

# Las distorsiones de la jurisdicción constitucional objetiva en Panamá

Rigoberto González Montenegro

**Resumen:** El autor describe el sistema de control de la constitucionalidad objetiva establecido en Panamá, para luego exponer algunas de las contradicciones más notables de la Corte Suprema de Justicia en ejercicio de esa función, lo que pretende demostrar al analizar el caso concreto del control de constitucionalidad de los contratos públicos. Al examinar esas contradicciones, González Montenegro encuentra como probable causante al sobredimensionamiento competencial de la jurisdicción constitucional.

**Abstract:** The author describes the system of judicial review established in Panama, and presents some of the most notable contradictions of the Supreme Court in the exercise of that function, proved by the analysis of the case law on public contracts. In examining these contradictions, González Montenegro advance an explanation, suggesting that it is likely caused by the overextension of judicial review.

## Consideraciones introductorias.

En la doctrina constitucional, y en el derecho comparado, cuando se aborda lo referente al control de la constitucionalidad se lo hace precisando, por una parte, en qué consiste éste, y por la otra, las normas o actos sujetos a tal control. Esto lleva a establecer, en ese sentido, que el control de la constitucionalidad consiste en el mecanismo por medio del cual va a ser posible verificar si una norma jurídica, de inferior jerarquía a la Constitución, es o no conforme a ésta. Dicho de otra manera, de lo que se trata es de contar con la posibilidad de poder determinar la conformidad o no de una norma jurídica con la Constitución. Establecido o verificado que la norma sometida al control de la constitucionalidad no se ajusta a la Constitución o, es decir, no es conforme jurídicamente a ésta, lo que procede es declarar inconstitucional lo que ha sido objeto de dicho control.

De acuerdo al sistema o modelo de justicia constitucional de que se trate, así han de ser los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad verificada. Esto va a implicar, por tanto, que si se está ante el modelo de justicia constitucional difuso, según el cual cualquier juez o tribunal, de la jerarquía

que sea, puede y está en la capacidad de pronunciarse al respecto, de considerar el juez o tribunal que la norma es contraria a la Constitución, ésta no se aplica al caso concreto en el que fue objeto de este control. Lo característico de este modelo es que la norma, aún cuando ha sido declarada inconstitucional, no pierde vigencia, pues sólo deja de aplicarse en el respectivo caso que dio lugar al pronunciamiento del juez sobre su inconstitucionalidad. Sin entrar en mayores consideraciones, ésta es la nota distintiva del modelo difuso.

Esto va a variar de tratarse del denominado modelo de justicia constitucional concentrado, de acuerdo al cual sólo un juez o tribunal es el competente para conocer del control de constitucionalidad, ya que en este sistema, de considerarse que una norma es contraria a la Constitución, los efectos serían que la norma queda derogada por razón de dicha declaratoria.

A grandes rasgos, lo que caracteriza a un sistema y otro, es que ambos parten de unos supuestos similares, a saber:

1) la existencia de una Constitución, considerada como la norma suprema del sistema jurídico,

2) por ser la Constitución la norma suprema, todas las otras normas jurídicas van a estar supeditada a ésta, lo que significa que su validez dependerá que se ajusten o no, al contenido normativo de la norma suprema,

3) al existir una jerarquía normativa, va a requerirse la existencia de un mecanismo que haga posible resolver los conflictos que puedan surgir entre una norma y otras, a fin de determinar la que ha de prevalecer, en este caso la de superior jerarquía,

4) esto va ser posible con la existencia del control de la constitucionalidad.

### **El modelo de justicia constitucional en el ordenamiento jurídico panameño.**

La Constitución establece las bases del sistema de justicia constitucional imperante en nuestro país, concretamente en su artículo 206, el cual responde, formalmente, a las siguientes características:

1) es un sistema jurisdiccional, al estar atribuido a un tribunal de justicia, en este caso, al Pleno de la Corte Suprema de Justicia,

2) el control recae sobre normas y actos, al disponerse que la guarda de la constitucionalidad conlleva a que la Corte pueda pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de las Leyes, decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos provenientes de autoridad,

3) el modelo de control permite debatir sobre la constitucionalidad en la forma y en el fondo de la norma o acto sujeto a éste, es decir, se podrá verificar si la norma o acto ha sido expedido conforme a las formalidades que la Constitución tiene previsto para la emisión, ya sea del acto o de la norma, en este caso se estaría ante una inconstitucionalidad por razones de forma, o si lo que se cuestiona es que su contenido normativo entra en conflicto con la Constitución, lo que implicaría una inconstitucionalidad por razones de fondo,

