino a título principal, en ejercicio de una competencia propia.

Sin embargo, nada impediría que el alto tribunal valenciano pudiese, si tal fuese su voluntad, aplicar a título prejudicial el art. 62.1d) LPAC. Da la impresión de que lo que el tribunal quería evitar a toda costa era la anulación de uno de los contratos litigiosos, en concreto, el de mayor valor económico y más larga duración<sup>24</sup>. Y en esto la sentencia no se aparta de la práctica de los tribunales españoles que, hasta el momento, han reservado su potestad anulatoria para contratos de escasa cuantía económica.

Mas, como si de una fábula se tratase, la historia termina con una moraleja. El 16 de enero de 2014<sup>25</sup>, el *Consell Juridic Consultiu* valenciano informó favorablemente, a instancia del Ayuntamiento de Torrevieja, la resolución del contrato de gestión del servicio público de recogida de residuos sólidos, transporte a vertedero, limpieza viaria y mantenimiento de la costa del término municipal de Torrevieja por las “reiteradas deficiencias en la prestación por la concesionaria de los servicios contratados” que afectan a todas las prestaciones objeto del contrato.

Es decir, diez años después de haber sido adjudicado el contrato y tras numerosos incumplimientos, el Ayuntamiento procede a su resolución. Parece lógico preguntarse si no hubiese sido mejor – en términos de justicia y de eficiencia, en definitiva, de buena administración – que el contrato hubiese sido directamente anulado por la sentencia que comentamos.

### 3. LA ANULACIÓN DE CONTRATOS PÚBLICOS Y EL DECOMISO DE LOS PRODUCTOS DEL DELITO

#### 3.1. La nueva regulación europea y española del decomiso

Todos los instrumentos internacionales de lucha contra la corrupción se fundan en el principio de que la corrupción no puede ser rentable y que, por consiguiente, los Estados signatarios deben confiscar el producto de la corrupción o aplicar sanciones pecuniarias de efecto equivalente<sup>26</sup>. Además, la confiscación o el decomiso del producto de los delitos de corrupción engloba también la “caducidad de los derechos”<sup>27</sup> noción dentro de la cual, sin esfuerzo, cabría entender incluida la nulidad de actos y contratos públicos.

Esta misma preocupación de que “el delito no resulte provechoso”<sup>28</sup> inspira las iniciativas que, con el art. 83.1 TFUE de fondo<sup>29</sup>, promueven las instituciones comunitarias privilegiando el decomiso en su doble vertiente preventiva – al impedir que los fondos confiscados puedan utilizarse para financiar otras actividades ilícitas – y disuasoria, como instrumento de combate a la delincuencia. De hecho, en el ámbito comunitario, existe un concepto armonizado de decomiso<sup>30</sup>. De acuerdo con esta noción armonizada, por “productos del delito” debe entenderse “todo beneficio económico derivado de una infracción penal”, incluyendo “los bienes de cualquier clase, materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, así como los actos jurídicos o documentos que acrediten la titularidad u otros derechos sobre tales bienes”<sup>31</sup>.

En la actualidad, el Código Penal español, en la redacción ofrecida por la LO 1/2015, de 30 de marzo,

<sup>24</sup> De hecho el fallo contiene un pronunciamiento en relación con el informe encargado directamente a un conocido despacho de abogados cual es condenar a los acusados a satisfacer al Ayuntamiento el importe de 12.000€ - el precio del contrato – en concepto de indemnización. Sin embargo, sobre el contrato de gestión del servicio de limpieza viaria y gestión de residuos urbanos cuyo valor ascendía a casi 10 millones de euros anuales con una duración estipulada de 10 años, el fallo no contiene pronunciamiento alguno.

<sup>25</sup> Informe 2014/0020. Puede consultarse en [www.gva.es/cjccv/](http://www.gva.es/cjccv/).

<sup>26</sup> Cfr., art. 3.3 de la Convención OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales; art. 19.3 del Convenio Penal sobre Corrupción del Consejo de Europa; art. 31 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción que obliga a los Estados signatarios a adoptar medidas dirigidas al embargo preventivo, la incautación, el decomiso y la restitución del producto de los delitos a los que se refiere esa Convención.

<sup>27</sup> Cfr., “Comentarios al Convenio de la OCDE de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales”, en Convenio de la OCDE de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales. Información para las empresas españolas con actividades en el extranjero, pág. 35 (folleto publicado por el gobierno español accesible en [http://www.mjjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292427004774?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=attachment%3B+filename%3DFolleto\\_sobre\\_el\\_Convenio.PDF](http://www.mjjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292427004774?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=attachment%3B+filename%3DFolleto_sobre_el_Convenio.PDF)).

<sup>28</sup> Cfr., Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Productos de la delincuencia organizada. Garantizar que “el delito no resulte provechoso”, COM(2008) 766 final. <sup>29</sup> Precepto que incluye la corrupción entre los “ámbitos delictivos” de “especial gravedad” y “repercusión transfronteriza” en los que las instituciones comunitarias podrán establecer, a través de Directivas, criterios comunes para su persecución en el conjunto de la UE. De acuerdo con el art. 10 del Protocolo 36 TFUE, esta previsión entró en vigor el 1 de diciembre de 2014.

<sup>30</sup> Establecido en la Decisión Marco 2005/212/JAI, del Consejo, de 24 de febrero de 2005 “relativa al decomiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito” y que, básicamente, se mantiene en la Propuesta de Directiva sobre decomiso de los productos de la delincuencia en la UE [COM(2012) 85 final, de 12 de marzo de 2012].

<sup>31</sup> Cfr., art. 1 de la Decisión Marco 2005/212/JAI.

transpone lo dispuesto en la Directiva 2014/42/UE, de 3 de abril, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y de los productos del delito en la Unión Europea, disponiendo en su art. 127 que “toda pena que se imponga por un delito doloso llevará consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar”.

Interesa especialmente subrayar que la nueva regulación del decomiso afecta especialmente a los comúnmente denominados delitos de corrupción – cohecho, tráfico de influencias, corrupción en los negocios o malversación, entre otros - a los que se extiende el decomiso ampliado<sup>32</sup>, el decomiso sin sentencia condenatoria<sup>33</sup> y el decomiso de bienes de terceros<sup>34</sup>, eliminándose de este modo la previsiones específicas antes contenidas en la parte especial del Código<sup>35</sup>.

Sin obviar la existencia de un vivo debate acerca de la naturaleza jurídica del decomiso, puede afirmar en cualquier caso que constituye una consecuencia del delito distinta de la responsabilidad civil, de modo que su adopción puede ser solicitada por cualquier parte, también por la acusación popular, e incluso ser adoptada de oficio por el juez o tribunal. Se solucionarían, por tanto, los problemas de legitimación que presenta el ejercicio de pretensiones anulatorias fundadas en la responsabilidad civil *ex delicto*.

### 3.2. Cuestiones prácticas derivadas del decomiso a los contratos públicos constitutivos o resultantes de delitos de corrupción

Quedan por aclarar algunas cuestiones relativas a la aplicación del decomiso a las ganancias derivadas de la adjudicación o ejecución de contratos públicos.

En primer lugar, la de cuáles sean en tales supuestos las “ganancias”, no sólo las que obtiene el funcionario o autoridad implicado – las dádivas, regalos o comisiones – sino también, y muy especialmente, las obtenidas por la empresa contratista.

En este punto, se trataría de establecer si las “ganancias” objeto de decomiso han de ser las ganancias brutas o exclusivamente las netas, es decir, las que resten en el patrimonio de la empresa después de deducir los gastos en que incurriese para obtener, preparar y ejecutar, en su caso, el contrato. El debate, así planteado, procede del Derecho alemán y, más en concreto, de cómo debe ser interpretado el §73 del CP de ese país que, tras la reforma de 1992, se refiere la objeto del comiso no como “beneficio patrimonial” (*Vermögensvorteil*) sino como la obtención de “algo” (*etwas*)<sup>36</sup>.

La interpretación unánime de la jurisprudencia alemana es que con ese cambio el legislador acoge la noción de “ganancias brutas”, es decir, que deben ser objeto de decomiso todos los bienes obtenidos a través del delito sin descontar el coste de su ejecución.

A partir de la sentencia pionera del Tribunal Supremo alemán (BGH) de 2 de diciembre de 2005<sup>37</sup>, dictada en el asunto de la construcción de una planta incineradora de basura en Colonia obtenida mediando el pago de comisiones ilegales, el alto tribunal germano estableció que las ganancias brutas obtenidas a través del delito – cohecho – no es el precio de adjudicación del contrato sino el “valor del negocio en el momento de la adjudicación”, que incluye tanto la ganancia que se prevé obtener como los beneficios económicos adicionales que, en su caso, pudiesen lograrse como, por ejemplo, la mejora en la posición competitiva de la empresa.

Aunque declare que “el principio de ganancias brutas significa que si se acredita que el autor ha

<sup>32</sup>De acuerdo con el art. 127 bis, apartado 1, CP “el juez o tribunal ordenará también el decomiso de los bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada por alguno de los siguientes delitos cuando resuelva, a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos proceden de una actividad delictiva, y no se acredite su origen lícito”.

<sup>33</sup>Que puede ser acordado por el juez o tribunal cuando, acreditada la situación patrimonial ilícita a través de un proceso contradictorio, no se pueda dictar sentencia condenatoria por haber fallecido el sujeto o padecer una enfermedad que impida su enjuiciamiento, hallarse en rebeldía, estar exento de responsabilidad criminal o haberse ésta extinguido (art. 127 ter CP).

<sup>34</sup>Terceras personas a las que le pueden ser decomisadas “bienes, efectos y ganancias” adquiridos con conocimiento de que proceden de una actividad ilícita, cuando una persona diligente hubiese tenido motivos para sospechar de su origen ilícito o cuando los hubiesen adquirido para dificultar su decomiso, presumiéndose la concurrencia de las circunstancias referidas cuando los bienes hayan sido transferidos al tercero a título gratuito o a un precio inferior al real de mercado (art. 127 quater CP).

<sup>35</sup>Entre ellas la del derogado art. 431 CP que, en relación con los delitos de cohecho y tráfico de influencias, disponía que “en todos los casos previstos en este capítulo y en el anterior, las dádivas, presentes o regalos caerán en decomiso”.

<sup>36</sup>Para un análisis de la regulación del decomiso en Alemania y del debate jurisprudencial y doctrinal vid. BLANCO CORDERO, I, “La aplicación del comiso en caso de adjudicación de contratos públicos obtenida mediante soborno de funcionarios públicos”, en Estudios Penales y Criminológicos, vol. XVII, 2007, p. 45 y ss. Del mismo autor “El decomiso de las ganancias de la corrupción”, en Revista Electrónica de Direito Penal AIDP-GB, Ano 1, vol 1, nº 1, Junho 2007.

<sup>37</sup>La resolución puede consultarse en <https://www.hrr-straftrecht.de/hrr/5/05/5-119-05.php>.

obtenido beneficios del delito, para el cálculo de la cuantía de lo obtenido no han de descontarse los gastos realizados en su ejecución” – es decir, que las comisiones ilegales satisfechas también son objeto de decomiso -, la sentencia matiza que esas ganancias deben guardar una relación directa o inmediata con el hecho ilícito y, en ese sentido, para el tribunal, el valor económico de lo obtenido en la ejecución del contrato se corresponde con las ganancias que la empresa espera conseguir cuyo importe, de modo indiciario, puede determinarse a partir del margen de beneficio (normalmente un porcentaje del precio de adjudicación) o, en su defecto, el beneficio obtenido normalmente en el mercado o sector concernido. A no ser que, obviamente, el valor de esas ganancias pueda calcularse de forma directa. Por lo que se refiere a las “ventajas económicas adicionales” derivadas de la adjudicación del contrato estas pueden consistir en la posibilidad de obtener contratos complementarios del principal o la modificación de este, el aumento del valor de la empresa, etc.

Volviendo al Derecho español, debe señalarse que el art. 131 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP) ofrece un cálculo auténtico del importe relativo del lucro que el contratista puede esperar de un contrato de obras: el 6% del presupuesto de ejecución material<sup>38</sup> de modo que, en principio, salvo prueba en contrario, debe presumirse que éste es el importe que debe ser objeto de decomiso junto con las dádivas, presentes y comisiones que se hayan satisfecho.

Así las cosas, cabe imaginar diferentes supuestos de aplicación del decomiso a contratos constitutivos de delitos de corrupción u obtenidos a través de los mismos, en el bien entendido de que el decomiso, desde mi punto de vista, produce como primera consecuencia la anulación del contrato. De hecho, es la vía a través de la que los juzgados y tribunales de lo penal pueden anular los contratos afectados por actos de corrupción, soslayando los problemas que, como ya ha sido expuesto, resultan de otros caminos alternativos como la responsabilidad civil, la revisión de oficio o la prejudicialidad. Partiendo de esta base, cabe diferenciar, siguiendo a BLANCO CORDERO<sup>39</sup>,

tres supuestos diferentes:

- Contratos adjudicados y cuya ejecución aún no se ha iniciado: en este caso, la jurisdicción penal debe decretar el comiso de las dádivas y presentes que, en su caso, se hayan satisfecho ya que la contratista no ha obtenido ninguna ganancia del contrato.

- Contratos cuya ejecución ya se haya iniciado: en este caso, además del comiso de las dádivas y presentes procede, previa liquidación del contrato, confiscar también el porcentaje correspondiente al beneficio industrial de las cantidades que hayan sido efectivamente pagadas por la Administración. El pago de las prestaciones efectivamente satisfechas, que debe realizarse para evitar un enriquecimiento injusto de la Administración, debe realizarse deduciendo el porcentaje correspondiente al indicado beneficio industrial.

En este caso, la anulación del contrato puede presentar más problemas que en el anterior, dada la existencia de terceros (proveedores, subcontratistas y, en especial, trabajadores) que pueden resultar afectados. Sin perjuicio de la posibilidad de prever mecanismos de protección de los derechos de estos terceros (como, por ejemplo, la subrogación de los trabajadores), considero que las limitaciones a las potestades de revisión de actos y contratos nulos (art. 42.3 LCSP y 110 LPACAP) sólo pueden operar en vía administrativa sin que, a mi juicio, el juez penal esté facultado para valorar la concurrencia de un interés general que exija el mantenimiento del contrato.

- Finalmente, en el caso de contratos ya ejecutados en su integridad y cuyo precio haya sido pagado íntegramente, deberá ser objeto de comiso, junto a las dádivas y comisiones, también el beneficio obtenido por la empresa.

Así pues, para que a través del decomiso tenga cabida la declaración de nulidad de los actos y contratos resultantes de prácticas corruptas y se elimine cualquier ganancia ilícitamente obtenida, sólo falta que los jueces y tribunales españoles acojan una interpretación amplia de la institución, en línea con la propugnada por las organizaciones internacionales promotoras de iniciativas de prevención y lucha contra la corrupción.

<sup>38</sup> Porcentaje que la jurisprudencia contencioso-administrativa extiende a todos los contratos públicos.

<sup>39</sup> “La aplicación del comiso ...”, cit., p. 71 y ss.



Una interpretación, por lo demás, plenamente congruente con la justificación institucional de la figura: impedir que las actividades delictivas, incluidas las que se producen en el ámbito de la contratación pública, compensen a quienes las realizan.

## 5. CONCLUSIÓN. UNA BREVE (Y RESPETUOSA) PROPUESTA

En Panamá y otros Estados latinoamericanos, el denominado caso Odebrecht<sup>40</sup> plantea un problema jurídico inmediato y no precisamente sencillo. Al margen de la depuración de las responsabilidades políticas y penales derivadas del caso, es necesario decidir qué hacer con los contratos adjudicados a la multinacional brasileña que se hallan en pleno proceso de ejecución. En conjunto, los contratos obtenidos por Odebrecht en Panamá ascienden a más de 3.500 millones de dólares y tienen por objeto la construcción de importantes infraestructuras de comunicación y obras de renovación urbana.

El asunto estriba, pues, en qué ha de hacer la Administración panameña para conciliar el cumplimiento de los deberes de anular los contratos afectados por actos de corrupción y decomisar las ganancias ilícitas obtenidas a través de ellos con la defensa del interés general que exige mantener el empleo, la actividad económica y satisfacer las necesidades, presumiblemente que reales, a que obedecen aquellos contratos.

Tal vez las ideas y propuestas recogidas en este trabajo, la mayoría de ellas aún inéditas en la práctica española y europea, puedan ser de utilidad para quienes, en las instituciones de Panamá, han de lidiar con el asunto Odebrecht. Quizás el decomiso del beneficio, en forma de porcentaje sobre el precio de adjudicación, acompañado de la anulación administrativa de un contrato cuya ilicitud ya ha sido reconocida por la justicia estadounidense, aunque haya sido a través de un acuerdo de conformidad, pueda ser una vía provechosa. En el bien entendido que los efectos de la anulación podrían ser oportunamente matizados para hacerlos compatibles con el mantenimiento del empleo, la garantía de los derechos de proveedores y subcontratistas y, en fin, con la culminación de las obras contratadas.

## BIBLIOGRAFÍA

**ARNÁIZ SERRANO, A.**, La acción civil en el proceso penal: elementos objetivos, tesis doctoral, UCIII, Madrid, 2004.

**BAUZÁ MARTORELL, F.**, “*El acto administrativo: entre nulidad y delito (la anulación de actos administrativos por el juez penal)*”, REDA n° 163, 2014, pág. 217 y ss.

**BLANCO CORDERO, I.**, “*La aplicación del comiso en caso de adjudicación de contratos públicos obtenida mediante soborno de funcionarios públicos*”, en Estudios Penales y Criminológicos, vol. XVII, 2007.

**BLANCO CORDERO, I.**, “*El decomiso de las ganancias de la corrupción*”, en Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB, Ano 1, vol 1, n° 1, Junho 2007.

**GIMENO FELIU, J.M.**, (2010) “*La Ley de Contratos del Sector Público ¿una herramienta eficaz para garantizar la integridad?. Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública*”, REDA n° 147, pág. 525 y ss.

**GIMENO SENDRA, V.** “*Estudio preliminar. Cuestiones prejudiciales devolutivas y non bis in idem en el proceso penal*” en BALLBÉ MALLOL y PADRÓS REIG, La prejudicialidad administrativa en el proceso penal, Civitas, Madrid, 2004.

**MEDINA ARNÁIZ, T.** “*Instrumentos jurídicos frente a la corrupción en la contratación pública: perspectiva europea y su incidencia en la legislación española*”, en La contratación pública a debate: presente y futuro, **FERNÁNDEZ ACEVEDO, R.** y **VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P.**, coord., Civitas-Thomson Reuters, Madrid.

**MORCILLO MORENO, J. cfr.**, Teoría y práctica de las cuestiones prejudiciales en el ámbito del Derecho Administrativo, La Ley, Madrid, 2007.

**WILLIAMS-ELEGBE, S.**, Fighting corruption in public procurement, Hart, Oxford-Portland, 2012.

**YZQUIERDO TOLSADA, M.**, “*La responsabilidad civil en el proceso penal*”, en Tratado de Responsabilidad Civil, **BUSTO LAGO** y **REGLERO CAMPOS**, coords., 5ª ed., Civitas, Madrid, 2014.

<sup>40</sup> De acuerdo con la acusación formulada por la Fiscalía Federal de los Estados Unidos de Norteamérica, entre 2010 y 2016 Odebrecht habría pagado más de 59 millones de dólares a intermediarios y autoridades gubernamentales panameñas para asegurarse la adjudicación de importantes contratos de obras públicas por los que recibió beneficios superiores a 175 millones de euros. El caso se resolvió mediante un acuerdo por el que la multinacional brasileña se compromete a pagar más de 3.500 millones de dólares tras reconocerse culpable por sobornar con casi 1.000 millones de dólares a funcionarios y autoridades de diversos países latinoamericanos (puede accederse a la nota oficial del Departamento de Justicia de la Administración de los EUA en <https://www.justice.gov/opa/pr/odebrecht-and-braskem-plead-guilty-and-agree-pay-least-35-billion-global-penalties-resolve>).

## *El Superior Jerárquico en la normativa Administrativa Globalizada*

*Por: Mork Hernández Morán y Priscilla Benavides Vergara*

### **Sinopsis de los autores:**

- *Mork Hernández Morán, MBA.* – morkhernandez@procuraduria-admon.gob.pa / mork@cableonda.net

Abogado y Traductor Público Autorizado, egresado Summa Cum Laude en Columbus University, Sede de Santiago, en el año 2004, obteniendo Licenciatura en Derecho y Ciencias Políticas. MBA Jurídico del Instituto Superior de Derecho y Economía (ISDE) en Madrid, España, año 2015. Desempeñó cargos como Secretario Judicial I, Oficial Mayor II y Juez Suplente en el Segundo Distrito Judicial de Panamá durante los años 2003 a 2007. Abogado en el sector privado en los ramos bancario y comercial hasta el año 2015, reincorporándose al sector público como Jefe de Compras en la Autoridad Nacional de Aduanas. Actualmente miembro de la Secretaría de Consultas y Asesoría Jurídica de la Procuraduría de la Administración.

- *Mgter. Priscilla Benavides Vergara* – pbenavides@procuraduria-admon.gob.pa

Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas egresada de la Universidad Latina de Panamá, año 2004. Máster en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD) y el Instituto de Estudios e Investigación Jurídica (INEJ), año 2016. Desempeñó cargos en el Ministerio Público, asistente de magistrados en el Tribunal Electoral, Tribunal Superior de Niñez y Adolescencia, y Tribunal de Cuentas, y diversas funciones en los Ministerios de la Presidencia, Ministerio de Gobierno, Fiscalía General Electoral, entre otros. Actualmente miembro de la Secretaría de Consultas y Asesoría Jurídica de la Procuraduría de la Administración.