4) a la jurisdicción constitucional o control de la constitucionalidad se accede, vía la acción popular o acción de inconstitucionalidad, en este caso la puede promover cualquier persona, vía la consulta de constitucionalidad o advertencia de inconstitucionalidad, en este supuesto la promueve el funcionario encargado de impartir justicia o las partes del proceso en el que se formula la advertencia, y vía la objeción de inexecutable, la que puede promover el Presidente de la República, según lo tiene establecido el numeral 6 del artículo 183 de la Constitución,

5) en la substanciación del control participa, indistintamente, el Procurador General de la Nación, o el de la Administración, mediante el concepto que ha de emitir, previo a la decisión de la Corte, sin que éste sea vinculante para el Pleno de la Corte,

6) finalmente, la decisiones que adopte la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de esta facultad, son finales, definitivas, obligatorias y deben ser publicadas en la Gaceta Oficial.

Éstas, entre otras, serían las particularidades del modelo de justicia constitucional o del control de la constitucionalidad imperante en nuestro país. Desde luego, y como se indicó, ello desde la normativa constitucional, lo que significa que a éstas hay que sumar las que están previstas en la Ley, y las que han sido o son producto de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, cuando ha llevado a cabo el ejercicio de la jurisdicción constitucional objetiva o de normas. Las presentes reflexiones surgen, precisamente, como resultado

del conjunto de todas éstas, lo que ha de permitir el planteamiento y análisis de lo que he dado en denominar, las distorsiones de nuestro sistema de justicia constitucional.

### **En qué consiste la jurisdicción constitucional objetiva.**

En la doctrina se clasifica la jurisdicción constitucional en subjetiva y objetiva. Por la primera se entiende aquella que tiene como finalidad, la tutela de los derechos fundamentales, para lo cual se establecen los mecanismos jurídicos constitucionales que de manera específica, de así requerirlo, se pueden ejercer en procura de proteger tales derechos.

En lo que respecta a la jurisdicción constitucional objetiva, lo que se pretende es defender el contenido normativo de la Constitución, independientemente de la norma que de forma concreta se indique como infringida. En la medida que en la Constitución se regulan los valores, principios e instituciones propias del régimen democrático sobre el cual se asienta el Estado constitucional de Derecho, se hace necesario defender lo que así se ha previsto en tal norma jurídica. Para ello se cuenta con la jurisdicción constitucional objetiva.

El constitucionalista panameño, ya fallecido, Dr. César Quintero, al aludir a éstas señalaba, en cuanto a la jurisdicción constitucional subjetiva, que en ésta se *“instituye y regula la defensa de los derechos constitucionales de las personas”*, y en cuanto a la objetiva observaba que la misma *“tiene como finalidad esencial la defensa de la primacía del ordenamiento fundamental; y, en consecuencia, de la jerarquía que en él deben imperar”* (Las garantías jurisdiccionales constitucionales en Panamá. Estudios Procesales, Edit. Jurídica Bolivariana, Colombia, 1995, p. 310).

Una y otra vamos a encontrarla en nuestro sistema de justicia constitucional. De éstas, nos interesa la jurisdicción constitucional objetiva, por ser ésta en la que se producen las distorsiones a las que vamos a referirnos.

### **Las particularidades de la jurisdicción constitucional objetiva en Panamá.**

#### *Un planteamiento necesario.*

Cuando surge o se plantea la necesidad del control de la constitucionalidad, se lo hace dentro de un contexto que tenía como presupuesto previo, por lo menos, dos aspectos medulares a saber:

- 1) el establecimiento de la Constitución en base a una concepción que partía del supuesto según el cual ésta se establecía como la norma suprema del Estado y de la comunidad,
- 2) la Constitución se establecía como un mecanismo jurídico, a través del cual iba ser posible limitar el poder político del Estado. Esto último partía, a su vez, de un principio básico del constitucionalismo, en el sentido que los poderes constituidos o regulados en la Constitución quedarían supe-ditados, condicionados, limitados, en cuanto a su ejercicio, conforme a lo preveía tal norma jurídica.