---

Con los cambios en la Administración pública tradicional y la proliferación de entidades autónomas, semiautónomas, paraestatales, entre otras, surgen modificaciones a los sistemas estructurales clásicos de la Administración pública. Es así que, al

darse la promulgación de la Ley N° 38 de 31 de julio de 2000, que regula el Procedimiento Administrativo General, se establece una definición respecto a esta figura, que lo define como el servidor público con autoridad administrativa sobre personal subalterno, con facultades para impartir órdenes a éstos; ello al tenor de lo consagrado en el numeral 106 del artículo 201 de la norma *ut supra*.

Es menester señalar que el sistema jerárquico comprende la forma como se distribuye la autoridad y la responsabilidad en una institución; y que la jerarquía, según Sánchez, F (1991) son “los diversos escalones o posiciones que ocupan en la estructura organizacional los cargos o las persona que los ejercen y que tienen suficiente autoridad y responsabilidad para dirigir o controlar una o más unidades administrativas”.

Haciendo un estudio más profundo que permita determinar un concepto que se ajuste a las complejas estructuras de nuestra administración pública contemporánea, analizamos la jurisprudencia internacional en busca de un concepto más amplio de lo que se entiende por superior jerárquico. Así, nos encontramos que el Segundo Tribunal Colegiado en materia de Trabajo del Tercer Circuito, del Estado de Jalisco, México, ha definido este concepto indicando que, “Por superior jerárquico de un servidor público en una dependencia del Estado de Jalisco, debe entenderse toda persona que en ella ejerza ascendencia sobre el operario, esto es, todo funcionario que tenga facultades para girar órdenes a ese servidor y a quien este último tiene un deber correlativo de obediencia, interpretándose el término “superior jerárquico” como toda persona que esté en el escalafón o línea de mando sobre el empleado, desde su inmediato superior hasta el titular de la dependencia pública, porque a todos ellos debe o está obligado a obedecer en lo relativo al trabajo, por lo que las decisiones de cualquiera de ellos obligan a la dependencia-patrón



en lo concerniente a la relación laboral; consecuentemente, el “superior jerárquico” de un empleado público del Estado de Jalisco no es exclusivamente el titular de la dependencia, ya que éste sólo es el de más alta jerarquía, pero no el único.<sup>1</sup>”

De lo anterior se colige que debe existir una relación de sujeción y mando respectivamente, entre el operario y superior jerárquico, siendo este último quien tiene facultades para girar órdenes al primero, que le debe obediencia. Sin embargo, el concepto antes vertido expone la situación de que la superioridad no se limita al jerarca inmediato, sino que se extiende hasta el titular de la dependencia pública, cuyas decisiones obligan a toda la entidad.

Al respecto, nuestra investigación nos conduce a la normativa contenida en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia, desarrollado por su jurisprudencia, encontrando en esta legislación un concepto que establece una diferencia entre el superior jerárquico administrativo y el superior jerárquico funcional. El primero es aquel que implica la existencia de grados de autoridad y poderes respecto a otros funcionarios, en razón de la estructura, y que gozan de un poder de mando y dirección que conlleva correlativamente un deber de subordinación o dependencia y obediencia para los inferiores; y el segundo hace referencia a la competencia que determina la autoridad a que corresponde conocer y decidir de los incidentes y recursos que se presentan en el proceso.

Estos conceptos han sido desarrollados en el Fallo 1531 de 9 de noviembre de 2001, proferido por el Consejo de Estado (Sala de lo Contencioso Administrativo) de Colombia, dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que fuera interpuesto contra la Nación (Ministerio De Defensa, Ejército Nacional) por Jorge Enrique Restrepo De La Fuente, donde dicha Sala señala lo siguiente:

“La noción de “jefe inmediato” adquiere una dimensión diferente para efectos disciplinarios de la prevista para el cumplimiento de las funciones

estrictamente administrativas; explícitamente son de estas últimas especificaciones las encaminadas a concretar la finalidad y el objeto que le concierne al órgano estatal y desde luego, para el logro de tal resultado, es coherente que se establezca una relación jerárquicamente directa entre servidores públicos. El desempeño de las funciones que correspondían al actor y la ubicación de los cuadros jerárquicos en las anteriores categorías, le permite a la Sala concluir que éste hacía parte del nivel asesor al cual también pertenecía la Coordinadora del Grupo, quien a su turno, tiene por superior jerárquico a la jefe de la oficina jurídica, cuyo titular puede considerarse entonces que era el jefe de la dependencia y que ejercía sobre el actor directamente la función de superior jerárquico, ubicándose mínimo en el nivel profesional o incluso en el ejecutivo. Significa lo anterior, que la coordinadora del Grupo Contencioso Constitucional no ejercía sobre el actor una labor de subordinación laboral directa sino que funcionalmente, respecto de su grupo de trabajo, le correspondía coordinar, evaluar y controlar las actividades técnicas y o administrativas, sin que ello implicara subordinación laboral pues ésta le correspondía a la Jefe de la dependencia, es decir a la Jefe de la Oficina Jurídica.”

En el contexto de los altos niveles de entidades autónomas, semiautónomas e incluso las sociedades estatales de nuestro país, nos encontramos con juntas directivas con funciones de atender, en segunda instancia, los actos administrativos que profieren los directores o gerentes de algunas de estas entidades que hemos mencionado anteriormente. Por ende, se les atribuye la calidad de superior jerárquico de estos servidores, y el calificativo de si fungen como superior jerárquico administrativo o funcional, dependerá de las atribuciones que la normativa les asigne.

Es menester recordar que los jefes, gerentes y directores de las entidades públicas autónomas, semiautónomas y de las empresas estatales son, en nuestro ordenamiento, nombrados por el Presidente de la República junto con el Ministro respectivo,

<sup>1</sup> 178870. III.2o.T.145 L. Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXI, Marzo de 2005, Pág. 1243.

de conformidad a lo señalado en el artículo 184 de nuestra carta magna; cuyo contenido es el siguiente:

“**Artículo 184.** Son atribuciones que ejerce el Presidente de la República con la participación del Ministro respectivo:

1...

10...

11. Nombrar a los Jefes, Gerentes y Directores de las entidades públicas autónomas, semiautónomas y de las empresas estatales, según lo dispongan las Leyes respectivas.”

De esta forma, el Presidente de la República se convierte en el superior jerárquico absoluto dentro de la administración pública, pero sus funciones constitucionales y legales no exigen a que sea él/ella quien deba conocer de todos y cada uno de los aspectos administrativos en los que se requiera de la figura del superior jerárquico, ya que para ello existe la desconcentración administrativa que ha sido tratada por diversos autores. Por tanto, las propias leyes orgánicas han dispuesto las funciones de los ministros, ya sea a manera independiente o en conjunto, cuando constituyen una junta directiva u los organismos colegiados; y son esas mismas leyes las que otorgan las facultades de decisión a estos entes para actuar en conocimiento como superior jerárquico, en virtud de un poder de mando y dirección, o bien les otorga competencia para conocer y decidir de los incidentes y recursos que se presentan en el proceso. Hay que recordar que el artículo 194 de la Constitución Política establece que los Ministros de Estado son los jefes de sus respectivos ramos y participan con el Presidente de la República, en el ejercicio de sus funciones, de acuerdo con la Constitución y la Ley.

Del mismo modo, debemos señalar que, la Administración se ha encargado de elaborar Manuales de Organización y Funciones, así como Organigramas Institucionales, dentro del nivel político y directivo, donde dejan claramente identificado en quién recae la figura de superior jerárquico en los diversos niveles. Aunado a ello, en nuestro ordenamiento jurídico, el Departamento de Fortalecimiento Institucional de la Dirección de Desarrollo Institucional del Estado, que

forma parte del Ministerio de Economía y Finanzas, ha desarrollado la *Guía Técnica* para determinar los niveles jerárquicos de las unidades administrativas de las instituciones del Órgano Ejecutivo. Sin embargo, la interrogante surge cuando hay una carencia de estos instrumentos organizacionales y actos administrativos que establezcan dichas figuras.

Teniendo en cuenta que la Administración pública es la encargada de la estabilidad del sistema de la gestión Pública, atendiendo a la formalización de sus procesos y esquemas de funcionamiento, la globalización y el surgimiento de nuevos esquemas de funcionamiento requiere que, armónicamente se haga uso de la delegación de funciones para el conocimiento de ciertos negocios que pueden ser resueltos por funcionarios idóneos en la materia, sin tener que saturar el sistema en los altos mandos donde deben tomarse decisiones con un espectro y alcance más alto; y en apego a los principios de eficacia, ética, seguridad jurídica, certeza normativa, debido proceso y celeridad, que están sobre la base de la obligación de buena administración de los poderes públicos contenidos en la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, como fuera aprobada por el Consejo Directivo del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) en 2013 y adoptada por la XXIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno celebrada en Ciudad de Panamá ese mismo año; y con el objeto de asegurar la imparcialidad y objetividad de las actuaciones públicas como fuera acordado en el Código Iberoamericano de Buen Gobierno suscrito en Montevideo en el 2006, siendo estos instrumentos regulatorios cónsonos con nuestro ordenamiento jurídico en cuanto a las actuaciones de los servidores públicos, según el contenido del párrafo segundo del artículo 34 de la Ley N° 38 de 31 de julio de 2000, que es del tenor siguiente:

“**Artículo 34. ....**

Las actuaciones de los servidores públicos deberán estar presididas por los principios de lealtad al Estado, honestidad y eficiencia, y estarán obligados a dedicar el máximo de sus capacidades a la labor asignada.”



Es precisamente la delegación de funciones la que ha traído al sistema la creación de oficinas o comités de ética para atender y dar curso a los procedimientos disciplinarios en diversas instituciones, cuya atribución estaba condicionada a los superiores jerárquicos de las instituciones, descongestionándolos, al dirigir estos procesos a una entidad que se encarga exclusivamente de atender estos asuntos.

Así, nuestra Administración pública intenta ceñirse al principio de servicio objetivo a los ciudadanos en todas las actuaciones administrativas y de sus agentes, funcionarios y demás personas, a fin de que [tales actuaciones] sean expresas, tácitas, presuntas, materiales y se concreten en el profundo respeto a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, sin tener que entrar en excesos burocráticos para atender los procesos donde se requiera la intervención, por mandato de las leyes o reglamentos, de un superior jerárquico. Por consiguiente, las personas al servicio de la Administración pública, en los altos mandos jerárquicos, deben estar a disposición de los ciudadanos para atender los asuntos de interés general, de manera adecuada, objetiva, equitativa y en plazo razonable; o delegar ciertas funciones, cuando la normativa lo permita ya que existen funciones que no son delegables, en subalternos idóneos que den respuesta en plazo razonable, con eficacia, ética, seguridad jurídica, certeza normativa, debido proceso y celeridad.

Hay que resaltar que la globalización y la proliferación de empresas donde el Estado mantiene el capital accionario y la dirección está a cargo de servidores públicos, ejerciendo funciones dentro de un ente que se rige por las normas del derecho privado, obliga a estas empresas a establecer en su reglamento interno las directrices que pongan en conocimiento de sus empleados sus derechos, obligaciones y responsabilidades dentro del organigrama y la funcionabilidad de la empresa, a fin de que la figura del superior jerárquico, sea funcional o administrativo, esté claramente establecida, para un eficiente y eficaz

manejo y desarrollo de la función para la que fue creada la empresa.-

#### REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

**Constitución Política de la República de Panamá de 1972**, reformada por los Actos Reformativos N° 1 y N° 2 de 1978, por el Acto Constitucional de 1983, por los Actos Legislativos N° 1 de 1993 y N° 2 de 1994, y por el Acto Legislativo N° 1 de 2004.

**Ley N° 38 de 31 de julio de 2000**, que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, regula el Procedimiento Administrativo General y dicta disposiciones especiales.

**Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta**. Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Tomo XXI, Marzo de 2005.

**Cartas Iberoamericanas, Código y Declaración del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD)**, publicadas por el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo y el Programa Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Paraguay, 2015.

**GUÍA TÉCNICA PARA DETERMINAR LOS NIVELES JERÁRQUICOS DE LAS UNIDADES ADMINISTRATIVAS DE LAS INSTITUCIONES DEL ÓRGANO EJECUTIVO**. Ministerio de Economía y Finanzas/Departamento de Fortalecimiento Institucional. Panamá. 2002.

**MANUAL DE ORGANIZACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ**. Ministerio de Economía y Finanzas/Departamento de Fortalecimiento Institucional. Panamá. 2017. XIV Edición.

**Sánchez Ramírez, Fortunato**. Diccionario de Administración Pública y Derecho Administrativo, FORSAR, 1991.-

## *Comentarios en torno al Proyecto de Código Procesal Contencioso Administrativo*

*Por: Magíster Luis Gabriel Solís Higuera*

### **Sinopsis del autor:**

Luis Gabriel Solís Higuera, es Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Panamá, con Maestría en Derecho Comercial de la Universidad Interamericana de Panamá; Diplomado en Administración Pública y Derecho Administrativo y Diplomado de Derecho Administrativo, ambos impartidos por la Universidad de Panamá y la Procuraduría de la Administración; Curso de Sistema Penal Acusatorio, desarrollado por la Universidad Especializada de las Américas, en coordinación con la Procuraduría General de la Nación.

Es jefe de la Secretaría de Procesos Judiciales de la Procuraduría de la Administración; fue Miembro de la Comisión Codificadora para la elaboración del Código Procesal Contencioso Administrativo. En la actualidad cursa estudios doctorales en el programa de Doctorado en Derecho, con énfasis en Derecho Civil de la Universidad de Panamá.

### **I. Derecho Administrativo y Jurisdicción Contencioso Administrativa.**

El Derecho Administrativo es la rama del derecho que estudia las relaciones y actividades jurídicas de la Administración Pública del Estado, entre las entidades que lo componen, así como también en relación con los particulares; relaciones y actividades jurídicas entendidas desde la perspectiva de la función administrativa que desempeñan.

En tal sentido, Ramón Parada, citando a Zabonini indica que "...el derecho administrativo es aquella parte del Derecho Público que tiene por objeto la organización, los medios y las formas de la actividad de las administraciones públicas y las consiguientes relaciones jurídicas entre aquéllas y otros sujetos."<sup>1</sup>

En este escenario, debemos precisar que estrechamente relacionado al Derecho Administrativo

se encuentra la jurisdicción especial que dirime los conflictos suscitados en ocasión de dicho régimen legal; es decir, los que surjan entre entes estatales y entre éstos y los particulares, como consecuencia del ejercicio de la función administrativa.

Esa jurisdicción especial destinada a conocer de ese tipo de negocios jurídicos es conocida como "Jurisdicción Contencioso Administrativa."

Al respecto, en la República de Panamá, los inicios formales de esa jurisdicción se encuentran con la aprobación de la Ley 135 de 1943, modificada por la Ley 33 de 1946. Con posterioridad, en el artículo 167 de la Constitución de 1946, se incluyó en el plano constitucional dicha jurisdicción y en las sucesivas constituciones se ha mantenido con una redacción similar.

En efecto, en la actualidad, esa jurisdicción se encuentra debidamente recogida en el plano constitucional en el numeral 2 del artículo 206 de la carta fundamental.

En tal sentido, en dicho régimen legal especial se encuentra complementado, entre otros, por el Código Judicial y por la Ley 38 de 2000, esta última estableciendo los roles que desempeña la Procuraduría de la Administración frente a los diversos procesos que se surten en la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo.

Debemos precisar que la jurisdicción contencioso administrativa por mandato constitucional y legal está adscrita privativamente a la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia.

En cuanto al procedimiento, debemos advertir que la sustanciación de los procesos que se surten ante dicho Tribunal, se tramita de conformidad con la Ley 135 de 1935, con la aplicación supletoria del Código Judicial en atención al mandato

<sup>1</sup> Parada, Ramón. Derecho Administrativo. Parte General. Editorial Marcial Pons 2000. Duodécima Edición. Foja 12.



mandato expreso del artículo 57c de la primera de las excerptas mencionadas, bajo una especie de procedimiento común; sin embargo, muchos aspectos se han ido determinando por la jurisprudencia.

Como vemos, nos encontramos ante una jurisdicción vetusta la cual, en gran medida, se ha quedado rezagada en relación a los avances del Derecho Administrativo moderno, el cual al decir del tratadista Agustín Gordillo, se encuentra influenciado por el creciente Derecho supranacional; el cambio social y la Administración Pública; el consenso y la adhesión en relación a la actividades públicas, la necesidad de motivación y explicación de la actividad y la participación administrativa.<sup>2</sup>

Añadimos, que igualmente cobra relevancia el impulso de la tutela judicial efectiva, el uso de las tecnologías, la transparencia y la modernización administrativa como parte de los componentes del Derecho Administrativo actual.

Sobre lo indicado al decir del doctor Edgardo Molino Mola:

“Es importante dejar claro que la jurisdicción contencioso administrativa es una institución de garantía, para el control de la legalidad, al igual que lo es la jurisdicción constitucional, para el control de la constitucionalidad. De las consideraciones anteriores surge la necesidad que las leyes que regulen el proceso contencioso administrativo se basen, como dice el artículo 212 de nuestra actual constitución, en la simplicidad de trámites, es decir, rápido y ágil, economía procesal, y sobre todo de ausencia de formalismo, ya que el objeto del proceso es el reconocimiento de los derechos substanciales...”<sup>3</sup>

Precisamente en atención a la necesidad de modernizar la jurisdicción contenciosa administrativa se estableció una Comisión Codificadora para la elaboración del **Código Procesal Contencioso Administrativo**.

## II. Comisiones Codificadoras

En efecto, mediante el Decreto Ejecutivo 378

de 24 de agosto de 2016, se crearon las Comisiones Codificadoras para la elaboración del Código Procesal Constitucional y del Código Procesal Contencioso Administrativo.<sup>4</sup>

En tal sentido, el instrumento jurídico antes indicado fue modificado por el Decreto Ejecutivo 82 de 21 de febrero de 2017, para, entre otras cosas, incorporar nuevos integrantes a la Comisión Codificadora para la elaboración del Código Procesal Contencioso Administrativo.<sup>5</sup>

El trabajo de ambas comisiones culminó en el plazo establecido, y en atención a lo dispuesto en el Decreto Ejecutivo 378 de 24 de agosto de 2016, el resultado fue presentado ante la Comisión de Estado por la Justicia, quien luego de su revisión lo remitió al Órgano Ejecutivo, con las observaciones que estimaron pertinentes.<sup>6</sup>

Como integrante de la Comisión Codificadora responsable para la elaboración del Código Procesal Contencioso Administrativo, debo indicar que los debates surtidos para la elaboración del referido Código, fueron académicos, profundos y siempre colmados de un deseo genuino de contribuir a mejorar la jurisdicción contencioso administrativa.

Me permito precisar algunos aspectos que considero de relevancia.

## III. Aspectos sobresalientes

De una revisión general del Proyecto de Código Procesal Contencioso Administrativo podemos destacar como aspectos positivos, sin entrar en detalles, los siguientes:

### 3.1. Incorporación de principios

El proyecto incluye y define en su artículo 5 una serie de principios que deben regir la jurisdicción contencioso administrativa, como lo son: legalidad, debido proceso legal, seguridad jurídica, igualdad, congruencia, gratuidad, imparcialidad, buena fe,

<sup>2</sup> Gordillo, Agustín. “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo 1. Parte General, Ivestigaciones Jurídicas, S.A. Décima Edición. 2012. San José, Costa Rica. Páginas 11-19 a 11-25.

<sup>3</sup> Molino Mola, Edgardo. “El Control Jurisdiccional de la Administración en Panamá y su necesidad de actualización.” Publicado en el libro del mismo autor “Legislación Contencioso Administrativa Actualizada y Comentada”. Universal Books. Segunda Edición. Panamá, 2002. Páginas 238 y 239.

<sup>4</sup> Gaceta Oficial 28,103-B de 25 de agosto de 2016.

<sup>5</sup> Gaceta Oficial 28,226-B de 24 de agosto de 2017.

<sup>6</sup> Los proyectos de Codigos Procesal Constitucional y Procesal Contencioso Admiministrativos están disponibles en la página web de la Procuraduría de la Administración <http://www.procuraduria-admon.gob.pa/>

informalidad, responsabilidad, publicidad, eficacia, economía procesal y celeridad. Al respecto, cada uno de esos principios fueron debidamente definidos.

### 3.2. Acto acusado en acción popular

Debo partir señalando que soy de la opinión que siempre debe existir un mínimo de formalidades que deben cumplirse al acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, dada la especialidad de la misma, las presunciones legales que imperan en ésta, entre ellas, la presunción de la legalidad y por tratarse de una jurisdicción rogada, a la cual se accede por medio de un profesional del derecho quien, en principio, debe tener un mínimo de conocimiento sobre la materia administrativa y de la jurisdicción.

En tal sentido, como es bien sabido, existen acciones de control subjetivo en los cuales se busca restablecer un derecho subjetivo o particular, presuntamente lesionado; acciones objetivas, donde la finalidad es la salvaguarda del orden legal desde un aspecto objetivo.

Al respecto, en el caso de la acción pública o popular, conocida hoy día como demanda de nulidad, el artículo 58 del Proyecto de Código Procesal Contencioso Administrativo, en adelante el Proyecto de Código, estableció que se podría presentar una copia simple del documento que contiene el acto, la norma, frase o palabra que se demanda, y que en el caso que haya sido publicada en un medio oficial, ya sea electrónico o físico, bastará que se indique el medio. Se indica igualmente que de no haber sido publicada en la Gaceta Oficial, o en otro medio oficial autorizado al efecto y de no contarse con la copia respectiva, deberá indicarse la entidad que lo emitió.

### 3.3. Precisiones entre figuras jurídicas

También resulta positivo la distinción que se hace entre las consultas y advertencias de ilegalidad, la apreciación de validez y el contencioso de interpretación, a manera de darles mayor claridad y distinción al objeto y sentido de estas figuras, así como

su procedimiento, a fin de evitar las confusiones que podrían prestarse tanto al momento de presentarlas, como al resolverse (Artículos 145 a 155 del Proyecto de Código).

### 3.4. Oralidad

Resulta de interés la introducción de la oralidad, la cual se incluyó básicamente para la etapa probatoria (Artículos 124 a 125 del Proyecto de Código).

### 3.5. Demanda de nulidad de pleno derecho

Si bien es cierto existen demandas de nulidad en las cuales se hace necesario la práctica de pruebas, razón por la cual se debe abrir el período correspondiente para aducirlas y practicarlas; en la mayoría, la discusión es de pleno derecho.

Como consecuencia de lo anterior, el Proyecto de Código en el capítulo pertinente a la Acción Pública o Popular, distinguió entre las demandas sobre situaciones de puro derecho de aquellas demandas cuyo análisis requiera la valoración de elementos probatorios, establecido un tipo de acción particular para este supuesto. En relación a lo indicado, cobra relevancia el establecimiento de un procedimiento especial aplicable a las demandas de pleno derecho, en los siguientes términos:

**Artículo 135. Demanda sobre situaciones de puro derecho.** Las demandas con pretensiones objetivas que se hagan valer a través de la acción pública o popular, en las que se planteen situaciones de puro derecho, cuando para su decisión no sea necesario valorar otros elementos probatorios, se regirán por las siguientes reglas especiales:

1. Admitida la demanda, se requerirá informe explicativo de conducta a la entidad emisora del acto acusado, quien deberá remitirlo en el término de diez (10) días hábiles;
2. Se correrá traslado al Procurador de la Administración, quien emitirá concepto en interés

de la Ley, dentro de los siguientes cinco (5) días posteriores a la notificación de la admisión de la demanda.

3. Se notificará personalmente al demandante la resolución que admite la demanda.

4. Dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del demandante, las partes podrán presentar sus alegaciones por escrito.”

### 3.6. Acción de lesividad

La acción de lesividad es un mecanismo procesal que puede ser ejercido por el Estado para dejar sin efecto un acto emitido por éste, a través del cual se reconocen derechos subjetivos a favor de un particular y dicho acto no puede ser revocado unilateralmente.

En nuestro país dicha acción no está reconocida expresamente; no obstante, en la práctica algunas veces las entidades del Estado han utilizado las demandas de nulidad con la finalidad descrita en el párrafo anterior, tal como lo expresa el doctor Molino Mola cuando indica:

“En razón que en Panamá no existe la acción de lesividad, las veces que el Estado se ha visto en la necesidad de recurrir contra un acto expedido por él, y que le conceda un derecho al administrado que no puede revocar unilateralmente, ha tenido que utilizar la acción de nulidad, para impugnarlo.”<sup>7</sup>

Sobre el particular, el Proyecto de Código introdujo la acción de lesividad en los siguientes términos:

**Artículo 138. Naturaleza.** El proceso de lesividad será incoado por la Administración Pública para que se anule un acto administrativo que reconoció derechos a favor de un particular, cuando éste se considere violatorio de la Ley y lesivo a los intereses de la Administración Pública, y solo procede cuando no cumple con los requisitos para ser revocado o anulado por la autoridad pública que

lo emitió. Los actos que pueden ser impugnados a través de esta acción debe ser de aquellos que han creado o modificado una situación jurídica o particular concreta o que haya reconocido un derecho de igual categoría.

**Artículo 139. Prohibición de alegar motivos de conveniencia.** En los supuestos regulados por el artículo anterior, la Administración Pública no podrá invocar solo motivos de conveniencia u oportunidad administrativa para que prospere la acción de lesividad. Si el acto se ajusta a la legislación vigente, la pretensión será desestimada.

**Artículo 140. Reglas de procedimiento para la tramitación.** El proceso de lesividad se tramitará conforme al procedimiento aplicable a los procesos contencioso administrativos de acción pública o popular.

### 3.7. Transparencia, publicidad y uso de medios electrónicos para la notificación.

Se observa igualmente la introducción de medidas tendientes a favorecer la promoción de la transparencia y la publicidad, estableciendo la obligación de publicar de las sentencias en la Gaceta Oficial o en algún otro medio de publicidad oficial del Órgano Judicial; además de requerirse la publicación de las estadísticas del Tribunal.

En tal sentido, los artículos pertinentes establecen lo siguiente:

**Artículo 199. Publicación de Resoluciones.** Las sentencias que expida el Tribunal serán publicadas en la Gaceta Oficial Digital o en algún otro medio de publicidad oficial del Órgano Judicial.

**Artículo 212. Publicidad de estadísticas de negocios de El Tribunal.** La Secretaría del Tribunal deberá publicar mensualmente, en el Portal Electrónico del Órgano Judicial, el número de los negocios resueltos y por resolver, así como el cumplimiento de los términos relacionados con el artículo que antecede.

<sup>7</sup> Molino Mola, Edgardo. Ibidem. Página 277.

De igual manera, se incluyeron las notificaciones por correo electrónico (Artículos 67 y 68 del Proyecto de Código).

### 3.8. Régimen de medidas cautelares más amplio

En cuanto a las medidas cautelares, Heriberto Araúz nos precisa que “La única medida cautelar consagrada en la legislación CA (Contencioso Administrativo) es la suspensión provisional. Esta es la medida por antonomasia regulada también en el derecho comparado sin perjuicio que se admitan otras.”<sup>8</sup>

Sobre la suspensión provisional se ha indicado que la misma “...es una medida cautelar, que como tal tiene por propósito proteger, salvaguardar los derechos subjetivos y los intereses particulares del administrado como resultado de la firmeza del acto administrativo impugnado, así como garantizar la integridad del orden jurídico y el principio de separación de los poderes, ya sea que se ejercite la acción de Plena Jurisdicción o la de Nulidad.”<sup>9</sup>

En tal sentido, en la actualidad esa sola medida no parece satisfacer la necesidad de la tutela cautelar que debería brindar la Jurisdicción Contencioso Administrativa, razón por la cual el Proyecto de Código amplió el catálogo de medidas cautelares.

En efecto, en el artículo 34 se estableció lo siguiente:

**Artículo 34. Naturaleza de las medidas cautelares.** Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, de hacer, innominadas o de suspensión y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para tal efecto, el Tribunal podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

1. Ordenar que se mantenga la situación o que se restablezca al estado en que se encontraba antes, cuando fuere posible;
2. Suspender un procedimiento o actuación

administrativa, inclusive de carácter contractual;

3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo;

4. Ordenar la anotación preventiva de la demanda en el Registro Público.

5. Ejecutar provisionalmente lo que ha sido denegado o prohibido por un acto administrativo, mientras transcurre el proceso principal, previa caución consignada de acuerdo a lo establecido en este Código, y

6. Decretar medidas cautelares innominadas.

De igual manera, en los artículos 35 y 36 se dispuso la posibilidad de suspensión provisional de los efectos del acto demandado y la prohibición de reproducir el contenido de actos que se encuentren suspendidos.

### 3.9. La incorporación del proceso Contencioso Contractual

Resulta de relevancia la incorporación del proceso contencioso contractual como medio procesal a través del cual se podrían dirimir conflictos y atender pretensiones de las partes contratantes en la fase contractual.

En tal sentido, si bien es cierto el numeral 5 del artículo 97 del Código Judicial establece entre las competencias de la Sala Tercera lo concerniente a “... las cuestiones suscitadas con motivo de la celebración, cumplimiento o extinción de los contratos administrativos”, lo cierto es que la jurisprudencia de la Sala Tercera no ha sido consistente en el tratamiento de las acciones que presenten los interesados encausadas en esa competencia del Tribunal.

Sobre el particular, en el proyecto se dispuso lo siguiente:

**Artículo 156. Legitimidad y finalidad del proceso.** Cualquiera de las partes de un contrato

<sup>8</sup>Araúz, Heriberto. Curso de Derecho Procesal Administrativo. La Jurisdicción Contencioso Administrativa en Panamá. Universal Book, Primera Edición. Panamá, 2004. Página 238.

<sup>9</sup>Molino Mola, Edgardo. *Ibidem*. Página 183.

administrativo o público, podrá pedir que se declare su nulidad, así como condenas y otras peticiones derivadas de ésta; que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios causados.

**Artículo 157.** Situaciones extraordinarias o excepcionales. En caso de situaciones extraordinarias o excepcionales, se podrá solicitar que se declare la existencia de la relación contractual y, por ende, el reconocimiento de los derechos que se derivan de ella.

**Artículo 158.** Liquidación previa a la solicitud de indemnización. En el caso de solicitarse indemnización, deberá cumplirse previamente con el procedimiento para la liquidación del contrato, de acuerdo a la Ley de Contratación Pública. El acta de liquidación servirá como prueba en el proceso contractual.

### 3.10. Inactividad administrativa

El Proyecto de Código introduce la figura de la inactividad administrativa, la cual incluye la denominada Inactividad de la Administración Pública y la Inactividad Reglamentaria.

En cuanto a la inactividad administrativa la misma consiste en un tipo de acción tendiente a lograr que la Administración ejecute una prestación o acto en firme.

Por su parte, la inactividad reglamentaria busca que se cumpla con la reglamentación ordenada por una ley. Al respecto, las normas pertinentes expresan:

**Artículo 174.** Acción contra Inactividad de la Administración. Cuando exista inactividad de la Administración Pública respecto a la ejecución de una prestación o acto en firme, resolución o acto, la inactividad de un ente, comité o junta directiva, o de la máxima autoridad, el interesado que no haya obtenido respuesta a su solicitud podrá interponer la correspondiente Acción contra la inactividad de la Administración para que el

Tribunal ordene el cumplimiento de lo solicitado.

**Artículo 177.** Inactividad Reglamentaria. Transcurridos dos (2) meses desde que venció el plazo establecido en una ley que exija a una autoridad dictar una reglamentación y/o designar, nombrar o conformar una comisión, comité y/o consejo sin que la misma lo haya realizado, el interesado podrá requerir, al órgano o el ente respectivo para que en el plazo de treinta (30) días calendario dicte una reglamentación y/o designar, nombrar o conformar una comisión, comité y/o consejo. Si transcurrido dicho plazo la inactividad persiste, se podrá interponer la correspondiente Acción contra la inactividad de la Administración para que el Tribunal ordene el cumplimiento de lo solicitado. Para ello, el afectado indicará la norma que establece la obligación, el nombre y cargo de la autoridad que sea omisa.

### 3.11. Acción de repetición

Resulta de gran importancia la inclusión de la acción de repetición como un mecanismo que tiene el Estado para repetir en contra de un servidor público o de un particular en funciones públicas que le haya generado una responsabilidad indemnizatoria que haya tenido que sufragar. En tal sentido, el artículo 181 del Proyecto de Código establece:

**Artículo 181.** Repetición contra servidores públicos. Si el Estado resulta condenado por sentencia judicial en firme al pago de daños y perjuicios ocasionados por la acción u omisión de uno o varios servidores públicos o particulares en ejercicios de funciones públicas, que lo representen o pretextando representarlo, éste tendrá derecho a repetir contra él o ellos, sin perjuicio de exigirles la responsabilidad administrativa o penal correspondiente.

**Artículo 182.** Existencia de culpa grave o dolo. Para que el Estado pueda repetir contra un servidor o ex servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas debe mediar culpa grave o dolo.

### 3.12. Llamamiento en garantía

De igual manera, se incluye la posibilidad del llamamiento en garantía, con los mismos fines de la acción de repetición, de un servidor o un ex servidor público o un particular en ejercicio de funciones públicas. Al respecto, el artículo 186 del Código precisa lo siguiente:

**Artículo 186. Llamamiento.** El servidor o ex servidor público o el particular investido de funciones públicas, podrá ser llamado en garantía dentro del proceso de responsabilidad incoado contra el Estado con los mismos fines de la Acción de Repetición. El servidor o ex servidor público o el particular investido de funciones públicas, tendrá un término treinta (30) días para responder, y podrá a su vez, pedir la citación de un tercero en la misma forma que el demandante o el demandado.”

### 3.13. Ejecución de sentencias

El Proyecto de Código en sus artículos 229 a 236 contempla una regulación tendiente a garantizar la ejecución de las sentencias, estableciendo un procedimiento incidental, incluso fijando plazos para que se cumplan, aún tratándose de prestaciones económicas.

### 3.14. Sentencias de unificación jurisprudencial

Una de las principales críticas a la Jurisdicción Contencioso Administrativa es la falta de uniformidad en los criterios jurisprudenciales; pues, se producen variaciones de esa índole que no permiten que se consolide una sólida doctrina de precedentes jurisprudenciales.

En tal sentido, el Proyecto de Código trata de contribuir a crear una doctrina jurisprudencial sólida y uniforme a través de la creación de un “Procedimiento de Unificación de la Jurisprudencia”, el cual fue regulado de la siguiente manera:

**Artículo 237. Solicitud de unificación.** En el caso que existan sentencias con doctrina

jurisprudenciales disímiles, que hayan resuelto pretensiones similares a las enunciadas en la demanda, cualquiera de las partes del proceso podrá presentar, en la fase de alegatos, una solicitud de unificación indicando las sentencias previas, para que al momento de dictar la sentencia, el Tribunal, de ser pertinente, proceda a unificar la doctrina. El Tribunal, también podrá dictar, de oficio, sentencias de unificación jurisprudencial.

**Artículo 238. Sentencias de unificación jurisprudencial.** Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial, las que profiera el Tribunal, por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia, hasta tanto existan elementos de razón suficiente para que se emita una nueva sentencia que deberá justificar a suficiencia el cambio.

### 3.15. Impedimentos

Durante mucho tiempo no ha existido un criterio uniforme en cuanto a las normas para determinar las causales de impedimentos que deben ser aplicadas al Procurador de la Administración, pues en algunas ocasiones se ha indicado que se le aplica las causales de impedimento establecidas en el artículo 78 de la Ley 135 de 1943; inherentes a los Magistrados del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y en otras ocasiones se ha dicho que ello no es procedente, pues dichas causales eran exclusivas para los miembros del referido Tribunal, por lo que, en todo caso, al Procurador de la Administración debían aplicársele las causales establecidas en el Código Judicial.

En el Proyecto de Código se elimina la confusión anterior y en los artículos 250 a 258, se establece un régimen de impedimentos unificado para los Magistrados, el Procurador de la Administración y para los peritos.

## 4. Reflexión final

Como se observa, el Proyecto de Código Procesal Contencioso Administrativo propone



interesantes avances, innovaciones e incorpora figuras jurídicas a la jurisdicción contencioso administrativa.

En tal sentido, reitero que el esfuerzo de elaboración de dicho instrumento fue arduo y estuvo motivado por el interés en dejar una contribución al país, estableciendo un Código Procesal Contencioso Administrativo acorde a las nuevas tendencias doctrinales y legales en materia de Derecho Administrativo.

Sobre el particular, la suerte de dicho cuerpo normativo depende de las coyunturas sociales, de la voluntad política, de la amplia discusión y de los consensos entre todos los actores que se agitan en dicha jurisdicción.

Con independencia de ello, la labor realizada constituye una base sólida de trabajo para el presente y para futuro; en efecto, dicho esfuerzo puede ser retomado y mejorado con posterioridad en esta generación o en las futuras y cuando las condiciones estén dadas para la actualización de la jurisdicción

contencioso administrativa. Por ahora, se deja un trabajo adelantado.

#### **BIBLIOGRAFÍA.**

**Araúz, Heriberto.** Curso de Derecho Procesal Administrativo. La Jurisdicción Contencioso Administrativa en Panamá. Universal Book, Primera Edición. Panamá, 2004.

**Gordillo, Agustin.** Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 1. Parte General, Ibvestigaciones Juridicas, S.A. Décima Edición. 2012. San José, Costa Rica.

**Molino Mola, Edgardo.** “El Control Jurisdiccional de la Administración en Panamá y su necesidad de actualización.” Publicado en el libro del mismos autor Legislación Contencioso Administrativa Actualizada y Comentada. Universal Books. Segunda Edición. Panamá, 2002.

**Parada, Ramón.** Derecho Administrativo. Parte General. Editorial Marcial Pons 2000. Duodécima Edición.

## *El Control Judicial de la discrecionalidad administrativa*

Esta conferencia se dictó en el marco del Congreso Internacional del XVII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo el día 10 de octubre de 2018 en la ciudad de Guayaquil, Ecuador.

### **Sinopsis de los Autores:**

**Mgter. Héctor Mella Carpanetti:** es licenciado en Relaciones Internacionales y licenciado en Derechos y Ciencias Políticas, cuenta con maestrías en Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Estudios Electorales y culminando una en Derecho Administrativo. Es especialista en Docencia Superior y en gerencia política y gestión pública. Ha ejercido cargos públicos como asistente del Fiscal General Electoral, secretario judicial de la Fiscalía Segunda Electoral, jefe de la Sección de Hipotecas y subjefe de Propiedad Horizontal del Registro Público, asesor legal y director encargado en la Dirección General de Empresas Financieras del Ministerio de Comercio e Industrias, asistente ejecutivo del Centro de Estudios Democráticos del Tribunal Electoral. En la actualidad se desempeña como abogado en la Secretaría de Procesos Judiciales de la Procuraduría de la Administración.

**Mgter. Cecilia López Cadogan:** Egresada de la Universidad de Panamá, donde obtuvo su título de licenciada en Derecho y Ciencias Políticas en el año 1998, Posee una Maestría en Derecho Procesal de la Universidad Interamericana de Panamá, en el año 2008. Laboró en el Ministerio Público durante 20 años ocupando distintos cargos en fiscalías entre ellos, la Fiscalía Superior de Asuntos Internacionales, Fiscalía Especializadas en Delitos Relacionados con Drogas y Blanqueos de Capitales, Fiscalía contra la Propiedad Intelectual, Fiscalía Especializadas en Delitos Financieros. Actualmente, ocupa el cargo de Subsecretaria General de la Procuraduría de la Administración de la República de Panamá desde enero de 2017.

### **I. Concepto de la discrecionalidad administrativa**

Sin lugar a dudas, uno de los asuntos que generan debate dentro de la academia de Derecho,

*Por: Mgter. Cecilia Elena López Cadogan  
Mgter. Héctor A. Mella Carpanetti*

es el análisis del concepto de discrecionalidad administrativa, el cual, a nuestro juicio, genera diferentes posturas en virtud del control que se ejerce sobre las actuaciones de quien detenta el poder; ello, como característica peculiar del Estado de Derecho.

En la actualidad, el control judicial que se ejerce sobre los actos administrativos que son emitidos y ejecutados por las Administraciones Públicas, cuando ejercen la función administrativa del Estado, ha de estar instituido como una exigencia constitucional y como complemento de los principios de legalidad y del debido proceso, mismo que más adelante analizaremos como parte de la evolución de la discrecionalidad administrativa en Panamá.

Sobre la discrecionalidad administrativa, su significado, su alcance y límites, así como su función, es tema de debate inagotable en materia de Derecho Público, en el cual diversos autores han emitido sus aportes, mismos que parten de la premisa que la potestad discrecional o discrecionalidad administrativa, no es un aspecto extraño ni opuesto a la concepción del Estado de Derecho, sino que es la misma Ley, la que faculta o reconoce de manera expresa y algunas veces hasta tácitamente, la posibilidad de adoptar decisiones que convengan al interés público, completando al ordenamiento en su concreción práctica.

Así las cosas, **Jessica Murillo Mena**, en su obra, *Facultades Administrativas Discrecionales*, destacando a **Sánchez Morón**, señaló lo siguiente: “la ley no puede reglarlo todo con el detalle que exige la resolución de los problemas cotidianos (...), De ahí que (...) las autoridades que han de enfrentarse a esos problemas hayan de actuar sin que su conducta esté predeterminada, al menos totalmente, por una norma jurídica (...) En esto consiste la discrecionalidad...”<sup>1</sup>

<sup>1</sup> MURILLO MENA, Jessica. *Facultades Administrativas Discrecionales*, Grupo Editorial Ibáñez, 2016, Bogotá Colombia, p. 23. Destacando a SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derechos Administrativo, Parte General*, 3 Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2007, pp.13.