Explicado de otra forma, si la Constitución es la norma suprema, las actuaciones de los poderes constituidos han de ser conforme a lo que al respecto tiene establecido esta norma jurídica. Esto explica lo del establecimiento de los mecanismos por medio de los cuales hacer efectivo tales limitaciones. En el caso específico del control de la constitucionalidad, si bien éste no se reguló formalmente en la Constitución que dio paso a su origen, nos referimos a la de los Estados Unidos de América, su creación jurisprudencial fue posible, al haber respondido el establecimiento de esta norma jurídica a la concepción antes expuesta.

### ***La amplitud del control de constitucionalidad en Panamá.***

El sistema de justicia constitucional en Panamá se caracteriza por ser uno de los más amplios en cuanto a las normas y actos que van a quedar sujetos a la jurisdicción constitucional objetiva. En nuestro país, prácticamente todos los actos estatales podrán ser sometidos al control de la constitucionalidad, al quedar así expresamente previsto en las normas, constitucionales y legales, que regulan la jurisdicción constitucional objetiva.

Esta particularidad es reconocida así en la doctrina sobre la materia, cuando se señala que la Constitución de Panamá, “establece las bases de uno de los sistemas más concentrados, excluyentes y amplios de control de la constitucionalidad que existen en el derecho comparado, al atribuir a la Corte Suprema de Justicia la guarda de la integridad de la Constitución y, como consecuencia, el poder exclusivo para conocer y decidir sobre la inconstitucionalidad de todos los actos estatales” (El sistema panameño de control concentrado de la constitucionalidad, en el derecho comparado. Ponencia presentada en la Segunda Jornada de Derecho Procesal, celebrada en Panamá, del 30 de enero al 3 de febrero de 1995, p. 2) Adiciona a lo anterior el citado jurista venezolano, Allan R. Brewer.

Cariás, que a diferencia de Panamá, cuyo sistema de justicia constitucional concentrado atribuye a la Corte Suprema de Justicia, el conocimiento de “todos los actos estatales” en materia de inconstitucionalidad, “en casi todos los países en los cuales existe un sistema concentrado de control de la constitucionalidad, este sólo se refiere a las Leyes y actos de similar rango” (ibídem p. 10).

No está demás tener presente, que cuando se creó el control de constitucionalidad vía jurisprudencia en los Estados Unidos de América, fue en función de un conflicto de normas, en este caso entre la Constitución y una Ley del Congreso de los Estados Unidos. De igual forma, cuando se debatió, doctrinalmente, en cuanto a la necesidad de crear un tribunal que de manera exclusiva y especializada conociera de la inconstitucionalidad, se lo hizo en el entendimiento que tal control era sobre leyes emanadas del parlamento, y no para otro tipo de actos. Lo así afirmado va a encontrar asidero, por ejemplo, en el caso del sistema de justicia constitucional español, en el cual, según lo indica Pablo Pérez Tremps, “en el sistema español de control de constitucionalidad, siguiendo en este punto el planteamiento kelseniano, dicho control se atribuye de forma exclusiva al Tribunal Constitucional respecto de las normas con fuerza de ley. Esta atribución comporta que aquellas normas que carezcan de dicha naturaleza, y que poseen, pues, rango reglamentario, pueden y deben ser controlados por los tribunales ordinarios, en especial por los del orden contencioso-administrativo” (Sistema de Justicia Constitucional. Edit. Civitas, España, 2010, p.49).

Esta particularidad del control de la constitucionalidad es la que hay que tener presente, a objeto del análisis que se pretende llevar a cabo, con el propósito de determinar las distorsiones del modelo de justicia constitucional panameño, concretamente en lo que atañe a la jurisdicción constitucional objetiva.

### ***Las normas y actos objeto del control de constitucionalidad en el sistema panameño.***

Como ya se expresó, el sistema de justicia constitucional panameño, es uno de los más amplios del mundo. En efecto, conforme lo deja previsto la Constitución, en su artículo 206, compete a la Corte Suprema de Justicia la guarda de la integridad de la Constitución, la que implica conocer sobre la inconstitucionalidad de las leyes, decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos. Por su parte, en el artículo 2554 del Código Judicial, al desarrollar la norma constitucional referida, se dispone que a la Corte Suprema de Justicia le está atribuido conocer sobre la inconstitucionalidad de “*todas las leyes, decretos de gabinete, decretos-leyes, reglamentos, estatutos, acuerdos, resoluciones y demás actos provenientes de autoridad.*”

Como es fácil constatar, la casi totalidad de las normas jurídicas, y de los actos emitidos por las autoridades, estarían sometidos al conocimiento del Pleno de la Corte Suprema de Justicia en cuanto a determinar sobre su inconstitucionalidad, cuando así sean demandados ante ella. Es por razón de esto que consideramos que se producen una serie de distorsiones en la jurisdicción constitucional objetiva, y que son las que llevan a formular estas reflexiones.