El **Dr. Carlos Gasnell Acuña**, en su obra El Acto Administrativo y el acceso a la Jurisdicción Contencioso Administrativa en Panamá, al hacer referencia a la discrecionalidad administrativa, citó la definición dada por **Domingo Sesín**, en la que la señala como “una modalidad de ejercicio que el orden jurídico expresa o implícitamente confiere a quien desempeña la función administrativa para que, mediante una apreciación subjetiva del interés público comprometido, complete creativamente el ordenamiento en su concreción práctica, seleccionando una alternativa entre varias igualmente válidas para el derecho”.<sup>2</sup>

Por su parte, **Herney Ramírez Zapata** al expresarse sobre la discrecionalidad administrativa; advierte, “que es la que sigue la Administración cuando la norma que determina su finalidad más o menos concreta le permite valorar los medios, guías o caminos a utilizar creando en otros supuestos la unidad de medida para actualizar y aplicar los conceptos indeterminados, con comprobables objetivamente, que se encierran en la norma.”<sup>3</sup>

En este orden de ideas, de las definiciones señaladas se puede deducir que la Administración Pública dispone de ciertos márgenes o parámetros que le permiten dar una oportuna y eficaz respuesta a los retos que a menudo le plantean las distintas circunstancias en las áreas en que desarrolla su actividad, pero dentro de ciertos límites. En ese sentido, dicha discrecionalidad “es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas o si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económico, etc), no incluidos en la Ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración.”<sup>4</sup>

Ahora bien, las actividades que surgen de la Administración Pública son distintas y variadas, cada día emergen nuevos desafíos con base en las adecuaciones de un mundo

globalizado, sistematizado y especializado, por lo que el control de la discrecionalidad de la Administración, constituye uno de los retos más sobresalientes, sobre todo al momento de definir la potestad discrecional de la administración, como un poder jurídico y configurado por el Derecho, pero limitado por el denominado control judicial.

De lo anterior, surgen una serie de interrogantes, precisamente con sustento en el ejercicio de ese poder jurídico, que resultan de las potestades regladas o discrecionales propias del ordenamiento legal. En ese sentido, se puede deducir que el control de las potestades regladas, no debe ser considerado como un problema frente a las actuaciones de la Administración Pública, pues solo basta con verificar si ésta actuó conforme a lo establecido en la norma; sin embargo, cuando se analiza la potestad discrecional de la Administración, máxime en aquellos casos en los que está implícita en el ordenamiento jurídico, y en donde no existen los parámetros que posibiliten el contraste de la actuación que se pretende controlar, es la oportunidad para que dicha potestad discrecional deba estar sometida a un control jurisdiccional.

Al respecto, es por medio del control judicial en el que se verifica si la potestad discrecional ha sido correctamente ejercida, y en el que se comprueba si se ha elegido una solución correcta frente otras de igual condición dentro del mundo jurídico, por lo que, a nuestro juicio se estaría ejerciendo, de manera efectiva, un control del ejercicio potestativo discrecional de la Administración Pública.

En este contexto, debemos destacar, entonces, que la potestad discrecional como manifestación de la Administración Pública debe contar con límites bien identificados y con un procedimiento claro de impugnación, con pretensiones acordes a la reparación de la posible vulneración de derechos subjetivos o intereses legítimos.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> GASNELL ACUÑA, Carlos. El Acto Administrativo y el acceso a la Jurisdicción Contencioso Administrativa en Panamá, Editorial Sistemas Jurídicos, S.A., Panamá, P. 68.

<sup>3</sup> RAMÍREZ ZAPATA, Herney. Curso de derecho administrativo general, 2.a ed., Cali, Imprenta Departamental, 1973.

<sup>4</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo Y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Curso de Derecho Administrativo, Volumen I.

<sup>5</sup> GASNELL ACUÑA, Carlos. El Acto Administrativo y el acceso a la Jurisdicción Contencioso Administrativa en Panamá, Editorial Sistemas Jurídicos, S.A., Panamá, P. 70.

## II. Fundamento Jurídico

En la mayoría de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, la existencia de la potestad discrecional administrativa es una fuente legal de Derecho, en la que le permite a la Administración valorar la conveniencia o no de su ejercicio y a integrar el contenido de la decisión misma en que se plasma el ejercicio de esa potestad.

Al efectuar un ejercicio valorativo de la facultad discrecional con la que cuenta la Administración, su función está ligada a razones de practicidad, a efectos de dar a las autoridades administrativas cierto margen de discrecionalidad frente a las actuaciones que ejercen. Bajo este criterio se expresó el ex magistrado de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo y Laboral, de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, **Víctor L. Benavides Pinilla**, al señalar que “De tal suerte que es necesario manifestar que la facultad discrecional de la que goza la administración, se justifica exclusivamente por razones de práctica, de allí que siempre he considerado que las autoridades administrativas deben tener cierto margen de discrecionalidad, ya que se debe evitar a toda costa el automatismo administrativo, que se produce cuando los empleados públicos sólo tienen que acogerse a reglas predeterminadas, lo que va en detrimento de la propia Administración, al desaparecer la iniciativa dinámica del funcionario y como resultado de tal actuación, tenemos graves perjuicios para los administrados”.<sup>6</sup>

Por consiguiente, la potestad discrecional administrativa, se fundamenta en el **Derecho Administrativo** por ser éste una de las principales expresiones del Estado de Derecho, al constituirse en la herramienta primordial utilizada en la acción o el ejercicio de la Administración Pública, y que además se cimienta en principios constitucionales, tales como los de legalidad, prevalencia del interés general, responsabilidad, respeto a los derechos fundamentales, el de división de los poderes y control de la actividad pública.

Bajo ese contexto, el fundamento jurídico de la

discrecionalidad administrativa lo constituye en gran medida, el reconocimiento de ese poder discrecional, toda vez que, se hace imposible que el imperio de la normativa legal lo prevea todo, por lo tanto, se hace necesario y oportuno que los funcionarios públicos por medio del cual se ejerce la función administrativa en cada una de las instituciones del Estado, manejen cierto grado de poder de discreción, al fin de encontrar soluciones efectivas que coadyuven con el interés público, siempre que sea dentro de un marco jurídico razonable.

Lo anterior, justifica la discrecionalidad administrativa partiendo de la idea que a través de ella, cada órgano que incide en la Administración Pública pueda cumplir a cabalidad con los fines impuestos por la norma legal; además, dicha justificación radica en que, en virtud de las circunstancias cambiantes en las que se desenvuelve el Estado, esta facultad administrativa que se denomina discrecionalidad, faculta a la Administración de manera que ésta pueda adoptar decisiones y dictar actos oportunos y eficaces para el buen funcionamiento de la Administración.

Ahora bien, desde el punto de vista dogmático, la Administración es una organización pública, que se entiende como una estructura extensa y compleja, que constituye un sujeto de Derecho llamado Estado, quién va a intervenir y a relacionarse con otros sujetos jurídicos, de distinta naturaleza, e incluso de distinto contenido.

En ese mismo orden de ideas, se puede inferir que la Administración Pública sólo podrá ser entendida en lo jurídico o político, a partir del verbo administrar, y que es precisamente una de las acciones que desarrolla el Estado, y que se ejecuta por medio del Gobierno, el que la dirige; misma que, en términos generales, se encuentra en mayor o menor medida regulada en virtud del principio de legalidad.

Sobre la base de lo indicado anteriormente, tácitamente se entiende que la supremacía de la Administración no es absoluta, toda vez que, el Derecho Administrativo impone límites y condiciones

<sup>6</sup> BENAVIDES PINILLA, Víctor Leonel. Consideraciones en torno a la discrecionalidad de la Administración Pública en Panamá. Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, 2015, P.4.



estrictas para el ejercicio de sus potestades y prerrogativas, en virtud que la Administración debe tutelar los intereses de la colectividad, así como reconocer los derechos a los ciudadanos, de manera individual en sus relaciones con ella.

Lo plasmado hasta aquí, nos permite aseverar que en un Estado de Derecho, el acto administrativo se constituye como un instrumento efectivo en el que la Administración Pública expresa su voluntad; no obstante, dicha expresión puede ser reglada o discrecional; y, en ambos casos, debe gozar de la presunción de legalidad, toda vez que va a producir efectos jurídicos con carácter vinculante y de obligatorio cumplimiento.

Sobre este punto, se hace importante destacar lo que indica **Murillo Mena**, cuando señala que, “las actuaciones discrecionales tienen un fundamento legal. Si bien es cierto que, frente a determinadas materias y casos, se debe optar por otorgar mayor libertad de decisión a las autoridades, al fin de que respondan con la mayor eficacia, eficiencia y oportunidad a los requerimientos de la población en general, no es menos cierto que, tal como lo afirman la jurisprudencia y la doctrina, las facultades conferida para la materialización de dichas actuaciones, no puede derivar en la arbitrariedad”<sup>7</sup>

Resulta oportuno subrayar, la cita inserta en la obra de **Murillo Mena**, que se refiere al fundamento legal de las actuaciones discrecionales, misma que establece que “Contrario a lo que vulgar y abusivamente se cree, la potestad discrecional no debe ser abstracta, ni absoluta, ni ilimitada, ni indefinida, ni extrajurídica, ni caprichosa. Tampoco debe ser lo que en épocas tenebrosas del totalitarismo religioso se conoció como el juicio secreto o de verdad sabia y buena fe guardada. Como potestad jurídica, conforme a derecho y en el derecho, la discrecionalidad no puede ser arbitrariedad”<sup>8</sup>.

Por su parte, y como ya lo hemos indicado en párrafos anteriores, la función administrativa ejercida dentro del Estado de Derecho se materializa a través del denominado acto administrativo; el cual, a simple vista, es una manifestación de la voluntad de la Administración, misma que van a producir efectos

jurídicos; ya sea creando, modificando o extinguiendo derechos de los administrados o en contra de éstos.

### III. De las potestades

Innumerables autores han señalado que el ordenamiento jurídico atribuye a la Administración, dos tipos de potestades administrativas, mismas que han sido identificadas, como las potestades regladas y las potestades discrecionales; sin embargo, es importante aclarar que no es la única clasificación doctrinal existente, pero es el que utilizaremos en el desarrollo del presente estudio.

En ese mismo orden de ideas, como ya hemos reiterado, la Administración Pública desarrolla su actividad, con sujeción a lo dispuesto en la Constitución y la Ley; no obstante, dicha sujeción va a variar en la medida que se oriente o limite dicha actividad, de allí que, en algunos casos, la norma de rango legal es la que determinará con precisión su actuar, mientras que, en otros casos, la Ley no determinará lo que ésta debe hacer, situación que es aprovechada por los órganos administrativos para desenvolverse con mayor libertad; otorgando, incluso, la capacidad de aplicar la norma facultativa de diferentes maneras, estimando la conveniencia para interés público.

#### 3.1. Potestad Reglada

La potestad reglada supone que la acción administrativa está predeterminada estrictamente en el marco de ciertos parámetros y se circunscribe a la ejecución de la norma o aplicación de la misma a un caso concreto. Dicho en otros términos, el ordenamiento jurídico, al momento de regular la actividad de la Administración, orienta su accionar de forma minuciosa y completa ante un supuesto de hecho, puesto que el acto administrativo está predeterminado por la norma jurídica aplicable, de forma tal que, ocurrido el supuesto de hecho previsto en la norma, no hay más que una sola decisión jurídicamente aplicable.

Al respecto, el supuesto denominado potestad reglada determina que la única solución correcta deriva en la aplicación de la norma; en ese sentido, la Ley regulará todas y cada una de las

<sup>7</sup> MURILLO MENA, Jessica. *Facultades Administrativas Discrecionales*. Grupo Editorial Ibáñez, 2016, Bogotá Colombia, p. 23. Destacando a SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derechos Administrativos*, Parte General, 3 Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2007, pp. 49.

<sup>8</sup> MURILLO MENA, Jessica. Op. Cit., pp. 51.

condiciones del ejercicio de la potestad, de forma que la Administración Pública se limitará a aplicar el contenido de las normas legales aplicables.

### 3.2. Potestad Discrecional.

Por otro lado, la potestad discrecional otorga a la Administración Pública un marco de libertad para tomar sus decisiones, dado que la norma no es taxativa, sino que “define algunas de las condiciones de ejercicio de la potestad, atribuyendo al administrador la capacidad para completar algunas determinaciones del contenido de ésta.”<sup>9</sup>

En ese sentido, el ordenamiento jurídico no regula con tanta precisión cuál debe ser el actuar de la Administración, sino que le otorga la capacidad de aplicar la norma de diferentes maneras, por lo que ésta cuenta con un amplio margen de decisión.

No obstante, la discrecionalidad no debe entenderse como una potestad extra legal, ni tampoco como un concepto opuesto a la potestad reglada. En consecuencia, la potestad discrecional no puede ser total sino parcial; ya que debe respetar determinados elementos legalmente señalados. Por otra parte, la potestad discrecional debe observar algunos elementos esenciales para ser considerada, como por ejemplo, la existencia misma de esa potestad, el ejercicio de ésta en determinada extensión, la competencia de un órgano expreso y el fin primordial, que es que toda potestad pública está conferida para la consecución de la finalidad pública.

Cabe agregar, lo señalado por **Miriam Ivanega**, al indicar que “la potestad discrecional implica la valoración cualitativa y cuantitativa de los diversos intereses que pueden ser comparados y apreciados, por lo que la administración pública deberá seleccionar el medio, los modos y los instrumentos operativos necesarios para la realización del interés público, ya establecido en la norma”

Tal como hemos establecido en el presente

estudio, la clasificación precedente es fundamental para el Derecho Administrativo, y en ese contexto debemos destacar lo señalado por **GORDILLO**, cuando establece que “las facultades de un órgano administrativo están regladas cuando la norma jurídica predetermina en forma concreta una conducta determinada que el particular debe seguir, o sea cuando el orden jurídico establece de antemano qué es específicamente lo que el órgano debe hacer en un caso concreto. Las facultades del órgano serán en cambio discrecionales cuando el orden jurídico le otorgue cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción, para hacer una u otra cosa, o hacerla de una u otra manera.”<sup>10</sup>

Ahora bien, la discrecionalidad administrativa debe ser entendida sobre la base que la Ley no puede regular todo, o por lo menos con los detalles que se deberían exigir para la solución del problema; en ese aspecto, las autoridades que lo enfrentan no pueden determinar con exactitud bajo qué norma jurídica pueden fundamentar su decisión, por lo tanto, dicha solución deberá ser adoptada dentro de varios posibles que le permite a la autoridad administrativa dar a satisfacción una decisión, siempre que la misma sea formulada dentro de ciertos límites jurídicos generales. Lo anterior, sugiere que la discrecionalidad administrativa puede conceptualizarse como la libertad de elección que faculta a la Administración Pública, para decidir sobre aquello que estime conveniente para el interés público, y que serán válidas, conforme a las circunstancias de cada caso específico.

Expuesto lo anterior, no cabe la menor duda que son distintos los conceptos planteados respecto al tema de discrecionalidad; no obstante, para lograr una mayor aproximación del tema objeto de este análisis, se hace necesario en este momento recoger la clasificación señalada por **Zegarra Valdivia**, respecto a las formas funcionales de la discrecionalidad, y en donde hace una aproximación funcional, en que recoge las bases de la Teoría General del Derecho, con los planteamientos doctrinales que a continuación exponemos:

<sup>9</sup> DE ESTEBAN, Jorge y GONZALEZ-TREVIJANO, Pedro J. Curso de derecho constitucional español, UCM, Madrid, 1992, p. 93 y SS, citado por IVANEGA, Miriam. Consideraciones Acerca de la Potestades Administrativas en General y la Potestad Sancionadora.

<sup>10</sup> GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 1, Parte General, Edición 10, Editorial, Investigaciones Jurídicas S.A. P. X-10.11.



**a) La discrecionalidad administrativa como margen para la determinación de la decisión más adecuada al interés público.**

Dentro de esta primera forma de discrecionalidad es necesario tener presente que en un gran número de supuestos, la ley no puede realizar una clara especificación de lo que corresponde al interés público, debido a que esa determinación debe hacerse atendiendo, en gran medida, a las circunstancias del caso, así como a los acontecimientos de la sociedad en un momento dado. De ahí que, esta determinación se remita a la apreciación de la Administración.

**b) La discrecionalidad administrativa como margen para la determinación de criterios de actuación**

Esta segunda forma de discrecionalidad apunta principalmente al hecho que algunas normas atribuyen a la Administración potestad para llevar a cabo una determinada decisión, sin concretar las reglas que han de dirigir la adopción de esta determinación y remitiendo a la propia autoridad su fijación. En estos casos, la norma atribuye a la Administración una potestad discrecional consistente en un margen para la determinación de los criterios que van a regir su decisión.

**c) La discrecionalidad Administrativa como margen para la ejecución de programas**

Dentro de esta forma de discrecionalidad administrativa se deja a la Administración la elección o la opción en cuanto a los instrumentos y normalmente también en cuanto al momento en que ha de ponerse en marcha el programa, es decir, la decisión en cuanto al cuándo, aspecto que una norma de tipo técnico no suele fijar.

**d) La discrecionalidad Administrativa Normativa**

La manifestación de esta forma de

discrecionalidad administrativa puede resumirse en el hecho de que ésta actúa como margen para la creación de una regla o norma inferior dentro del marco de habilitación que establece una norma superior.

Según PAREJO, es necesario tener presente que este tipo está sometido a un régimen jurídico peculiar, en el que conviene distinguir los casos en que el reglamento se dicta en ejecución o desarrollo de una ley (y en tal caso si versa o no sobre materia reservada a la ley) o como reglamento independiente por iniciativa del titular de la potestad reglamentaria, ya que en el primer caso la libertad estará más delimitada o condicionada; sea más o menos amplio el margen de discrecionalidad en poder del mismo, el ejercicio de su potestad está siempre sometido al límite sustantivo de los principios generales del derecho.

**e) La discrecionalidad Administrativa como margen para la determinación o creación de fines**

De acuerdo con esta forma de discrecionalidad administrativa, la Administración tiene concedidas, potestades para la satisfacción de intereses generales y no puede utilizarlas con otra finalidad, de ahí que cuando la ley atribuya a la Administración una potestad lo haga para que mediante el ejercicio de dicha potestad satisfaga un determinado fin, que será una concreción de ese interés general, al que con carácter general sirve la Administración.<sup>11</sup>

Ahora bien, el objetivo de la Administración Pública, es sin lugar a dudas satisfacer la necesidad de los intereses colectivos, por lo que en atención a ellos, expresa su voluntad por medio de los actos administrativos, mismos que expresan la función administrativa que cumple el Estado por medio de los actos materiales, operaciones administrativas, hechos administrativos, vías de hecho, omisiones administrativas y los contratos administrativos.

En ese sentido, los actos administrativos son el mecanismo por medio del cual el Estado expresa su voluntad, respecto a la función administrativa

<sup>11</sup> ZEGARRA VALDIVIA, Diego. *Control judicial de la discrecionalidad administrativa: Viejo problema y nuevo excursus*. Revista de Derecho Administrativo. P. 39-40.

que cumple; no obstante, tales decisiones deben estar sometidas al control jurisdiccional, a fin de determinar y comprobar que la actuación administrativa impugnada se ajusta a la Ley y al Derecho, o lo que es lo mismo, que no infringe el ordenamiento jurídico.

Este sometimiento de la Administración al control jurisdiccional, es un correlato necesario de su vinculación a la Ley y al Derecho, por lo tanto, el control judicial, es un control de derecho y un control jurídico; por el contrario, si el ordenamiento no regula a todos los aspectos de una determinada actuación administrativa, confiriendo por tanto a la Administración un margen de apreciación o de decisión, el control jurisdiccional no se extiende a la oportunidad o acierto de la misma, más allá de su estricta conformidad con la Ley y el Derecho.

En ese orden de ideas, la discrecionalidad administrativa es uno de los instrumentos para disminuir la vinculación de la Administración a la Ley, pero con el fin de garantizar la eficacia de su actuación al servicio de los intereses generales, mismo que busca dotar a la Administración de flexibilidad y capacidad de adaptación al momento de adoptar una decisión; sin embargo, existen límites jurídicos que acotan el margen de decisión del que goza la Administración en el ejercicio de estas potestades y el alcance correlativo de su control jurisdiccional.

Bajo este punto resulta pertinente referirnos al concepto y a las clases de potestades discrecionales, que *Bacigalupo Saggese* establece y que a continuación indicamos:

Como ya ha sido señalado, las potestades que confieren a la Administración un margen de decisión discrecional se atribuyen a ésta mediante los siguientes tipos de norma:

a) **Normas de programación condicional** que, comprobada la concurrencia del supuesto de

hecho, no obligan sin embargo a la Administración a adoptar la consecuencia jurídica prevista en la norma (la adopción es facultativa), o le permiten a ésta elegir entre varias consecuencias jurídicas posibles.

b) **Normas de programación final**, es decir, normas que, en lugar de anudar consecuencias jurídicas a la concurrencia de un determinado supuesto de hecho descrito en la propia norma (normas de programación condicional), vinculan la actuación administrativa fijándole tan sólo fines u objetivos, pero sin predeterminar los medios para alcanzarlos. Estos tipos de norma dan lugar, a su vez, a tres tipos o clases de discrecionalidad:

a) **Discrecionalidad de actuación:** la adopción por la Administración de la consecuencia jurídica prevista por la norma es facultativa (esto es, no obligatoria). Es decir, comprobada la concurrencia del supuesto de hecho normativo, la Administración goza de discrecionalidad para decidir si actúa o no actúa.

b) **Discrecionalidad de elección:** comprobada la concurrencia del supuesto de hecho, la norma obliga a la Administración a adoptar una consecuencia jurídica, pero le permite elegir entre varias consecuencias jurídicas posibles.

c) **Discrecionalidad medial (o de elección de medios)** especialmente amplia le confieren a la Administración las normas que se limitan a programar su actuación mediante la mera fijación de fines u objetivos. En estos casos, y a diferencia de lo que sucede en el supuesto anterior, la actuación administrativa no exige la previa comprobación de la concurrencia de un determinado supuesto de hecho normativo, y la elección de los medios no se halla constreñida, además, por un elenco de medidas legalmente acotado.<sup>12</sup>

<sup>12</sup> BACIGALUPO SAGGESE, Mariano, *Las Potestades Administrativas y la vinculación de su ejercicio al ordenamiento jurídico. Potestades Regladas y Discrecionales*. El Control de la Actividad Estatal. Asociación de Docentes. UBA, Facultad de Derechos y Ciencias Sociales. P. 82-97.

Con base en los razonamientos descritos en la clasificación citada en los párrafos anteriores, respecto a las formas funcionales de la valorativa a la Administración, para su ejercicio o actuación, dicho de otra forma “la discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas o si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económico, etc), no incluidos en la Ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración”.<sup>13</sup>

Por lo tanto, ese ejercicio potestativo discrecional que se encuentra establecido en la Constitución y en la Ley, tiene límites infranqueables como por ejemplo, el cumplimiento de las formalidades necesarias para la conformación del acto administrativo a través de un proceso que atienda las garantías mínimas del acto, como lo establece el artículo 201 numeral 1 de la Ley 38 del 2000, “Que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, regula el Procedimiento Administrativo General y dicta otras disposiciones”, así como el numeral 31 de esa misma Ley y referente al principio del debido proceso, concordantes con el artículo 32 de la Constitución Política.

En ese sentido, se debe tener en cuenta, que la discrecionalidad o potestad discrecional, no implica arbitrariedad, tampoco autoriza a la Administración Pública a actuar por motivos extraños al servicio, lo cual configuraría una desviación de poder, por lo que el control de las normas que atribuyen potestades discrecionales deberán llevarse a cabo contrastándolas de legalidad, cuyo efecto redundará en la seguridad jurídica, de ahí que deben motivarse los actos que se dicten en ejercicio de potestades discrecionales.

De lo anterior se desprende, que dicha discrecionalidad puede ser sometida a un control judicial, para lograr así, el imperio de la legalidad en la actuación administrativa, y en la que los ciudadanos (administrados) cuentan con recursos, gubernativos o administrativos, tales como la reconsideración, apelación y de hecho, y en la vía jurisdiccional contencioso administrativa, como por ejemplo

los procesos de nulidad y de plena jurisdicción, en ese sentido, vale la pena recalcar, que dicho control judicial deberá ser evacuado en el Tribunal que tenga la facultad para determinar la legalidad o ilegalidad del acto administrativo, en Panamá, la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo y Laboral, sin menoscabo del control judicial que puede ejercer el Pleno de la Corte Suprema de Justicia.

Como ya lo hemos señalado, en la República de Panamá, el control de legalidad del acto administrativo radica en la Sala Tercera de la Corte Suprema, bajo la jurisdicción contencioso administrativa, en virtud de lo consagrado en el artículo 206, numeral 2 de la Constitución Política, mismo que señala que:

**Artículo 206.** La Corte Suprema de Justicia tendrá, entre sus atribuciones constitucionales y legales, las siguientes:

1. ...
2. La jurisdicción contencioso-administrativa respecto de los actos, omisiones, prestación defectuosa o deficiente de los servicios públicos, resoluciones, órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten, expidan o en que incurran en ejercicio de sus funciones o pretexto de ejercerlas, los funcionarios públicos y autoridades nacionales, provinciales, municipales y de las entidades públicas autónomas o semiautónomas. A tal fin, la Corte Suprema de Justicia con audiencia del Procurador de la Administración, podrá anular los actos acusados de ilegalidad; restablecer el derecho particular violado; estatuir nuevas disposiciones en reemplazo de las impugnadas y pronunciarse prejudicialmente acerca del sentido y alcance de un acto administrativo o de su valor legal. Podrán acogerse a la jurisdicción contencioso administrativa las personas afectadas por el acto, resolución, orden o disposición de que se trate; y, en ejercicio de la acción pública, cualquier persona natural o jurídica domiciliada en el país.

Cabe señalar que en Panamá, no existen Juzgados ni Tribunales Administrativos, como es

<sup>13</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo Y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, Volumen I. 5ª. Edición 1989, Editorial Civitas, Madrid, pág. 456.

común en otros Estados, por lo que los ciudadanos que sientan afectación por un acto administrativo, podrán impugnarlos por medio de los recursos gubernativos o administrativos ante la institución emisora del acto. En ese contexto, luego de agotada la vía gubernativa, la parte afectada tiene que recurrir a la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para solicitar la ilegalidad o nulidad del acto administrativo, ya sea que viole derechos subjetivos, en lo que se acciona vía demanda de plena jurisdicción, o el del acto administrativo que viole los derechos de la colectividad, mismo que se acciona vía demanda de nulidad.

Hay que advertir, que en nuestro país, si bien no existen Juzgados Administrativos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa con funciones procesales en cada circuito o distrito judicial, como en otras latitudes, sin embargo, se han creado tribunales especializados y con competencias definidas por la propia Ley que los crea, como por ejemplo, El Tribunal de Contrataciones Públicas, El Tribunal de la Función Pública, El Tribunal de Cuentas, y el Tribunal Administrativo Tributario y cuya función es la de verificar en segunda instancia, las acciones y/o decisiones emitidas por las instituciones propias en la materia para la que fueron creadas, agotando así la Vía Gubernativa.

Ahora bien, retomando el tema de la discrecionalidad, se hace imprescindible que en virtud del acto administrativo, que la autoridad cumpla y sin excepción con los elementos mínimos del debido proceso en cualquier actuación administrativa que desarrolla, y que con base a la potestad discrecional, deberá ceñirse dentro de los términos que establece la Ley para el ejercicio de esa potestad.

En ese orden de ideas, y respecto los términos que establece la Ley en cuanto a la potestad discrecional, en Panamá, en el texto de la Ley 135 de 1943, Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no se hace mención a los actos discrecionales; no obstante, dicha omisión, no es óbice a que los mismos no sean impugnados ante esa jurisdicción; e independientemente que el Código Judicial en su artículo 97, enumere los casos sobre los

cuales, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, ejerce su competencia, en virtud del sistema de Cláusula General, que impera en el sistema panameño.

Así las cosas, los administrados podrán solicitar la revisión de cualquier acto administrativo, aunque no se encuentre entre los enumerados por el artículo citado, y siempre que no esté excluido de manera expresa por la Ley. Aunado a lo anterior, se debe contemplar lo señalado por el artículo 162 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, “Que regula el procedimiento administrativo en Panamá”, respecto a la desviación de poder como vicio del acto administrativo, y que es precisamente un vicio característico de los actos discrecionales.

Visto lo anterior, si la autoridad administrativa dispone ejercer tal poder discrecional, esta deberá conducirse dentro de los límites que tiene para el ejercicio de esa potestad, mismo que no supone hacer un extensivo ejercicio de esa potestad, en cuanto al cumplimiento riguroso del procedimiento administrativo, sino más bien, hacer cumplir las mínimas garantías que toda actuación pública precisa.

Tal como se ha indicado, los límites al ejercicio del poder discrecional se encuentran establecidos en la misma ley y la Constitución, y uno de ellos es, precisamente, el cumplimiento de un proceso justo que asegure las garantías del debido proceso, elemento este que ha sido señalado vía jurisprudencia, por la Sala Tercera, como por ejemplo en Fallo de 28 de enero de 2014, mismo que advierte “Es importante acotar, que el derecho a recurrir contra las relaciones que afectan un derecho subjetivo constituye, precisamente, un elemento integrador de la garantía fundamental del debido proceso, que en nuestro medio tiene rango de derecho fundamental. La jurisprudencia de la Sala Tercera ha sostenido reiteradamente, que esta garantía instrumental incluye la oportunidad de conocer los cargos deducidos en su contra y poder hacer los descargos correspondientes: aportar pruebas y participar en su práctica: derecho de alegar; así como a una decisión acto administrativo debidamente motivado; y a impugnar a través de los recursos legales previstos”.<sup>14</sup>

<sup>14</sup> Fallo de 28 de enero de 2014, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral de la Corte Suprema de Justicia de Panamá.

Como corolario de lo anterior, es necesario indicar que el debido proceso constituye una garantía esencial para el desarrollo de cualquier actuación administrativa, así como presupone límites a la Administración en el ejercicio de los poderes que la ley le atribuye, mismo que fue puntualizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al señalar que “En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso”<sup>15</sup>

Sobre ese particular, el artículo 34 de la Ley 38 de 2000, Que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, regula el Procedimiento Administrativo General y dicta otras disposiciones” claramente establece que todas las actuaciones administrativas de todas las entidades públicas deben efectuarse con arreglo al debido proceso, lo cual exige para los efectos del acto discrecional, entre otras cosas, la motivación del acto administrativo que resulta del cumplimiento del debido trámite, con fundamento en el artículo 201 numeral 1 párrafo 2, de la citada normativa legal.

Para los efectos de lograr una mejor aproximación a lo indicado, el artículo 201, numeral 1, párrafo 2, de la citada excerta legal, señala lo siguiente:

**Artículo 201.** Los siguientes términos utilizados en esta Ley y sus reglamentos, deben ser entendidos conforme a este glosario:

### **1. Acto administrativo**

Todo acto administrativo deberá formarse respetando sus elementos esenciales: competencia, salvo que ésta sea delegable o

proceda la sustitución; objeto, el cual debe ser lícito y físicamente posible; finalidad, que debe estar acorde con el ordenamiento jurídico y no encubrir otros propósitos públicos y privados distintos, de la relación jurídica de que se trate; causa, relacionada con los hechos, antecedentes y el derecho aplicable; motivación, comprensiva del conjunto de factores de hecho y de derecho que fundamentan la decisión; procedimiento, que consiste en el cumplimiento de los trámites previstos por el ordenamiento jurídico y los que surjan implícitos para su emisión; y forma, debe plasmarse por escrito, salvo las excepciones de la ley, indicándose expresamente el lugar de expedición, fecha y autoridad que lo emite.

En se orden de ideas, y con respecto a la motivación del acto administrativo como cumplimiento del debido proceso, tal como lo indicamos, es una garantía prevista en la citada Ley 38 de de 31 de julio del 2000, mismo que encuentra su fundamento en el derecho al debido proceso consagrado en el artículo 32 de la Constitución Política, y en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y así lo ha dejado ver la doctrina especializada, al sostener que “Desde esta perspectiva, la motivación de los actos administrativos constituye un plus respecto a la justificación. Un acto administrativo, aun sin ser arbitrario -porque ha sido dictado con una justificación verdadera y suficiente, puede ser contrario a derecho, por cuanto no ha sido motivado. Y de ello no puede extraerse, sin más, la consecuencia de que la falta de motivación constituya un vicio formal -ergo sancionable por la vía de la anulabilidad-, porque fácilmente puede detectarse en la falta de motivación una vulneración del derecho fundamental del artículo 24.1 de la Constitución y causante de un vicio de nulidad al amparo del art. 62.1.a) de la Ley 30/1992. La declaración de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por falta de motivación es realizada de forma muy restrictiva por los Tribunales. Normalmente, exigen que se haya ocasionado indefensión y declaran, como regla general, que ésta no existe en tanto que el interesado dispone de la posibilidad de acudir a los Tribunales a defender sus derechos”<sup>16</sup>

<sup>15</sup> Corte IDH, Caso Baena y otros vs. Panamá, Sentencia de 2 de febrero de 2001. Fondo, Reparaciones y Costos, párr. 126.

<sup>16</sup> (Vid. GARCÍA PÉREZ, Marta, “La Motivación de los Actos Administrativos”, en RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, et al (eds.), Visión Actual del Acto Administrativo (Actas del XI Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, República Dominicana, 2012, p. 504).

A continuación haremos mención de algunos precedentes jurídicos de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Laboral de la Corte Suprema de Justicia, relacionados con el control de la discrecionalidad de los actos administrativos, a saber:

- Límite de la Discrecionalidad. Facultad discrecional de la Autoridad Nominadora para destituir a un funcionario público. En Sentencia de 30 de abril de 2015, se estableció que es imprescindible que la Autoridad Nominadora cumpla sin excepción con los elementos mínimos del debido proceso. Si bien la autoridad dispone ejercitar tal discrecionalidad, esta debe conducirse dentro de los límites que establece la Ley para el ejercicio de tal potestad; es decir, que debe operar bajo el cumplimiento de garantías mínimas que toda actuación pública precisa. Desde esa perspectiva, es evidente que los límites al ejercicio discrecional se encuentran establecidos en la misma Ley y la Constitución, y uno de ellos es el cumplimiento de las formalidades necesarias para la conformación del acto administrativo a través de un proceso que atienda las garantías mínimas del acto, como lo establece el artículo 201 numeral 1 de la Ley 38 de 2000.

En ese orden de ideas, y con base a la Sentencia indicada, la destitución acusada fue concebida con fundamento en la facultad discrecional de la Autoridad Nominadora, no obstante, la misma adolecía de un elemento indispensable en la conformación del acto administrativo, como lo es la motivación o explicación razonada de los hechos y fundamentos jurídicos que sustentan la decisión. Sentencia de 30 de abril de 2015. Caso: Roberto Alfonso Cerrud-Procuraduría General de la Nación. Registro Judicial, abril de 2015, p. 1387-1388.

- Potestad Discrecional. No implica arbitrariedad ni desviación de poder. En Sentencia de 25 de mayo de 2017, se estableció que el acto de destitución debe cumplir con una mínima motivación, lo que hace imperativo que la institución cumpla sin excepción con el debido proceso, permitiendo que el interesado pueda ejercer con plenitud sus

derechos y garantías de procedimiento; es decir, que aun cuando la remoción del funcionario está sustentada en el ejercicio de la facultad discrecional, la misma debe exponer los motivos de tal decisión y el fundamento legal de la misma. Esto es así, porque la Entidad que emitió el acto administrativo desatendió la garantía de la motivación del acto administrativo, infringiendo así el debido proceso, al omitir la explicación jurídica acerca de la facultad que dispone la autoridad para ejercer la potestad discrecional en caso de oportunidad y de conveniencia, y a su vez obvió señalar los motivos fácticos-jurídicos que apoyan su decisión. Sentencia de 25 de mayo de 2017. Proceso: Plena Jurisdicción. Caso: Alfredo Batista-Ministerio de Salud. Decreto 1267 de 24 de diciembre de 2015.

- Facultad Discrecional. Libertad de apreciación. En Sentencia de 18 de octubre de 1971, y sobre la discrecionalidad como condición misma de la desviación del poder, consideró la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo en ese momento que la proliferación de las funciones estatales, y el aumento de la actividad administrativa que ello significa, ha hecho necesario dotar a la Administración de facultades discrecionales en una gran cantidad de materias. La libertad de apreciación que implica la discrecionalidad en virtud de una acertada evaluación de las oportunidades y conveniencias circunstanciales. Sentencia de 18 de octubre de 1971. Caso: Empresa Hidroeléctrica de La Chorrera, S.A. c/ Comisión Nacional de Energía Eléctrica, Gas y Teléfonos.

- Actividad Discrecional. Parámetros de la revisión judicial de dicha actividad. En Sentencia de 17 de agosto de 1992, La Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo estableció que existe una clara línea divisoria entre la discrecionalidad y la arbitrariedad. La discrecionalidad debe venir respaldada y justificada como señala Tomás Ramón Fernández, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Madrid, por los datos objetivos sobre los cuales opera “para no quedar en simple arbitrariedad” y, por ello, cuando conste de manera cierta la incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad

a que se aplica, la jurisdicción contenciosa ha de sustituir la solución por la que resulte más adecuada a esa realidad o hechos determinantes. Por ello la revisión jurisdiccional de la actividad discrecional debe extenderse, en primer lugar, a la verificación de la realidad de los hechos y, en segundo término, a la valoración de si la decisión discrecional guarda coherencia lógica con aquellos. Arbitrariedad y discrecionalidad, Editorial Civitas, Madrid, 1991, págs, 115 y 116. Sentencia de 17 de agosto de 1992. Caso: Procuraduría de la Administración vs Lotería Nacional de Beneficencia. Registro Judicial, agosto de 1992, p. 75.

- Facultad Discrecional en Materia de Contratación Pública: En Sentencia de 6 de abril de 2000, la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, efectuó un análisis jurídico a la Ley 56 de 1995 “Por la cual se regula la contratación y se dictan otras disposiciones”, específicamente su artículo 46, mismo que le confería a la autoridad responsable facultades discrecionales y que consistía en que el Estado se reserva el derecho de rechazar una o todas las propuestas, o de aceptar la que más convenga a sus intereses; sin embargo, la Sala Tercera enfatizó que dicha facultad o derecho reservado debe ejercerse sólo y únicamente cuando esta decisión garantice al Estado, sin lugar a dudas, un mejor y mayor beneficio, por lo que el Banco Nacional de Panamá, entidad demandada, al aplicar la precitada norma, motivó en forma correcta su decisión y que la misma respondió a los mejores intereses del Estado.

- Facultad Discrecional en Materia de Desviación de Poder: los casos más emblemáticos panameños sobre esta materia son los del 28 de febrero de 1966, por medio del cual la Sala Tercera declaró ilegal el acto expedido por la Universidad de Panamá, por medio de la cual se destituía a la Dra GEORGINA JIMÉNEZ DE LÓPEZ, como Decana de la Facultad de Administración Pública, considerando entre otras cosas que “las autoridades de nuestra más alta Casa de Estudios Superiores había actuado incurriendo en

desviación de poder. Por su parte, en la sentencia de 10 de junio de 1970, la mencionada Sala señaló que era nulo por ilegal el contrato No. 55 de 30 de septiembre de 1968, celebrado entre el gobierno nacional por conducto del CARLOS RAÚL MORENO, aduciendo que dicho Ministerio actuó con desviación de poder al comprobarse que gran parte de los lotes concedidos mediante dicho contrato eran en tierra firme y los mismo se habían concedido como si fuesen playas. En otro caso y en cuanto a la Desviación de Poder en materia de Pago por Servicios de Publicidad de la Campaña Institucional de Descentralización del Sistema Educativo, la Sala Tercera en Fallo de 11 de noviembre de 1998, analizó en forma diáfana la figura de la desviación de poder tomando como referencia los criterios jurídicos de los más renombrados especialistas del derecho administrativo, concluyéndose que los actos dictados por el Ministro de Educación, al ordenar la confección y difusión de la publicidad gubernamental, no incurrieron en desviación de poder.<sup>17</sup>

Sin lugar a dudas, el análisis de la potestad, facultad o poder discrecional han sido temas ampliamente discutidos por la academia del Derecho Administrativo. En ese sentido, la doctrina se ha planteado una asimilación entre discrecionalidad y oportunidad a fin de diferenciar entre el control de la discrecionalidad versus el control de legalidad de los elementos reglados, sin embargo, las diferencias no son tan finalistas como se quisiera.

Bajo ese contexto, la Ley puede otorgarle a la Administración a libertad como sea posible para cumplir con las finalidades del bien común que persigue, no obstante, dicha discrecionalidad siempre estará condicionada por el Derecho al que las Constituciones someten plenamente la actuación administrativa, en otras palabras el ejercicio de esa potestad o poder discrecional siempre estará condicionado a su compatibilidad con las garantías, derechos y principios legales y constitucionales, de allí que ningún acto jurídico debe estar exento del control jurisdiccional.

<sup>17</sup> BENAVIDES PINILLA, Víctor Leonel. Consideraciones en torno a la discrecionalidad de la Administración Pública en Panamá. Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, 2015, P.17.

## *Modernizando la Jurisdicción Contencioso Administrativa*

*Por: Carlos Alberto Vásquez Reyes*

### **Sinopsis del autor:**

Es Presidente de la Academia Panameña de Derecho Administrativo, Licenciado en Derecho por la Universidad de Panamá. Es miembro del Colegio Nacional de Abogados, ocupando la Presidencia en dos oportunidades. También formó parte de la Comisión de Estilo del Texto Único de la Constitución Política de la República, integró la Subcomisión de Alto Nivel de Seguridad Jurídica derivados del Pacto de Bambito III, participó de la elaboración y divulgación de la Ley N° 38 de 31 de julio de 2000. Formó parte de la Comisión de Estado por la Justicia y de la Comisión para la elaboración del Anteproyecto de Código Procesal Contencioso Administrativo. Docente en diferentes materias de Derecho en la Universidad Santa María La Antigua. Actualmente es miembro activo y Presidente de la Comisión de Derecho Administrativo del Colegio Nacional de Abogados, miembro del Foro de Juristas Pro Integración Iberoamericana, de la UIBA, del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, de la Academia Panameña de Derecho Constitucional, la Sociedad Bolivariana de Panamá, de la Asociación Panamá-Corea, y más recientemente, distinguido como Presidente de la Asociación Panameña de Amistad con China.

---

El año próximo pasado, el Órgano Ejecutivo Nacional, en buena hora, convocó a un connotado número de juristas encomendándole las responsabilidades de elaborar los Anteproyectos de Códigos Procesal Constitucional y Procesal Contencioso-Administrativo.

El Decreto Ejecutivo N° 378 de 24 agosto de 2016, promulgado en la Gaceta Oficial N° 28103-B de 25 de agosto de 2016, determinó entre algunos de los objetivos que debían cumplir cada una de estas Comisiones, y en lo particular, en lo que concierne

a la Procesal Contencioso Administrativo, las siguientes:

1. Promover el acceso a la jurisdicción;
2. La simplificación de los recursos;
3. La agilización de los de los procesos contencioso administrativos;
4. La introducción de la oralidad;
5. La promoción de la transparencia y la publicidad;
6. La dotación de medidas provisionales y procedimientos de ejecución eficaces;
7. Una mejor articulación con los procesos constitucionales;
8. La garantía de los derechos individuales y colectivos, así como la normalización del impacto de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos en los procesos contenciosos administrativos.

Si bien podría interpretarse que el marco jurídico sería de *numerus clausus*, la Comisión tuvo amplia libertad de analizar muchos aspectos no listados, que sin duda, contribuirían a enriquecer el texto a presentar.