### **Las distorsiones de la jurisdicción constitucional objetiva.**

#### ***Consideraciones introductorias.***

El hecho que se haya configurado un sistema de justicia constitucional de normas, en la forma como existe en nuestro país, no es sinónimo de eficacia, o que con éste se asegura, de mayor manera, el sometimiento a la Constitución de todas las normas jurídicas y demás actos provenientes de las autoridades, o que el mismo brinde mayor garantía de seguridad o certeza jurídica, en cuanto a los efectos de las sentencias que producto del ejercicio de esta jurisdicción son emitidas. Y es precisamente, a nuestro juicio, la amplitud con la que se configuró el sistema de justicia constitucional en Panamá, lo que ha llevado a las distorsiones que inciden tanto en su ejercicio como en sus resultados. Tales distorsiones se van a ver reflejadas, de manera ostensible, en el caso de las resoluciones judiciales, como en el de los contratos en los que es parte el Estado panameño. Veamos, de forma concreta, lo que ocurre en un supuesto y otro.

#### ***En cuanto a las resoluciones judiciales.***

En el caso específico de las resoluciones judiciales, se observan las siguientes distorsiones. Éstas, de acuerdo a nuestro modelo de justicia constitucional pueden ser, y de hecho son sometidas, al control de constitucionalidad. Esto trae como resultado que sentencias, por ejemplo, u otro tipo de resoluciones judiciales que han podido emitirse, veinte o más años atrás, pueden ser demandadas como inconstitucionales, y ser declaradas, en consecuencia, como contrarias a la Constitución. Qué efectos ha de tener la sentencia constitucional emitida en estos casos? La Corte Suprema de Justicia tiene asentada, al respecto, una doctrina constitucional consistente en que en estos casos los efectos son retroactivos. Pues bien, ello nos enfrenta al dilema de tener que determinar, en qué se sustenta este criterio jurisprudencial, cuando existe una disposición legal que dispone expresamente lo contrario?

En efecto, el artículo 2573 del Código Judicial establece, de manera expresa, que las decisiones de la Corte, en materia de inconstitucionalidad, además de ser finales, definitivas y obligatorias, “no tienen efecto retroactivo.” No se trata que de declararse inconstitucional una sentencia, los resultados del fallo de la Corte en el que se adopta esta decisión serían inocuos, de no tener efectos retroactivos, como se sostiene en la jurisprudencia sobre la materia, sino de establecer ¿hasta dónde está facultada la Corte Suprema de Justicia para desconocer un claro precepto legal que dispone lo contrario? Expresado de otra forma, está facultada la Corte Suprema, como guardiana de la constitucionalidad, para quebrantar la ley so pretexto de hacer efectivo un fallo de inconstitucionalidad, al darle efectos retroactivos, cuando de una resolución judicial se trata?

Lo paradójico de esto es que cuando el Pleno de la Corte Suprema de Justicia tuvo la oportunidad de pronunciarse con respecto a la constitucionalidad o no de lo previsto en el artículo 2573 del Código Judicial, cuando mediante demanda de inconstitucionalidad se cuestionaba, específicamente, dicha frase declaró que ésta no violaba la Constitución.

En el fallo de 4 de junio de 1991, en el que se debatió lo referente a la inconstitucionalidad de la frase en mención, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, sostenía que:

*“Las consideraciones expuestas ponen de relieve que la frase que aparece al final del artículo 203 (hoy 206) de la Constitución Nacional se refiere a los efectos generales de las sentencias que la Corte pronuncia en ejercicio del control de la constitucionalidad, es decir, que tales decisiones jurisdiccionales, una vez pronunciadas, contra ellas no cabe ningún recurso y sus efectos definitivos lo son también erga omnes, o sea, abarca a todos”.*

Expuestas tales consideraciones, la Corte adicionaba lo siguiente:

*“Por ello, es evidente que en ese caso los efectos ex –nunc de las sentencias de inconstitucionalidad, dispuestos por el legislativo en la norma legal del procedimiento constitucional, responde a una interpretación correcta de los principios de la Constitución y basada, como se ha señalado, en la doctrina constitucional y la jurisprudencia panameña sobre el control de la constitucionalidad que ejerce la Corte Suprema de Justicia de conformidad con el artículo 203(hoy 206) de la Constitución Política” (Registro Judicial de junio de 1991, p.21).*