Respetando a otros profesionales del Derecho, a quienes consideramos firmes impulsores y colaboradores, y que por sus ejecutorias debían sentirse parte de la tarea encomendada, pues habían dedicado con afán y devoción su labor académica y profesional al estudio y análisis para reformar la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, los Comisionados emprendieron el gran compromiso cívico de elaborar un nuevo instrumento que se convirtiese en el Anteproyecto de Código Procesal Contencioso-Administrativo.

Y que mejor momento como el determinado, para acometer este trabajo, cuando el país y los juristas se regocijaban aún de la celebración



del Primer Centenario de la Codificación Nacional, revitalizando igualmente los compromisos dimanantes del Pacto de Estado por la Justicia, y por supuesto, concretaban una larga aspiración ciudadana.

Como no escapará al ilustrado criterio del lector, las disposiciones que regulan la materia datan originalmente del año de 1943, lo cual nos lleva a pensar que a los 75 años de su expedición y vigencia y, aunque pueda resultar contradictorio, con sus más luces que sombras, han permitido solventar las causas contra actuaciones de la Administración Pública.

No obstante, el Derecho se caracteriza por su permanente evolución, de allí que el incremento de demandas y acciones por el exceso de conflictos que se surten en la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, hacían y hacen evidente la necesidad de contar con una moderna normativa, que sirva a la sociedad y a sus autoridades, para dar una respuesta rápida, eficaz y acorde a las expectativas ciudadanas, simplificando trámites, aprovechando al máximo las facilidades tecnológicas disponibles en el país y en nuestro ordenamiento positivo.

Instaurar etapas y trámites expeditos para su examen y decisión, quizás innovar instancias para desahogar las controversias jurídicas, como las que han sido llevadas exitosamente a otras jurisdicciones, considerar la oralidad y medios alternativos de resolución de conflictos, que se identifican plenamente a planteamientos de distinguidos intérpretes en esta materia como González Pérez, García de Enterría, José Dolores Moscote, César Augusto Quintero y Feliciano Olmedo Sanjur G., entre otros, garantizarían la efectividad y eficacia procesal.

Cada día más, y en todo momento, principios y normas que afiancen derechos y deberes de los administrados como de los administradores del Estado fortalecen a la Administración Pública.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 8 del Decreto Ejecutivo N° 378 de 24 de agosto de 2016,

“las comisiones tendrán un período de seis meses desde la entrada en vigencia del presente Decreto Ejecutivo, para entregar los textos respectivos....”

Posteriormente, “por resultar conveniente al cronograma de las comisiones creadas...” fue dictado el Decreto Ejecutivo N° 82 de 21 de febrero de 2017 promulgado en la Gaceta Oficial N° 28226-B de 24 de febrero de 2017, en su artículo 8 dispuso que “las comisiones tendrán un período de doce meses desde la entrada en vigencia del presente Decreto Ejecutivo, para entregar los textos respectivos....”

La Comisión cumplió con esta patriótica misión y entregó en el tiempo determinado y oportunamente a los miembros de la Comisión del Pacto de Estado por la Justicia el Anteproyecto de Código.

El documento elaborado por los Comisionados Cynthia Camargo, Manuel Bernal, José Carrasco, Elizabeth Cedeño, Jaime Franco, Carlos Gasnell, David Montenegro, Marianela Montenegro, Selva Quintero, Guillermo Márquez, Janina Small, Luis Gabriel Solís, Feliciano Olmedo Sanjur, Ceila Peñalba quien fungió como Presidenta, y este servidor, con la invaluable colaboración de profesionales del Derecho de la Presidencia de la República, de la Asamblea Nacional y de la Procuraduría de la Administración, contiene once títulos que abarcan, disposiciones Generales, Jurisdicción y Competencia; El Procedimiento Contencioso Administrativo; Inicio del Proceso; Pruebas y Alegatos; De los Procesos; De las Resoluciones Judiciales; Formas de Terminación del Proceso; Unificación de Doctrina Jurisprudencial; Desglose; Impedimentos y Recusaciones y las Disposiciones Transitorias y Finales.

En el ánimo de despertar el interés en el lector, conocimiento, análisis y difusión, este instrumento puede ser consultado en [www. http://www.procuraduria-admon.gob.pa](http://www.procuraduria-admon.gob.pa) y [www.panamacna.com](http://www.panamacna.com).

El justo desarrollo legal que sería consecuente con nuestro vigente régimen

constitucional, que también se aboca a su actualización, no dudamos que conducirá a que las formalidades y contenidos de los actos administrativos estén provistos de la mayor juridicidad, que el silencio administrativo sea mejor regulado y no se constituya en una sanción, y que las acciones contenciosas administrativas, cualesquiera de estas, de plena jurisdicción, nulidad, validez o legalidad, reparación directa u otras asentadas también en el Derecho Comparado y reconocidas en la doctrina, contribuyan a mayor certeza y seguridad jurídica, como a mejores soluciones de los litigios.

Así, cuando el ciudadano en ejercicio de sus derechos deba hacer frente por ejemplo, a la posible inactividad o la actividad de la Administración por hechos que inciden en reconocimientos de prestaciones económicas, o por imposición de sanciones administrativas, o quizás, por peticiones y solicitudes ante autoridades municipales y nacionales, entre tantas circunstancias y competencias que tiene la jurisdicción contencioso-administrativa, debe encontrar que con independencia, prontitud y equilibrio procesal encontrarán una regulación dinamizada para resolver estas controversias.

El Anteproyecto de Código Procesal Contencioso Administrativo ha pasado el tamiz de la Comisión del Pacto de Estado por la Justicia, y ante el Órgano Ejecutivo, que por medio del

Consejo de Gabinete concedió cortesía de sala para que los Comisionados hiciésemos la presentación correspondiente.

No obstante, una vez pueda ser examinado por la Comisión respectiva y el Pleno de la Asamblea Nacional en sus deliberaciones, que estamos confiados lo tendrá como un objetivo inaplazable, consultará muchos más aspectos de los que fueron consignados en el Anteproyecto, y que quizás, como respetuosamente propusimos, puedan considerarse la creación integral de la Jurisdicción Contencioso Administrativa con Jueces Intermedios, complementada con la revisión de la Ley N° 38 de 31 de julio de 2000, que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración y regula el Procedimiento Administrativo General; el desarrollo del Patrocinio Procesal Gratuito para quienes no cuentan con recursos para acceder a la Justicia, entre otros.

En ello debemos comprometernos todos y cada uno como sociedad, los profesionales de la abogacía, estudiantes de derecho, y fundamentalmente, las autoridades públicas, que acompañando siempre sus actuaciones con criterios y decisiones jurisprudenciales imparciales con independencia, congruentes y consistentes preservarán así la paz y orden social, y más aún, fortaleciendo la institucionalidad y consolidando el Estado de Derecho.



## *Aplicación del control de convencionalidad en la esfera administrativa*

*Héctor Mella Carpanetti*

### **Sinopsis del autor:**

Es licenciado en Relaciones Internacionales y licenciado en Derechos y Ciencias Políticas, cuenta con maestrías en Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Estudios Electorales y culminando una en Derecho Administrativo. Es especialista en Docencia Superior y en gerencia política y gestión pública. Ha ejercido cargos públicos como asistente del Fiscal General Electoral, secretario judicial de la Fiscalía Segunda Electoral, jefe de la Sección de Hipotecas y subjefe de Propiedad Horizontal del Registro Público, asesor legal y director encargado en la Dirección General de Empresas Financieras del Ministerio de Comercio e Industrias, asistente ejecutivo del Centro de Estudios Democráticos del Tribunal Electoral. En la actualidad se desempeña como abogado en la Secretaría de Procesos Judiciales de la Procuraduría de la Administración.

### **I. Introducción**

El control de convencionalidad debe ser entendido, dentro del marco del Estado Social de Derechos, y en atención a este hecho, el Estado, pasa de ser un Estado Legal y Constitucional, a uno, Convencional, Constitucional y Legal.

Lo anterior, supone la consolidación de una justicia más efectiva, desde la perspectiva de la tutela de los derechos fundamentales, y en la que los Estados Parte, signatarios de la Convención Americana de Derechos Humanos, han aceptado la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, reconociendo así, sus facultades jurisdiccionales.

En ese orden de ideas, la doctrina legal emanada de ese cuerpo jurisdiccional, es de carácter obligatorio, en cuanto a la hermenéutica que la Corte Interamericana realiza respecto a las normas internas; mismo que, aun cuando es novedoso, por el hecho que establece la jerarquización constitucional de diferentes tratados de protección de los derechos

humanos, entre estos la citada Convención, no deberían generar inconvenientes operativos en los sistemas jurídicos de los países signatarios, ni suponer que la misma constituye un ataque a la soberanía de los Estados.

De lo expresado se infiere que, los Estados signatarios, no podrán desconocer la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, frente a lo cual, deberán aplicara a casos en concreto, la interpretación más favorable conforme al principio “*pro personae*”, evitando así, producir afectaciones no convencionales y contrario al bloque de los derechos humanos vigente.

Dentro de este contexto introductorio, dicho control, entraña la aplicación del orden supranacional, aceptado por los países Parte, y en la que, como parte de la doctrina legal emanada de ese cuerpo jurisdiccional, respecto a las definiciones de derechos y libertades, deben ser adoptadas y aplicadas por los Estados o de lo contrario se constituyen en contraventores de aquel orden.

El grado de incorporación de las normas internacionales e interamericanas de protección de derechos humanos, enmarca un desafío a la comunidad internacional Latinoamericana en cuanto a su contenido y alcance y, respecto al criterio de interpretación que los órganos nacionales les den a los mismos, sobre todo cuando en la praxis se analiza la relación entre el derechos internacional de los derechos humanos y el derecho interno, aspecto que no escapa de la aplicación del control de convencionalidad en la esfera administrativa.

Además, si bien, el contenido y alcance del control de convencionalidad se ha precisado en la Jurisprudencia del organismo internacional; no lo es que, su mayor desafío, lo constituye la forma en que ese control se hace operativo en los ordenamientos jurídicos internos.

## II. Concepto: Control de Convencionalidad

Más allá de un concepto teórico o doctrinal, el denominado control de convencionalidad, surgió como concepto de la Jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, misma que ha permitido a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales, con la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia emitida, hasta el momento, por la Corte Interamericana.

En este contexto, debemos destacar lo contenido en el “Cuadernillo número 7 de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Control de Convencionalidad”, mismo que hace referencia al concepto como tal y que señala lo siguiente:

“La figura es de reciente desarrollo en la dogmática de los derechos humanos y su aparición en el escenario jurídico está estrechamente relacionada con la obligación que impone la CADH a los Estados para cumplir con las obligaciones que surgen a su respecto en materia de los derechos humanos. La Corte Interamericana ha logrado percibir claramente que muchos de los casos que se someten a su conocimiento, llegan a la sede internacional, precisamente porque ha fallado la justicia interna. Por tanto estamos ante un concepto que es la concreción de la garantía hermenéutica de los derechos humanos consagrados internacionalmente, en el ámbito normativo interno”.

...

Este control es, por tanto, la concreción interpretativa y especialmente jurisdiccional de la obligación de garantía consagrada en el CADH (arts.1.1 y 2). Esta obligación de garantía, se traduce en la obligación que asume el Estado de organizar todo el aparato de poder público para permitir el pleno y efectivo goce y ejercicio de

los derechos y las libertades que se les reconocen en la CADH. Esto implica que los Estados deben adoptar medidas en el ámbito interno (artículo 2 de la CADH) que permitan la compatibilidad de las normas internas del Estado con sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, de manera de condiciones efectivas que permitan el goce y ejercicio de los derechos consagrados de la Convención. Estas medidas no se agotan en la adopción o expulsión de leyes, sino también en la interpretación de la normativa interna de manera conforme a la CADH.”<sup>1</sup>

Al respecto, el control de convencionalidad despliega sus efectos en dos ámbitos a saber: el internacional y en interno. En el ámbito internacional, es aquel que desarrolla la Corte Interamericana y que consiste en expulsar las normas contrarias a ese organismo internacional de tutela de derechos humanos, a partir de los casos en concreto, sometidos a su jurisdicción, siendo este ámbito, su función principal desde su entrada en funcionamiento, ya que es la encargada de interpretar la Convención y revisar los actos ejercidos por los Estados, que han reconocido la competencia de ese tribunal interamericano.

Por su parte, en el ámbito interno, el control de convencionalidad es aquel que deben realizar los jueces y/o órganos de la administración de justicia y demás autoridades públicas, a fin que analicen, contrasten y hagan un examen de compatibilidad entre los actos y normas nacionales con las de la Convención Americana de Derechos Humanos, sus protocolos adicionales, así como con la doctrina jurisprudencial emanada del tribunal interamericano, y demás instrumentos sobre derechos humanos del sistema interamericano.

Para lograr una mayor aproximación a los efectos del control de convencionalidad, respecto al ámbito interno, creo necesario destacar, nuevamente, lo señalado en el “Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 7: Control de Convencionalidad”, y que señala lo siguiente:

“En el ámbito interno, el control de

<sup>1</sup>Dr. Claudio Nash R. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 7: Control de Convencionalidad”, Pág. 3 y 4.

convencionalidad es el que deben realizar los agentes del Estado y, principalmente, pero no exclusivamente, los operadores de justicia (jueces, fiscales y defensores) para lograr la compatibilidad de la normas internas con la CADH. En dicho análisis de compatibilidad los funcionarios públicos deben actuar en el ámbito de sus competencias y atribuciones, En este sentido, el objetivo del control es verificar la conformidad de las normas internas y su interpretación y aplicación, con la CADH y otros instrumentos de derechos que vinculen al Estado y que exista una correcta aplicación de dichos estándares. Este ejercicio de control puede tener una serie de consecuencias, tales como, la expulsión del sistema interno de normas contrarias a la Convención (sea vía legislativa o jurisdiccional que corresponda); la interpretación de la normas internas de manera que sean armónicas con las obligaciones del Estado; el ajuste de las actuaciones de los órganos ejecutivos y legislativos a las obligaciones internacionales; la modificación de prácticas de los órganos del Estado que puedan ser contrarias a los estándares internacionales a los que se ha comprometido el Estado; entre otras formas de concreción de las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos.

En definitiva, todo el aparato de poder público está obligado siempre a aplicar las normas de origen interno de forma tal que sean compatibles con las obligaciones internacionales del Estado y le den efectividad a los derechos consagrados interna e internacionalmente.”<sup>2</sup>

De lo expresado, cabe agregar que en Panamá, son dos los mecanismos de tutela a los que se puede recurrir, a fin de poder establecer, si se produce o no, el desconocimiento de los derechos humanos supuestamente vulnerados, y que conlleva, consecuentemente, la nulidad, por ilegal, del acto administrativo, que se acusa.

Al respecto, el primero de ellos sería el control de constitucionalidad, en la medida en que se aduce la violación de un precepto establecido en la Constitución, como consecuencia de la aplicación de normas que riñen con el espíritu de la Carta Magna, y el otro lo es, precisamente el denominado control

de convencionalidad, cuando se aduce la infracción de disposiciones que se encuentran previstas, en Convenios o Declaraciones internacionales sobre derechos humanos y de los cuales Panamá es signataria.

Sin embargo, lo señalado anteriormente, no supone que las autoridades públicas indistintamente, no puedan ni deban ejercer un control de convencionalidad, en el sentido que, le corresponde a todos los organismos estatales la tarea cotidiana de dar vida y aplicación concreta a las normas convencionales, toda vez que, el resultado jurídico tangible de la convencionalidad debe ser la aplicación directa del ordenamiento convencional no solo como regla vinculante inter partes, sino como fuente de derecho sobre toda disposición interna, tal como lo abordaremos en el desarrollo del presente estudio.

Así las cosas, y en el marco del concepto y del alcance que la jurisprudencia de la Corte Interamericana le ha otorgado al control de convencionalidad, podemos establecer que el mismo: “es un mecanismo de control para la eficacia y aplicación de la Convención Americana y la jurisprudencia proferida por tal Corte, en el Derecho interno de cada Estado que forma parte del sistema americano de tutela de los derechos humanos”. Dicho mecanismo permite, que en el evento en que se determine, se establezca o se compruebe, que una norma, criterio o practica proveniente de las autoridades, cualquiera que ella sea, de un país suscriptor de la Convención Americana, sea contraria a la Convención, quien lleve a cabo el control de convencionalidad, está obligado a aplicar lo previsto en la Convención.

### III. Evolución

La conceptualización actual del denominado control de la convencionalidad tiene su origen; precisamente, en la evolución de la jurisprudencia emitida por la propia Corte Interamericana. Sin embargo, antes de hacer referencia a la evolución de la citada doctrina internacional, creo oportuno, establecer unos criterios teóricos respecto al derecho internacional público, a fin de exponer, cómo se ha explicado la relación entre el derecho internacional y el derecho interno de los Estados.

<sup>2</sup>Dr. Claudio Nash R. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 7: Control de Convencionalidad”, Pág. 4.

Conforme advierte la doctrina del derecho internacional público, dos teorías han tratado de explicar dicha relación. Por una parte, la **teoría monista**, cuyo fundamento se sustenta en la supuesto kelseniano, señala que ambos derechos; el internacional y el interno, forman una unidad normativa; sin embargo, advierte que el derecho interno está subordinado al derecho internacional, lo que provoca que la normas internacionales puedan ser aplicadas de manera directa en el ámbito interno. Esto es lo que la academia conoce como “la pirámide de Kelsen”.

Por otra parte, la **teoría dualista**, establece que ambos derechos son de orden jurídico distinto, por lo que las normas de derecho internacional requieren necesariamente ser transformadas en normas de carácter interno para poder ser aplicadas dentro de los Estados. Lo anterior, nos plantea la necesidad de replantear estas teorías (monista y dualista), frente a la relación entre las normas internacionales que tutelan la protección de los derechos humanos.

En este escenario, y desde la óptica que el control de convencionalidad impone la obligación a los Estados de cumplir con las decisiones que surgen en materia de los derechos humanos en su ámbito interno, ha traído como consecuencia un cambio respecto a la validez de la normativa de los tratados internacionales, frente al ámbito interno, generando; sin ligar a dudas, un nuevo dialogo internacional, en el que se está construyendo un novísimo *corpus iuris* eficaz de protección de los derechos fundamentales, y cuyo dialogo de relación entre los derechos humanos y el derechos interno, se ha cimentado sobre la base de la subsidiaridad, complementariedad y la retroalimentación.

Con base a estos razonamientos, la correlación entre estos ordenamientos normativos, uno de carácter interno y el otro internacional, ha producido lo que la doctrina a denominado “proceso de

internacionalización” del derecho constitucional, y la “constitucionalización” del derecho internacional sobre derechos humanos, trayendo como consecuencia: Primero, que los derechos humanos tengan una doble fuente normativa: nacional e internacional; Segundo, que esos derechos tengan una doble fuente judicial ante los tribunales que los interpretan y, Tercero, por tener estos derechos doble fuente normativa, se establecen interpretaciones judiciales tanto en el ámbito internacional como interno.

De lo antes expuesto, podemos observar que el control de convencionalidad, cuyo objetivo primordial es garantizar la efectividad de la protección de los derechos humanos en el ámbito interno, se ha transformado en una herramienta dinamizadora de la jurisprudencia internacional y nacional, permitiendo avances importantes hacia la consolidación de estándares de protección de esos derechos, convirtiéndose en el nuevo referente para la efectividad de la protección de los derechos humanos en el Siglo XXI.

Por otro lado, y respecto a la evolución de la citada doctrina internacional, es importante destacar que no siempre la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue uniforme, no obstante, su evolución ha formado conceptos más complejos y explicativos de la función del control de la convencionalidad en el ámbito interno. Ahora bien, y con el objeto de precisar de manera cronológica del concepto hasta su estado actual, presentamos a continuación cómo ha ido evolucionando el denominado control de convencionalidad al seno de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con alguno casos emblemáticos.

Al Respecto, el control de convencionalidad, se menciona por primera vez, en el importante **caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala**, en el año 2003, a través del voto razonado del juez Sergio García Ramírez (Corte IDH, Caso Myrna Mack Chang).<sup>3</sup>

<sup>3</sup> El caso **Myrna Mack Chang vs. Guatemala** fue una sentencia del Corte Interamericana de Derechos Humanos del 25 de noviembre de 2003 sobre la responsabilidad internacional de Guatemala por el asesinato de Myrna Mack Chang por parte de agentes militares, así como la falta de investigación y sanción de todos los responsables. Fue asesinada frente a su oficina en la Ciudad de Guatemala, acuchillada 27 veces, por un escuadrón de la muerte de las Fuerzas Armadas de Guatemala supuestamente creados por la Escuela de las Américas. En abril de 2004, después de un juicio dirigido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y gracias a la tenaz actividad de su hermana Helen Mack, el gobierno de Guatemala reconoció públicamente que sus agentes habían cometido el asesinato e implementaron medidas de reparación a su familia. El caso se relaciona con la ejecución extrajudicial de Myrna Mack Chang, el 11 de septiembre de 1990, como producto de una operación militar de inteligencia. En las investigaciones a nivel interno se solicitó información al Ministerio de Defensa Nacional y al Estado Mayor Presidencial. Esta información fue denegada por el Estado en algunos casos y en otros se entregó información vieja que no correspondía al requerimiento de las autoridades judiciales. Fuente: **Wikipedia y Corte Interamericana de Derechos Humanos**.