Una lectura atenta de lo aseverado por la Corte da cuenta que, más que aclarar el por qué en unos casos se justifica darle efectos retroactivos a la sentencia de inconstitucionalidad, cuando lo así declarado recae sobre una resolución judicial, y por qué en otros no, cuando lo declarado como infractor de la Constitución trata de una disposición legal, por ejemplo, lo que hace es sembrar más confusión. Explicado en otro sentido, se afrontó el problema pero no se le dio una respuesta convincente ni categórica.

Esto se sostiene así, ya que cuando en el artículo 2573 del Código Judicial se establece que las decisiones de la Corte Suprema, en materia de inconstitucionalidad, no tendrán efectos retroactivos no se hace distinción alguna, de manera que la distinción que al respecto se hace es por parte de quien interpreta la norma, es decir la propia Corte, y no el legislador, como se pretende hacer creer.

Otra de las distorsiones que se producen por razón de someter al control de la constitucionalidad las resoluciones judiciales, tiene que ver con el criterio jurisprudencial que exige, como presupuesto previo a poder demandar ante la Corte Suprema como inconstitucional una resolución judicial, que se hayan agotados los medios impugnativos correspondientes.

En efecto, en fallo de 2 de noviembre de 2007, del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, dejaba consignado que:

*“Esta Superioridad procede a examinar el libelo, a fin de determinar si cumple con los presupuestos legales de admisión.*

*En este punto advierte, que si bien es cierto, la demanda cumple con las menciones y requisitos formales contemplados en el artículo 2560 del Código Judicial, no ha cumplido el presupuesto procesal reiteradamente exigido por esta Corporación de Justicia, de acreditar el agotamiento previo de todos los medios de impugnación previstos en la ley, siendo que no consta en el dossier, que la sentencia condenatoria proferida contra el señor haya sido objeto del recurso de Casación Penal, remedio que podía haber sido agotado antes de recurrir a la esfera constitucional.*

*Recordemos en este sentido, que el Pleno de la Corte viene insistiendo, de manera uniforme y reiterada, en la imperatividad de agotar los medios de impugnación, sean ordinarios o extraordinarios, que la ley ha previsto para enervar actos jurisdiccionales, reservando el proceso constitucional para aquellos actos ejecutoriados, definitivos, y que no puedan impugnarse por otros medios (Principio de Definitividad o Subsidiariedad).”*

En este fallo la Corte Suprema hace referencia, también, al de 6 de septiembre de 2006, en el que se manifiesta que:

*“En este momento conviene recordar, que en materia de acciones de inconstitucionalidad también se debe cumplir con el ‘principio jurisprudencial del necesario agotamiento de los recursos o las vías procesales disponibles’, hecho éste que ha sido objeto de reiterados pronunciamientos jurisprudenciales por parte de esta Corporación de Justicia, como el que a continuación citamos:*

*‘La necesidad del agotamiento de la vía o utilización previa de recursos procedentes contra el acto atacado de inconstitucional, si bien la ley no lo preceptúa, la jurisprudencia que ha sentado este requerimiento ha sido constante uniforme. El carácter extraordinario de esta acción constitucional determina el que proceda cuando se hayan agotado todos los medios por los que se pueda anular el acto cuya inconstitucionalidad se pretende’.*

*Esta resolución confirma la jurisprudencia que ya había establecido la Corte, de que para que una demanda de inconstitucionalidad sea viable, es necesario que el agotamiento de los recursos legales disponibles para impugnar el acto o resolución denunciado como inconstitucional”.*

Lo expuesto, lejos de desvirtuar lo que se ha señalado en cuanto a las distorsiones del control de constitucionalidad en nuestro país, lo que hace es confirmar lo que se ha aseverado. En efecto, desde el momento que las resoluciones judiciales pueden ser sometidas al control de la constitucionalidad, ello va a traer como resultado que se tenga que recurrir a criterios que, lejos de evitar que la jurisdicción constitucional objetiva se convierta en una instancia más a donde recurrir las decisiones judiciales de los diversos tribunales de justicia, lo que termina ocurriendo es precisamente lo que se pretende impedir, en la medida en que, como se infiere de los criterios jurisprudenciales aludidos, una vez que se agoten los medios impugnativos respectivos, es cuando se pueden demandar tales decisiones ante el Pleno de la Corte Suprema de Justicia como inconstitucionales. Se convierte así la acción de inconstitucionalidad contra resoluciones judiciales, en una especie de recurso de revisión constitucional, porque no otro es el sentido que termina dándosele, desde el momento que se pone como presupuesto previo a demandar las resoluciones judiciales ante la Corte por razones de inconstitucionalidad, el que se agoten contra éstas los distintos medios impugnativos que tiene previsto la ley.