Por su parte, el 7 de diciembre de 2004, en el **caso Tibi vs. Ecuador**<sup>4</sup>, el mismo juez Sergio García Ramírez estableció que “la tarea de los jueces transnacionales se asemeja a la de los Tribunales Constitucionales, ya que estos últimos inspeccionan los actos impugnados disposiciones de alcance general a la luz de las reglas, los principios y valores de las leyes fundamentales”:

“La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la ‘constitucionalidad’, el Tribunal Internacional de Derechos Humanos resuelve acerca de la ‘convencionalidad’ de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público y, eventualmente, de otros agentes sociales al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El Tribunal Interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados Partes en ejercicio de su soberanía. (Corte IDH, Caso **Tibi vs. Ecuador**. Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, 2004, p. 15).

En el citado fallo, también estableció el prenombrado Juez, que del mismo modo que un Tribunal Constitucional no puede, ni lo debe pretender,

traer ante sí todos los casos en que se cuestione la supra legalidad de actos y normas, al señalar que:

“Un Tribunal Internacional de Derechos Humanos no aspira mucho menos todavía que el órgano nacional a resolver un gran número de litigios en los que se reproduzcan violaciones previamente sometidas a su jurisdicción y acerca de cuyos temas esenciales ya ha dictado sentencias que expresan su criterio como intérprete natural de las normas que está llamado a aplicar, esto es, las disposiciones del tratado internacional que invocan los litigantes. Este designio, que pone de manifiesto una función de la Corte sugiere también las características que pueden tener los asuntos llevados a su conocimiento”. (Corte IDH, Caso **Tibi vs. Ecuador**. Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, 2004, p. 13).

En igual sentido, pero en el año 2005, en el denominado **caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala**, la Corte CIDH, al llevar a cabo el control entre el Pacto de San José y el Código Penal guatemalteco, consideró que este último infringía los postulados de aquel, por lo que dispuso que el país debería modificar esta norma punitiva, que permitía, hasta ese entonces, la pena de muerte en determinadas circunstancias, y **que mientras que no se cumpla con tal mandato jurisdiccional El Estado deberá abstenerse de dictar la pena de muerte y ejecutar a los condenados por el delito de plagio y secuestro**.<sup>5</sup>

Posteriormente, en el año 2006, en el **asunto López**

<sup>4</sup>**Caso Tibi vs. Ecuador.** Los hechos del presente caso se refieren al señor Daniel Tibi, ciudadano francés de 36 años que residía en Ecuador y se dedicaba al comercio de piedras preciosas y arte ecuatoriano. El 27 de septiembre de 1995 agentes de la INTERPOL del Guayas, detuvieron al señor Daniel Tibi por presuntamente estar involucrado en el comercio de droga. Cuando se realizó su arresto, los policías no le comunicaron los cargos en su contra. Se le informó que se trataba de un “control migratorio”. El señor Tibi permaneció bajo detención preventiva, en forma ininterrumpida, en centros de detención ecuatorianos, desde el 27 de septiembre de 1995 hasta el 21 de enero de 1998, cuando fue liberado. Durante su detención en marzo y abril de 1996 en un centro penitenciario, el señor Daniel Tibi fue objeto de actos de tortura y amenazado, por parte de los guardias de la cárcel, con el fin de obtener su autoinculpación. Durante su permanencia en la cárcel el señor Daniel Tibi fue examinado dos veces por médicos ecuatorianos designados por el Estado. Estos verificaron que sufría de heridas y traumatismos, pero nunca recibió tratamiento médico ni se investigó la causa de sus padecimientos. Durante su detención interpuso dos recursos de amparo y una queja, los cuales no prosperaron. Fuente: **Corte Interamericana de Derechos Humanos**.

<sup>5</sup>**Raxcacó Reyes vs. Guatemala** Los hechos del presente caso se iniciaron el 5 de agosto de 1997, cuando el niño Pedro León Wug fue secuestrado por tres hombres armados. El 6 de agosto de 1997, el niño fue localizado y liberado ileso como producto de un operativo llevado a cabo por la policía. Durante el operativo, fue arrestado, entre otros, el señor Ronald Raxcacó Reyes y su esposa. El 14 de mayo de 1999, el Tribunal Sexto de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente de Guatemala, dictó sentencia condenatoria en contra del señor Raxcacó Reyes, condenándolo a pena de muerte -tal como se encontraba establecido en el artículo 201 del C.P.- al encontrarse culpable del delito de plagio o secuestro en grado de autores directos. Los recursos presentados por el señor Raxcacó Reyes fueron declarados inadmisibles o improcedentes. El señor Raxcacó Reyes se encuentra confinado en un establecimiento de máxima seguridad a la espera de la ejecución de la sentencia. Su celda tiene aproximadamente cuatro por cuatro metros. El señor Raxcacó Reyes sólo puede salir a un patio cementado del mismo tamaño, localizado junto a su celda, con rejas y malla en el techo, el cual constituye su única entrada de luz natural y ventilación. En la misma celda se encuentran las instalaciones sanitarias las cuales están en condiciones altamente deficientes e insalubres. El señor Raxcacó Reyes se ha quejado de afecciones relacionadas con la tensión que le produce la espera de la ejecución de su sentencia. No obstante, no recibió tratamiento médico adecuado ni medicamentos de ningún tipo, ni asistencia psicológica. Fuente: **Corte Interamericana de Derechos Humanos**.

**Álvarez vs. Honduras**<sup>6</sup>, el Juez García Ramírez, volvió llevar a cabo dicho control cuando le tocó analizar el plazo razonable razonable (Arts. 7.5 y 8.1 del Pacto), al indicar que “es posible que el análisis jurídico sea relativamente sencillo, una vez establecidos los hechos acerca de los cuales se ha producido el litigio, pero estos pueden ser extraordinariamente complejos y hallarse sujetos a pruebas difíciles, necesariamente prolongadas o de complicada, costosa, azarosa o tardía recaudación. También puede suceder lo contrario: relativa claridad y sencillez de los hechos, en contraste con problemas severos en la apreciación jurídica o en la calificación de aquellos: pareceres encontrados, jurisprudencia cambiante, legislación incierta, razones atendibles en sentidos diferentes o discrepantes”.

Seguidamente, en el 2006, y en el caso **Almonacid Arellano vs. Chile**<sup>7</sup>, en el que dicho Tribunal Internacional inició el abordaje explícito de control de convencionalidad, al ocuparse del control, y refiriéndose a delitos de lesa humanidad, sostuvo que es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley, y obligados por ende a aplicar las normas vigentes en el ordenamiento jurídico. **Pero cuando el Estado ha ratificado un Tratado, como el Pacto de San José, sus jueces como parte del aparato Estatal, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar para que los efectos de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas jurídicas contrarias a su objeto y fin.** En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las

normas jurídicas internas, que aplican a los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, intérprete última de la Convención (Sagüés, 2009).

Sin embargo, no fue hasta septiembre de 2006, en el **Caso Vargas Areco vs. Paraguay**<sup>8</sup>, en la que ese Tribunal Interamericano, utilizó por primera vez el término o frase **control de convencionalidad**. En el citado caso, el juez Sergio García Ramírez en su Voto Razonado, señaló, que la Corte IDH debe confrontar las circunstancias internas, tales como actos administrativos, leyes, resoluciones judiciales, con las normas de la Convención y resolver si existe congruencia o compatibilidad entre aquellos y estas.

Así mismo, el 24 de noviembre de 2006, el Tribunal Interamericano de Derechos Humanos, en el **caso de los Trabajadores Cesados vs. Perú**<sup>9</sup>, los jueces en Pleno, se abocaron a abordar el tema desde la perspectiva de la convencionalidad. En ese sentido, el juez Caneado Trindade, añadió conceptos en el mismo asunto, aunque ahora en el año 2007, cuando se ocupó de la solicitud de interpretación de la sentencia. Es necesario advertir que en el citado caso del año 2006, la Corte no habló ya de una especie de control, sino que directamente lo calificó como control de convencionalidad, quedando establecida esa terminología a partir de ese momento (Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú).

<sup>6</sup>**López Álvarez vs. Honduras** Los hechos del presente caso se refieren al señor Alfredo López Álvarez, quien era dirigente de la Organización Fraternal Negra de Honduras, de la Confederación de los Pueblos Autóctonos de Honduras y del Comité Defensa de Tierras Triunfeñas. El 27 de abril de 1997 oficiales policías decomisaron a los señores Alfredo López Álvarez y Luis Ángel Acosta, dos paquetes que contenían un polvo blanco y los detuvieron. Luego fue llevado a la oficina de la Dirección de Investigación Criminal, donde se le exigió que se quitara la ropa y fue sometido a una inspección corporal realizada por otro detenido. El 27 de abril de 1997 el señor López Álvarez permaneció en la Dirección de Investigación Criminal con las esposas apretadas, lo que provocó que sus muñecas sangraran y se inflamaran, y fue coaccionado para declararse culpable de los hechos que se le imputaban. No recibió atención médica por el maltrato físico al que fue sometido. El 7 de noviembre de 2000 el Juzgado dictó sentencia condenatoria en perjuicio de los procesados debido a la presunta posesión de droga. La sentencia condenó a cumplir en la Penitenciaría Nacional de Támara la pena de quince años. El 2 de mayo de 2001 la Corte de Apelaciones resolvió declarar la nulidad absoluta de las actuaciones a partir inclusive, del auto de fecha 8 de octubre de 1997 por irregularidades. El señor López Álvarez y sus familiares interpusieron una serie de recursos exigiendo sea liberado. No obstante, éstos fueron denegados. El 13 de enero de 2003 el Juzgado de Letras Seccional de Tela dictó sentencia absolutoria a favor del señor López Álvarez, por no tener certeza de si la muestra enviada al laboratorio toxicológico y que resultó positivo se sustrajo de los dos kilos de polvo blanco decomisados al imputado. El 20 de enero de 2003 el Ministerio Público interpuso recurso de apelación ante la Corte de Apelaciones de la Ceiba. El 29 de mayo de 2003 la Corte de Apelaciones confirmó la sentencia absolutoria. El señor López Álvarez estuvo privado de libertad durante 6 años y 4 meses. En los centros donde permaneció detenida la presunta víctima no existía un sistema de clasificación de reclusos; no había separación entre procesados y condenados. Asimismo, el señor López Álvarez fue sometido a condiciones de detención insalubres y de hacinamiento. Ambos establecimientos penales estaban sobrepoblados y carecían de condiciones higiénicas adecuadas. A principios del año 2000 el director del Centro Penal de Tela prohibió a la población garífuna en dicho penal hablar el garífuna, su lengua materna. Fuente: **Corte Interamericana de Derechos Humanos**.

<sup>7</sup>**Caso Almonacid Arellano vs. Chile**. Los hechos del presente caso se desarrollan en el contexto del régimen militar que derrocó el gobierno del entonces Presidente Salvador Allende en 1973. La represión generalizada dirigida a las personas que el régimen consideraba como opositoras operó hasta el fin del gobierno militar. Luis Alfredo Almonacid Arellano era profesor de enseñanza básica y militante del Partido Comunista. El 16 de septiembre de 1973 fue detenido por carabineros quienes le dispararon, en presencia de su familia, a la salida de su casa. Falleció al día siguiente. En 1978 se adoptó el Decreto Ley No. 2.191, mediante el cual se concedía amnistía a todas las personas que hayan incurrido en hechos delictivos entre 1973 y 1978. Debido a esta norma no se investigó adecuadamente la muerte del señor Arellano ni se sancionó a los autores del hecho. Fuente: **Corte Interamericana de Derechos Humanos**.

<sup>8</sup>**Caso Vargas Areco vs. Paraguay**. Los hechos del presente caso se inician el 26 de enero de 1989, cuando Gerardo Vargas Areco, de 15 años de edad, fue reclutado para prestar el servicio militar en las fuerzas armadas paraguayas. En diciembre de 1989, cuando Gerardo Vargas Areco se encontraba arrestado como sanción por no haber regresado voluntariamente y a tiempo al destacamento, tuvo una hemorragia nasal. Un oficial del ejército ordenó a un suboficial que trasladara al niño Vargas Areco a la enfermería de la unidad militar, donde lograron detener la hemorragia. En el trayecto de regreso, el niño Vargas Areco comenzó a correr por lo que, el suboficial que lo escoltaba le disparó por la espalda, ocasionándole la muerte. Los padres de Gerardo Vargas Areco una denuncia penal por el homicidio de su hijo. En marzo de 1990 la jurisdicción penal militar condenó al suboficial a un año de prisión militar por el delito de “homicidio por exceso de celo”. En marzo de 2005 se dictó sentencia en el fuero ordinario donde se condenó al suboficial a un año de privación de libertad, por el delito de “homicidio culposo” en perjuicio de Gerardo Vargas Areco. Fuente: **Corte Interamericana de Derechos Humanos**.

<sup>9</sup>**Caso de los Trabajadores Cesados vs. Perú**. Los hechos del presente caso se contextualizan luego del autogolpe de Estado en 1992. Mediante el Decreto Ley N° 25640 del 21 de julio de 1992, se autorizó la ejecución del proceso de racionalización del personal del Congreso de la República. El 6 de noviembre de 1992, la recién creada la Comisión Administradora de Patrimonio del Congreso de la República emitió, en base a los resultados de evaluaciones, dos resoluciones por las que fueron cesados 1110 funcionarios y servidores del Congreso, entre los cuales, se encontraban las 257 víctimas. Dichas personas presentaron una serie de recursos administrativos que no tuvieron mayor resultado. Asimismo presentaron un recurso de amparo que fue desestimado. Fuente: **Corte Interamericana de Derechos Humanos**.



Seguidamente, el citado juez el juez Caneado Trindade, en otro de los expedientes del **caso de los Trabajadores Cesados vs. Perú**, realizó un análisis de la institución que venimos abordando, citando a Cappelletti (1987) sobre la dimensión constitucional y de la dimensión supranacional del Derecho (Hitters, 1991).

En ese sentido, el citado Juez, hizo énfasis en la necesidad de agotamiento de los recursos efectivos del Derecho interno (artículo 46.1.a de la CADH), indicando que si bien el artículo 2 del Pacto de San José, impone esa obligación, esta debe armonizar entre el derecho nacional y el internacional, ya que abre el camino para una “constitucionalización” de una Convención supranacional (Corte IDH, **Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú**. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160)<sup>10</sup>.

Posteriormente, el 20 de septiembre de 2007, en el **caso Boyce vs. Barbados**, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, observando que en la jurisdicción interna se había hecho un análisis puramente constitucional de la cuestión litigiosa en la cual no se tuvieron en cuenta las obligaciones del Estado conforme al Pacto de San José, ese Tribunal estableció que de acuerdo con la Convención de Viena sobre los Tratados (Art. 26), el Estado debía cumplir de buena fe con sus obligaciones convencionales, advirtiendo que: “(...) y no podrá invocar disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de dichas obligaciones convencionales (...)” (Caso Boyce y otros vs. Barbados. Sentencia de 20 de noviembre de 2007).<sup>11</sup>

Por su parte, en el **caso Heliodoro Portugal vs. Panamá** (2008)<sup>12</sup>, y respecto a la desaparición forzada de personas, el Tribunal de cita unificó el criterio al señalar que, a través de lo que se denomina control de convencionalidad, cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, por ende, el derecho doméstico debe adecuar sus normas al Pacto de San José.

#### IV. Delimitación del contenido a la esfera administrativa.

##### 4.1 Globalización o Estandarización

Luego de haber expresado algunas consideraciones de carácter conceptual y evolutivo del control de convencionalidad, procedo a delimitar el contenido del mismo, circunscribiéndonos a la aplicación del control de convencionalidad en la esfera administrativa, por lo que parto diciendo, que los principios derecho administrativo interno se han extendido a las llamadas administraciones globales, a través de la actividad administrativa de organismos supra y transnacionales, que han influido en la legislación y en la práctica en el ámbito interno de los países.

En ese sentido, la globalización como un fenómeno de expansión del derecho, también ha tocado al Derecho Público, por lo que es evidente que en determinados sectores del Derecho Administrativo existen normas y actos con pretensión de validez supranacional y que, como ya lo advertimos, emergen de normas del ámbito interno, internacionalizado así, el carácter el derecho administrativo.

<sup>10</sup> **Caso del Penal Miguel Castro vs. Perú** Los hechos del presente caso se desarrollan en el marco del conflicto armado en el Perú. Entre el 6 y 9 de mayo de 1992 el Estado peruano ejecutó un operativo denominado “Mudanza 1”, cuya presunta finalidad era el traslado de aproximadamente 90 mujeres recluidas en el centro penal “Miguel Castro”, a centros penitenciarios femeninos. La Policía Nacional derribó parte de la pared externa del patio del pabellón 1A utilizando explosivos. Simultáneamente los efectivos policiales tomaron el control de los techos del penal abriendo boquetes en los mismos, desde los cuales realizaron disparos con armas de fuego. Asimismo, los agentes estatales, policía y ejército utilizaron armas de guerra, explosivos, bombas lacrimógenas, vomitivas y paralizantes en contra de los internos. Finalmente, el ataque se produjo con cohetes disparados desde helicópteros, fuego de mortero y granadas. La operación generó la muerte de decenas de internos, así como de muchos heridos. Los internos sobrevivientes fueron objeto de golpes y agresiones. Muchos de los heridos fueron mantenidos sin atención médica por varios días y los heridos que fueron trasladados al hospital no recibieron los medicamentos ni la atención médica que requerían. Fuente: **Corte Interamericana de Derechos Humanos**.

<sup>11</sup> **Caso Boyce y otros vs. Barbados** Los hechos del presente caso se desarrollan en el marco de la naturaleza obligatoria de la pena de muerte impuesta a personas condenadas por homicidios en Barbados. Lennox Ricardo Boyce, Jeffrey Joseph, Frederick Benjamin Atkins y Michael McDonald Huggin fueron condenados por el delito de homicidio y condenados a muerte mediante la horca, bajo la sección 2 de la Ley de Delitos del Estado contra la Persona. De conformidad con esta disposición, una vez que una persona sea condenada por el delito de asesinato, ningún tribunal puede evaluar si la pena de muerte es un castigo adecuado a las circunstancias particulares de la víctima. Las cuatro personas estuvieron sometidas a condiciones degradantes en los centros de detención. El señor Atink murrió por motivos de enfermedad. Las otras tres personas continúan detenidos. Fuente: **Corte Interamericana de Derechos Humanos**.

<sup>12</sup> **Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá** Los hechos del presente caso se contextualizan durante el gobierno militar en Panamá. El 14 de mayo de 1970, Heliodoro Portugal, promotor del “Movimiento de Unidad Revolucionaria” de 36 años de edad, se encontraba en un café ubicado en la ciudad de Panamá. Dos personas vestidos de civil se bajaron de una camioneta y obligaron al señor Portugal a subir al vehículo, el cual partió con rumbo desconocido. Sus familiares presentaron una serie de recursos judicial con el fin de localizar al señor Portugal. Es recién en 1999 cuando se identifican el cadáver del señor Portugal, el cual se encontraba en un cuartel en Tocúmen. El proceso penal correspondiente continúa abierto sin que se haya condenado a los responsables. Fuente: **Corte Interamericana de Derechos Humanos**.

De lo expuesto, hay que considerar un elemento fundamental, y es que los cambios de paradigmas a un mundo globalizado; si bien, por su materia se infiere del derecho internacional; sin embargo, el derecho público ha tenido que efectuar algunos ajustes de carácter conceptual y teórico para mantenerse a la vanguardia frente a los cambios.

En este contexto, debemos destacar que la mayor conquista del derecho público contemporáneo frente a un mundo globalizado, lo ha sido; en primer lugar, mantener la importancia de los principios generales del derecho; sin menoscabar la protección judicial de la dignidad de los ciudadanos a la luz de los derechos fundamentales y; en segundo lugar, procurar que los actos emanados de los órganos del Estado y los particulares entre sí, “no puedan ni deban”, vulnerar derechos fundamentales establecidos en la Ley y en los tratados internacionales.

A nuestro juicio, si bien la globalización del derecho administrativo persigue su estandarización mediante el denominado proceso de internacionalización de ese derecho, asegurando que los Estados signatarios de tratados en materia de derecho administrativo cumplan unos estándares adecuados de juridicidad, transparencia, participación, razonabilidad, legalidad en la toma de decisiones, y en que las normas y decisiones que aprueban están sometidas a un control efectivo, con miras a una genuina administración pública democrática; no lo es que, dicha estandarización, no se pueden sustraer de las normas de Derecho internacional público de protección de los derechos humanos, función que precisamente controla la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, por medio del control de convencionalidad.

En ese sentido, y tal como lo hemos venido señalando, no se pueden desconocer la incidencia de los Principios Generales del Derecho en toda manifestación del ejercicio de la potestad pública del Estado sobre la base del Estado Social y Democrático de Derecho, que se traduce como un Estado de Justicia y Derechos, y que debe responder a un modelo de

Estado en donde la dignidad del ser humano, se constituya el centro o la raíz del Derecho.

En ese orden de ideas, es importante señalar lo expresado por el Dr. Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, al referirse a la dignidad del ser humano, al advertir que: “no es solamente un concepto ético o filosófico, sino que es la esencia del mismo derecho, y la misma es de tal calibre o relieve jurídico, que siempre debe levantar o erigir, imponente, poderosa y soberana, frente ante cualquier intento o embate del poder público, financiero o económico por derribarla o eliminarla.”<sup>13</sup>

De la formulación anterior, nace la inquietud de identificar si las sociedades se erigen en un Estado de derecho formal o material, toda vez que, en la actualidad, contamos con estructura legales, e incluso se cuenta con una arquitectura perfecta de separación de poderes, en donde el principio de juridicidad, permite que se controlen todos y cada uno de los aspectos del poder público, en los que se incluyen los actos administrativos, ya sean tácitos, materiales, implícitos, por mencionar algunos; sin embargo, convivimos con espacios oscuros en donde los controles jurisdiccionales y judiciales, difícilmente alcanzan sus cometidos.