### ***En cuanto a los Contratos en los que es parte el Estado***

Este es un tipo de acto sobre el cual existe una polémica casi ancestral, con el perdón y la licencia en el uso del término. Decimos esto debido a que, pese a los años que lleva en debate, todavía no existe un criterio jurisprudencial uniforme en cuanto a que si los contratos en los que es parte el Estado, pueden ser sometidos o no a la jurisdicción constitucional, específicamente a la jurisdicción constitucional objetiva. Y en este caso la polémica se genera independientemente que se trate de un contrato de naturaleza civil o administrativa. Basta con que el Estado sea parte para que surja o se planté el debate. Dicho de otra forma, desde el momento que se trata de un acto proveniente de autoridad o en el que participa una autoridad, va a surgir la controversia en el sentido de si pueden ser sometidos o no al control de la constitucionalidad, los contratos en los que el Estado es una de las partes.

Explicado de otra forma, como quiera que nuestro sistema de justicia constitucional abre las puertas a la casi totalidad de los actos provenientes de autoridad, nada ha impedido que se considere, y así se ha hecho, que los contratos en los que es parte el Estado puedan ser demandados ante la Corte Suprema de Justicia aduciéndose su inconstitucionalidad, a partir de lo cual, una vez demandados, ha traído como resultado que se haya planteado en diversas oportunidades por parte de la Corte Suprema de Justicia, el dilema de tener que dilucidar o determinar si éstos pueden ser o no sujetos a este control.

Veamos lo concerniente al debate que se ha generado en lo que respecta al control de la constitucionalidad de los contratos en los que es parte el Estado, en sus dos dimensiones, la doctrinal y la jurisprudencial, para luego exponer nuestro criterio.

#### ***Lo que se sostiene en la doctrina.***

En cuanto a este debate, el constitucionalista panameño, Dr. Carlos Bolívar Pedreschi, es de la siguiente opinión:

*“Un contrato de naturaleza civil celebrado por el Estado es tan susceptible de violar la Constitución como un contrato de naturaleza administrativa. Basta pensar en el interés que se tomó el constituyente en sentar las bases que debían presidir la contratación civil del Estado para darse cuenta de que los contratos de esta naturaleza están afectos al control de la constitucionalidad. Si el constituyente no tenía interés en que la contratación civil del Estado se ajustara forzosa-*

*mente a determinadas reglas, ¿por qué se tomó la molestia de fijar estas reglas en la propia Constitución? (El control de la constitucionalidad en Panamá, Ediciones Guadarrama, España, 1965, p. 358).*

Por su parte, Francisco Rodríguez Robles, en su trabajo de graduación titulado, **“El proceso de inconstitucionalidad en el ordenamiento jurídico panameño”**, al abordar el tema expresa que:

*“A nuestro parecer, no es cierto que un contrato administrativo entre el Estado y un particular no tenga un interés público o social, ya que si éste confiere-por ejemplo-un determinado monopolio a un particular; cualquier persona puede solicitarla declaratoria de inconstitucionalidad del respectivo contrato.”*

A lo anterior adiciona el citado jurista, apoyándose en el criterio del Dr. Quintero, lo que sigue:

*“Si analizamos lo expuesto por nuestro profesor podremos concluir que cualquier contrato, entre el Estado y un particular o los contratos que celebran dos entidades de la administración pública, son objeto del control de la constitucionalidad. También se desprende que este jurista considera que los contratos y actos privados deberían ser susceptibles de impugnación constitucional” (ob. cit. p. 85).*

Como se puede apreciar, conforme lo sostienen los juristas citados, los contratos en los que el Estado es parte, pueden ser sometidos al control de la constitucionalidad, ello sin tomar en cuenta si se trata o no de contratos de naturaleza civil o administrativa. Basta que en éstos haya tomado parte el Estado para que, en el evento que se consideren como contrarios a la Constitución, puedan ser demandados por inconstitucionales ante la Corte Suprema de Justicia, debiendo ésta que pronunciarse al respecto, a fin de determinar si en efecto se ajustan o no a lo previsto en la Constitución, según sea el señalamiento que en razón de ello se le ha formulado.

### ***Lo que se sostiene en la jurisprudencia constitucional sobre el tema.***

Sin tener que remontarnos muchos años en el tiempo, ubiquémonos en una época más reciente, y nos encontraremos con el mismo dilema que se ha

planteado la Corte Suprema de Justicia, en cuanto a considerar si los contratos en los que el Estado es parte, pueden ser sometidos o no al control de constitucionalidad.

Observamos en ese sentido que la controversia continua, que todavía no existe una posición uniforme al respecto, en la medida en que vamos a encontrar, en la doctrina jurisprudencial sobre la materia, dos posiciones que por decir lo menos son excluyentes entre sí. En efecto, en fallo de 15 de noviembre de 1996, ante demanda de inconstitucionalidad presentada contra el contenido de unas cláusulas de un contrato de concesión administrativa, sostenía el Pleno de la Corte que:

*“Estima el Pleno que un contrato que celebre el Estado, que siempre tiene una finalidad de interés público, por cuanto se trata de un mecanismo para atender, en forma mediata o inmediata, necesidades públicas, constituye un acuerdo de voluntades, sin perjuicio de que, en su celebración, interpretación, dirección o ejecución se reserve el Estado ciertas prerrogativas dimanantes de la naturaleza del sujeto que contrata, pero cuyo cumplimiento, terminación o resolución, sea en sede administrativa o jurisdiccional, impone la necesidad de que se le permita a la parte contratante que haga valer sus derechos e intereses, pues, de lo contrario, el acuerdo de voluntades podría ser deshecho, por la sola voluntad unilateral del Estado, sin siquiera escuchar a la parte co-contratante, lo que colocaría a la misma en un estado de indefensión. En las actuales circunstancias, esas controversias contractuales quedan sujetas, en sede jurisdiccional, en la jurisdicción contencioso administrativa, de conformidad con el artículo 78 de la Ley 56, de 27 de diciembre de 1995, sin perjuicio de la potestad de resolver dicho contrato unilateralmente...”*

Expuesto esto adicionaba la Corte Suprema que:

*“Es evidente, por lo tanto, que una demanda de inconstitucionalidad sobre cláusulas contractuales, privaría a una de las partes contratantes el derecho a contradecir las afirmaciones del co-contratante, en un proceso contradictorio con todas las garantías procesales, lo que dejaría en indefensión a la parte afectada.”*

En base a dicho análisis, concluía el Pleno de la Corte Suprema de Justicia lo siguiente:

*“Por todo lo expuesto, la Corte Suprema, Pleno, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO ADMITE la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por .sobre fragmentos de un número plural de cláusulas contenidas en el Contrato No.”*

El fallo o decisión en referencia no fue unánime, pues tres Magistrados disintieron de lo decidido, lo que los llevó a emitir un salvamento de voto suscrito por los tres disidentes. Dicho voto en contra del fallo de la mayoría lo sustentaban aduciendo lo siguiente:

*“La decisión de mayoría no admite la demanda de inconstitucionalidad invocando razones procesales; o sea que veda la acción de inconstitucionalidad contra los contratos administrativos... Al proceder con ese criterio no se ha planteado si los señalamientos que se hacen en la demanda tienen rango de materia constitucional; es decir, si se refieren a cuestiones reguladas por la Constitución Nacional.*

*La decisión de mayoría, se repite, afecta en realidad el ejercicio de la acción de la inconstitucionalidad, contra los contratos administrativos, con los argumentos expresados.*

*No creemos que ello sea correcto, ni que jurídicamente se puedan excluir los contratos administrativos del examen constitucional. La acción de inconstitucionalidad está establecida en la propia Constitución cuando expresa en su artículo 203(hoy 206) que la Corte Suprema de Justicia tiene la guarda de la integridad de la Constitución, y que el Pleno conocerá y decidirá sobre la inconstitucionalidad de las leyes, decretos, acuerdos, resoluciones demás actos que por razón de fondo y de forma impugne ante ella cualquier persona.*

*Se advierte la amplitud con que está concebida la acción de inconstitucionalidad, manifiesta en las expresiones ‘demás actos’, ‘razones de fondo’ y ‘cualquiera persona.’ ”*

Una vez expuestas las razones que los llevaban a salvar su voto, los Magistrados disidentes hacían referencia a un precedente jurisprudencial en el que la Corte, no sólo había admitido una demanda de inconstitucionalidad contra un contrato administrativo sino que, además, hubo un pronunciamiento de

fondo declarando inconstitucional un vocablo de unas de las cláusulas de dicho contrato administrativo en el que, como es obvio, una de las partes era el Estado panameño (el precedente aparece en el Registro Judicial de febrero de 1988).