Lo anterior se aleja del principio a la buena administración dentro de un modelo de Estado dinámico, mismo que se ha ido estatizando, toda vez que, se ha ido perdiendo esa idea del Estado que está al servicio de los asociados y en donde la iniciativa social, no es reconocida, poniendo a los asociados en desventaja frente al poder del Estado, obligándolos a recurrir a las vías administrativas, jurisdiccionales y judiciales necesarias, a fin de hacer valer un derecho lesionado, con la posibilidad de recurrir a las instancias internacionales, frente a la violación de un derecho fundamental personal o social que el asociado estime lesionado y que el Estado no ha respetado.

Así las cosas, el principio de juridicidad que preside toda la actividad administrativa, y en el que el ejercicio del “*ius punendi*”, a cargo de la administración se traduce siempre en el **dictado de**

<sup>13</sup>Rodríguez-Arana, Jaime. XVII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Guayaquil, Ecuador 2018.



**sus actos administrativos**, por lo que no se puede pasar por alto, que la aplicación e interpretación de una norma por muy sencilla, concreta o mecánica que sea, debe estar siempre orientada a la justicia. Es decir, que cada vez que servidor público con competencia para dictar o tomar decisiones, ya sea un acto administrativo, judicial, legislativo, debe tener presente, además de otros principios, el de juridicidad.

Lo anterior, conlleva la idea desde una perspectiva amplia del control de la Administración Pública, al establecerse que el principio de juridicidad en la acción administrativa, constituye un derecho de los ciudadanos, obligando al estado a promover la ampliación del universo de las personas para efectuar peticiones a la administración, así como para controlar dichos actos. Además el Estado, debe conferir a los ciudadanos los instrumentos necesarios para activar las peticiones e impugnaciones ante la administración, así como de establecer los organismos pendientes a conocer de los procedimientos o procesos que se instauren, y en los que éstos, al tomar una decisión, no podrán excluir la totalidad de los derechos protegidos tanto a nivel internacional como doméstico, reafirmando así esa posibilidad amplia del acceso al control del administración, y a la luz del sistema americano de protección de derechos.

Al respecto, no se puede dissociar el pleno sometimiento del Estado al derecho a la protección de los derechos fundamentales; por lo que, no se puede privar a los ciudadanos de mecanismos tendientes a asegurar dicho sometimiento. En otras palabras, el Estado no puede desconocer los instrumentos de protección, ni mucho menos, restringir el acceso a un sistema de peticiones a los cuales el ciudadano puede recurrir.

Lo anterior hace sentido, desde el punto de vista que, la juridicidad es la primera garantía de los derechos y por ende deben existir instrumentos para materializarla, porque de lo contrario, no sería posible a la luz de la Convención Americana de los Derechos Humanos, brindar una tutela efectiva sin la existencia de un régimen interno que garantice eficazmente su aplicación y un control adecuado

de ese ejercicio, y que debe estar presente en toda sociedad democrática.

#### **4.2. Criterio *ex officio* de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Toda autoridad pública debe ejercerlo.**

Ahora bien, en diversas oportunidades la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha pronunciado sobre lo que implica el control de convencionalidad, lo que ha permitido que los Estados signatarios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, vayan estableciendo y consolidando, toda una concepción jurisprudencial con relación a lo que dicho control conlleva, sus particularidades y alcances.

En ese aspecto, el reconocido jurista nacido en Italia, Luigi Ferrajoli, uno de los principales teóricos del garantismo jurídico, al hacer referencia a los derechos fundamentales, expuso lo siguiente:

“Según la explicación de Ferrajoli, el neoconstitucionalismo contemporáneo no es sólo una conquista y un legado del siglo XX, sino que es, sobre todo, un programa normativo para el futuro, al menos en un doble sentido; por un lado, en el sentido que los derechos fundamentales reconocidos por las constituciones nacionales y las cartas internacionales deban ser garantizados y concretamente satisfechos mediante la elaboración e implementación de las técnicas de garantía idónea para asegurar el máximo grado de efectividad de los mismos, y por otro lado, en el sentido que el paradigma de la democracia constitucional pueda y deba ser extendido en una triple dirección, a fin que se garanticen todos los derechos, frente a todos los poderes, y en todos los niveles, no sólo el derecho estatal sino también en el internacional.”<sup>14</sup>

Es que, en concordancia con lo señalado por el citado jurista italiano, en la lógica del sistema americano derechos humanos se enmarca el concepto o la idea, que los criterios que se construye en el seno de ese organismo internacional protector

<sup>14</sup>Ferrajoli, Luigi. “Sobre los derechos fundamentales”, en Miguel Carbonell (Editor) “Teoría del neoconstitucionalismo” (Trotta, Madrid, 2007).

del derecho humanos, deben trasladarse en la forma y términos, a fin que provea al derecho interno, a las leyes nacionales, entre otros, buenos criterios jurisdiccionales o jurisprudenciales domésticos, provocando una gradual internalización de los estándares interpretativos internacionales que prevengan la violación por medio de la acción directa de los propios estamentos internos.

Por lo tanto, las autoridades domésticas deben establecer, regular y evaluar el sistema de control constitucional y convencional más adecuado, conforme a las condiciones del país, a fin de evitar que las sentencias de la Corte Interamericana y la propia Convención Americana devengan en letra muerta, procurando entonces aspirar, a que la efectiva vigencia de los derechos reconocidos en la Convención, provengan de una acción libre y espontánea de los Estados y no de la declaración de responsabilidad del Estado ante una falta inconventional.

El sistema americano de protección de los derechos humanos, se apoya en los criterios jurisprudenciales que dieron luz al denominado control de convencionalidad, en el que ha establecido la importancia que los Estados signatarios de la Convención hagan un incorporación cultural y hermenéutica que asegure el acatamiento directo de su jurisprudencia, en cada Estado. Veamos:

a. En lo que tiene que ver con su concepto y sentido, ha señalado la Corte Interamericana: “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero **cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin**, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, **el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’** entre

las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006) (Lo resaltado es nuestro).

b. En cuanto a que los tribunales del país del que se trate, no deben limitarse solamente al control de constitucionalidad: “la Corte observa que el CJCP (Comité Judicial Privado) llegó a la conclusión mencionada anteriormente **a través de un análisis puramente constitucional** en el cual no se tuvo en cuenta las obligaciones que tiene el Estado conforme a la Convención Americana y según la jurisprudencia de esta Corte. De acuerdo con la Convención de Viena sobre la Ley de Tratados, Barbados debe cumplir de buena fe con sus obligaciones bajo la Convención Americana y no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de dichas obligaciones convencionales”. A dicho criterio adicionó la Corte, “**el análisis del CJCP no debería limitarse a evaluar si la LDCEP (Ley de Delitos del Estado contra la Persona) era inconstitucional. Más bien, la cuestión debería haber girado en torno a si la Ley también era ‘convencional’**. Es decir, los tribunales de Barbados, incluso el CJCP y ahora la Corte de Justicia del Caribe, deben también decidir si la ley de Barbados restringe o viola los derechos reconocidos en la Convención” (Caso Boyce y otros Vs. Barbados. Excepción, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007) (Lo resaltado es nuestro).

c. Criterio jurisprudencial de la Corte Interamericana donde señala que, el control de convencionalidad, debe ser realizado ex officio: “Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la

Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, **los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ ex officio entre las normas internas y la Convención Americana**, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes” (Caso Trabajadores Cesado del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006) (Lo resaltado es nuestro).

d. En cuanto a que el control de convencionalidad, es una obligación de toda autoridad pública: “Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, **por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes** y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. **La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana,**

**de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo ‘susceptible de ser decidido’ por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un ‘control de convencionalidad’ [...], que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial”** (Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011) (lo resaltado es nuestro).

Con lo anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos pretende asegurar la protección, o al menos la reparación, cuando la acción del Estado no ha funcionado, y que sea de tal gravedad que se requiera; en primer lugar, invocar a ese tribunal internacional y, en segundo lugar, que ese mismo tribunal se pronuncie al respecto bajo el parámetro de una eficacia jurídica que proteja por vía de la responsabilidad internacional y reconocida por los tratados internacionales, lo que el derecho interno no pudo controlar.

Ahora bien; ¿Con qué propósito debe hacerse tal control? Pues a objeto de “hacer prevalecer la Convención Americana y los fallos de esta Corte sobre la normatividad interna, interpretaciones y prácticas que obstruyan el cumplimiento de lo dispuesto” en la Convención. Es quizás este, el aspecto más relevante y controversial de lo que implica el control de convencionalidad ya que, de acreditarse que una norma, ley o práctica del derecho interno de un país, es contraria a la Convención Americana y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, se tiene que hacer prevalecer dicha Convención y la jurisprudencia emitida relacionada a la misma. Lo que significa que no se debe aplicar el derecho interno contrario a la Convención y es esta la que debe ser aplicada.<sup>15</sup>

En ese contexto, con independencia de las reformas legales que realice cualquiera de los Estados

<sup>15</sup> González Montenegro Rigoberto. Diario La Prensa. Opinión 5 de junio de 2017. Control de convencionalidad, ¿qué es eso?.

Parte en su normatividad interna, les corresponde tanto a las autoridades judiciales, como a las demás autoridades públicas, con base en el control de convencionalidad, aplicar las disposiciones de la Carta Americana sobre Derechos Humanos y las decisiones imperativas de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos dentro del marco de sus competencias internas en cada país.

Del enfoque anterior, se deduce sin mayor reparo, que las autoridades públicas o judiciales, deben efectuar un seguimiento a la interpretación y los criterios relevantes que resalta ese Tribunal Interamericano, así como su carácter vinculante, antes de emitir o tomar algún decisión, y en los casos en que exista más de un pronunciamiento, por parte de esa Corte, siempre debe preferirse el que de mejor manera proteja los derechos de la persona para el caso concreto.

En otras palabras, la convencionalidad entraña un mecanismo de control para la eficacia y aplicación de la Convención Americana y la jurisprudencia proferida por tal Corte, en el Derecho interno de cada Estado que forma parte del sistema americano de tutela de los derechos humanos. Este mecanismo permite, que en el evento en que se determine, se establezca o se compruebe, que una norma, criterio o práctica proveniente de las autoridades, cualquiera que ella sea, de un país suscriptor de la Convención Americana, sea contraria a la Convención, quien lleve a cabo el control de convencionalidad, está obligado a aplicar lo previsto en la Convención, con miras a hacer efectivo el derecho humano que se ha podido ver menoscabado. Este control debe hacerse, como lo dispone la Corte Interamericana, *ex officio*, y por parte, no solamente de todos los jueces del poder judicial en el ejercicio de sus competencias, sino que también por todas las autoridades del Estado de que se trate. El control de convencionalidad conlleva, como parámetro para ejercerlo, no sólo la aplicación de la Convención Americana, sino también la interpretación que de ésta ha llevado a cabo la Corte Interamericana.

En concreto, el control de

convencionalidad, al ponerse en práctica, tiene un propósito bien definido, hacer cumplir la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De ahí que, de acreditarse que en efecto se ha vulnerado, menoscabo, desconocido o infringido un derecho humano, la ley o norma del Derecho interno que contenga o regule unos criterios o supuestos que le sean contrarios, no se aplicará al caso en el que tal violación se acredita. El control de convencionalidad, dicho de otra manera, permite que sean las propias autoridades del Estado del que se trate, las que hagan efectiva la aplicación de la Convención Americana, a objeto que dicho Estado no se vea sometido ante la instancia de la Corte Interamericana, como posible infractor de un derecho humano regulado en la Convención.

Por tanto, cuando un Estado miembro del sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos, se ha comprometido a cumplir la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y que además haya reconocido como obligatoria la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención sobre Derechos Humanos”, como es el caso de nuestro país, no le queda otra opción a todas las autoridades de dicho Estado, que tener que llevar a cabo, *ex officio*, un control de convencionalidad a objeto de poder establecer, en un caso concreto, si una norma de su Derecho interno, es o no conforme a la Convención Americana, así como a la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana.

Cabe agregar, que esos derechos fundamentales, que en la esfera internacional vendrían a ser los derechos humanos, poseen una particularidad esencial: se reconocen, no a unos pocos, ni a unos cuantos ni siquiera a unos muchos, sino a todas las personas por el sólo hecho de serlo. Los derechos así reconocidos para todas las personas, tienen un sustento básico, la dignidad de todo ser humano. Por tanto, cualquier debate, análisis o estudio sobre los derechos reconocidos a todas las personas, tiene que tener presente que, “la dignidad intrínseca de todos los seres humanos es el fundamento de los derechos humanos de acuerdo con la Declaración Universal”<sup>16</sup>

<sup>16</sup> Pablo de Lora. Memoria y frontera. Desafío de los derechos humanos. Edit. Alianza, España, 2006, p. 139.

En este contexto señalado, cuando se alude a la dignidad de toda persona, hay que recordar lo que en este caso se quiere dejar sentado, en el sentido que, como lo señala el Tribunal Constitucional de España, según lo recoge Luis Roberto Barroso, la dignidad humana constituye un “valor moral y espiritual inherente al ser humano y expresado, en particular, en la consciente y responsable autodeterminación de cada persona sobre su propia vida, lo que justifica la exigencia de respeto hecha a terceros. Lo que lleva a reconocer que, “la dignidad humana es un valor fundamental que informa el contenido de diversas normas escritas, al tiempo que condiciona la interpretación constitucional como un todo, principalmente cuando los derechos fundamentales están involucrados”.<sup>17</sup>

#### 4.3 La Jurisdicción Administrativa frente al control convencional

De las proyecciones citadas en párrafos anteriores comentaré brevemente lo siguiente, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo ‘susceptible de ser decidido’ por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un ‘control de convencionalidad’ [...], **que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial.**”<sup>18</sup>

Aunado a lo anterior, y tal como lo estableció el constituyente en la Reforma Constitucional panameña del 2004, “los derechos y garantías” que regula nuestra Constitución, “deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre derechos fundamentales y la dignidad de la persona”, previsto en el párrafo segundo del artículo 17 de la Carta Magna.

Al respecto, el control de la legalidad y de convencionalidad de los actos de la Administración Pública, le es otorgado a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en virtud de lo consagrado en el numeral 2 del artículo 206 de la Constitución Política de la República y el artículo 97 del Código Judicial,

así como el segundo párrafo del artículo 17 de la Constitución Política, **al expandir la garantía de los derechos humanos reconocidos en los convenios internacionales**, tiene como finalidad determinar si dichos actos son violatorios o no de la ley, o si son contrarios o no los estándares interamericanos y al alcance de las disposiciones que se aducen infringidas.

En ese sentido, los citados artículo señalan sucesivamente lo siguiente:

**Artículo 206.** La Corte Suprema de Justicia tendrá, entre sus atribuciones constitucionales y legales, las siguientes:

1. ...
2. La jurisdicción contencioso-administrativa respecto de los actos, omisiones, prestación defectuosa o deficiente de los servicios públicos, resoluciones, órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten, expidan o en que incurran en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, los funcionarios públicos y autoridades nacionales, provinciales, municipales y de las entidades públicas autónomas o semiautónomas. A tal fin, la Corte Suprema de Justicia con audiencia del Procurador de la Administración, podrá anular los actos acusados de ilegalidad; restablecer el derecho particular violado; estatuir nuevas disposiciones en reemplazo de las impugnadas y pronunciarse prejudicialmente acerca del sentido y alcance de un acto administrativo o de su valor legal. Podrán acogerse a la jurisdicción contencioso administrativa las personas afectadas por el acto, resolución, orden o disposición de que se trate; y, en ejercicio de la acción pública, cualquier persona natural o jurídica domiciliada en el país.

En concordancia con lo consagrado en el artículo 97 del Código Judicial, que indica:

**Artículo 97.** A la Sala Tercera le están atribuidos los procesos que se originen por actos,

<sup>17</sup> Luis Roberto Barroso. La dignidad de la persona humana en el derecho constitucional contemporáneo. Universidad Externado de Colombia. Colombia, 2014, p. 64.

<sup>18</sup> Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011.

omisiones, prestaciones defectuosas o deficientes de los servidores públicos, resoluciones, órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten, expidan o en que incurran en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas los funcionarios públicos o autoridades nacionales, provinciales, municipales y de las entidades públicas autónomas o semiautónomas. En consecuencia, la Sala Tercera conocerá en materia administrativa de lo siguiente:

1...

...”

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

Los derechos y garantías que consagra esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona.”

Por su parte, la Ley 38 de 2000 que “ Que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, regula el Procedimiento Administrativo General y dicta disposiciones especiales, en su artículo 201, numeral 1 define el “Acto Administrativo” de la siguiente manera:

**Artículo 201.** Los siguientes términos utilizados en esta Ley y sus reglamentos, deben ser entendidos conforme a este glosario:

1. Acto administrativo. Declaración emitida o acuerdo de voluntad celebrado, conforme a derecho, por una autoridad u organismo público en ejercicio de una función administrativa del Estado, para crear, modificar, transmitir o extinguir una relación jurídica que en algún aspecto queda regida por el

Derecho Administrativo.

Debemos recordar que la jurisdicción contencioso administrativa tiene competencia sobre todos aquellos actos jurídicos emitidos en ejercicio de una función administrativa, y la Sala Tercera, al ejercer un control de la legalidad, debe pretender circunscribir un acto administrativo dentro del estricto margen legal, y por su parte, al ejercer un control de convencionalidad, sobre la base de la prevalencia de los estándares interamericanos, deberá darse por medio de la supresión de normas o prácticas internas que la contraríen.

Una vez analizado lo anterior, que corresponde precisamente al régimen jurídico-legal en el que se circunscribe lo jurisdiccional y lo judicial de lo que en Panamá denominamos como Jurisdicción Contencioso Administrativa, tenemos que, en la Administración pública, los órganos que la integran están subordinados a la Ley. Por lo tanto el funcionario, el empleado público, o el servidor público como se le denomina en Panamá, tiene como punto de partida y límite de su actividad, el circunscribirse a la ley que determine su competencia.

De lo anterior se desprende, que todo acto administrativo debe emanar del cumplimiento de una Ley. Esto es el principio de legalidad que rige el derecho administrativo y el actuar de las instituciones y servidores públicos; es decir, las relaciones jurídicas que se dan entre dos sujetos de derecho cuando la situación de poder en que se encuentra uno de ellos, corresponde necesariamente a una situación actualizada de deber del otro. Esto se refiere, precisamente, a que la actividad de la administración debe generar confianza al administrador para que éste pueda prever razonablemente el grado de previsibilidad y seguridad jurídica que posee su relación con el estado, mismo que debe desenvolverse en un Estado de Derecho.

En ese orden de ideas, la decisión emitida por un servidor público y que configura el denominado acto administrativo, constituye en términos generales, aquella relación jurídico-



administrativa en el que el Estado actúa como un ente de supra a subordinación con respecto del gobernado o con respecto de un órgano interno dentro de la propia administración pública, por lo que, todo acto emanado de la Administración Pública debe estar conforme a los parámetros del Pacto de San José, a la Constitución y a las normas internas de los Estados.

De lo expuesto hasta aquí, nos permite establecer dos escenarios, el primero es que la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, indistintamente del proceso presentado para su conocimiento, podrá anular actos administrativos expedidos por autoridades nacionales y, si procede, restablecer o reparar el derecho violado cuando mediante dichos actos administrativos se violen “Derechos Humanos” previstos en las leyes de la República, como en aquellos en que se aprueben convenios internacionales sobre Derechos Humanos, como por ejemplo, “La Convención Interamericana sobre Derechos Humanos”.

Y en segundo lugar, es que, todas las autoridades públicas están obligadas a efectuar, además de los controles de legalidad y constitucionalidad, un control de convencionalidad, sobre la base interpretativa y vinculante de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos. En ese sentido, ese Tribunal Interamericano ya ha interpretado que la adecuación de los preceptos locales, representa la adopción de medidas desde dos aristas; la primera, comprende la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio; y la segunda, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías, posición asumida en jurisprudencia previa.

## V. Conclusiones

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sus recientes fallos, ha venido sosteniendo y reiterando la obligación que tienen los funcionarios, de aplicar el control de convencionalidad ex officio con base a la integración del derecho internacional de los derechos humanos a la Constitución Política y en cumplimiento de las obligaciones del Estado panameño, derivadas del derecho internacional. Con base en estos razonamientos, las Autoridades Públicas están en la obligación de ejercer el control de convencionalidad, en cada uno de los actos administrativos y jurisdiccionales que emita, sobre todo cuando se produjera una contraposición entre la norma convencional y la norma interna. Al punto que, si la autoridad no se considera competente para aplicar el control de convencionalidad y, existiendo la duda sobre la convencionalidad de una norma a aplicar, deberá elevar la consulta de convencionalidad respectiva, ante el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, para que sea ésta la que entre a determinar si se produce o no dicha controversia con la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Sin embargo, y como ya lo hemos expresado, la obligatoriedad de la aplicación de la convencionalidad en la esfera administrativa, radica en la internacionalización espontánea de las normas y criterios de protección como instrumento preventivo por excelencia de la violación de los derechos humanos, por parte de los operadores del sistema, y que consiste en la aplicación oficiosa de esos estándares interpretativos internacionales, sin tener que esperar la declaración de responsabilidad internacional ante una falta.