Con posterioridad, la Corte Suprema de Justicia, una vez más, abordó el mismo tema, ahora con una posición mayoritaria que sostenía exactamente lo contrario a lo decidido en el fallo de 15 de noviembre de 1996. Es decir, habiéndose pronunciado con respecto a una demanda de inconstitucionalidad promovida en contra de un contrato administrativo en el que el Estado es una de las partes, sosteniendo que éstos no son susceptibles de ser sometidos al control de la constitucionalidad, ahora, ante similar acción e igual acto, manifestaba lo contrario. Esto es lo que queda plasmado en sentencia de 11 de diciembre de 2006, en la que se argumenta lo siguiente:

*“Lo expuesto por la representación del Ministerio Público en su Vista Fiscal, al igual que los argumentos jurídicos señalados por los que se oponen a la demanda de inconstitucionalidad, llevan a esta Corporación a reconocer la existencia de un pronunciamiento anteriormente dictado y que guarda relación en lo referente a la procedencia de resolver la pretensión por la vía constitucional, en consideración a su naturaleza.”*

La Corte Suprema, luego de reconocido esto, y transcrita la parte pertinente del fallo de 15 de noviembre de 1996, ya citado con anterioridad, expresaba que:

*“De la jurisprudencia expuesta, se denota que la mayoría de los Magistrados que conforman el Pleno de la Corte Suprema, en la ocasión en que se resolvió aquella demanda de inconstitucionalidad contra el contrato de concesión administrativa en que se decidió no admitir la demanda por considerarla no viable, tuvo como fundamento la preferencia de la vía contencioso administrativa como la vía idónea para resolver asuntos que en virtud de la Ley No. 56 de 1995, eran sometidos a trámites y procesos que amparaban el derecho de defensa y oposición a las partes en el referido contrato celebrado por el Estado con un particular.*

*En la ocasión, esta colegiatura conceptúa necesario y pertinente agotar el análisis y profundizar en el fondo del asunto planteado por el accionante, por la consecuencias y repercusiones que el presente fallo guardará en la relación contractual celebrada por el Estado y el concesionario, el que podría significar perjuicios económicos y fi-*

*nancieros, no sólo para el concesionario sino también para el Estado Panameño.*

*Visto lo anterior, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia se dispone a analizar y a resolver la respectiva demanda de inconstitucionalidad.”*

Ante esta última posición asumida por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, pudiera pensarse que dicha controversia quedaría, de ahí en más, superada. Poco fue el tiempo, sin embargo, en que tal criterio jurisprudencial se mantendría. En efecto, demandado una vez más un contrato de concesión administrativa, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia señalaría lo siguiente:

*“Para resolver, el Pleno conviene en aclarar que no obstante haber sido admitida la demanda en cuestión, no es sino mediante un pronunciamiento de fondo que se posibilita abordar el tema referente a la viabilidad de la presente acción de inconstitucionalidad, el cual ha sido esbozado por el actor en la narración de su demanda fundamentándose en la prédica del artículo 2559 del Código Judicial, en cuanto que el mismo permite impugnar por esta vía los ‘demás actos de autoridad.’*

*Sin embargo, es menester señalarle al promotor de la acción, que en la temática constitucional rige el principio de especialidad que dice relación con la necesidad previa de agotar los remedios procesales que la ley establece para que la parte interesada o afectada disponga de ellos con miras a restablecer los derechos que crea le asistan. En ese sentido, tratándose en este caso de un contrato de concesión administrativa, debió el demandante acudir a la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo.*

*Este principio de especialidad se fundamenta en que la acción de inconstitucionalidad se ha instituido como una acción autónoma y no como otro medio impugnativo, lo que significa que el proceso que se origina con la promoción de dicha acción se surte con total independencia y viabilidad, pero sólo frente a actos definitivos que como tales no resulten susceptibles de otras formas de impugnación.”*

Argumentado esto, y después incluso de hacer referencia y transcribir la parte pertinente del fallo de 15 de noviembre de 1996, ello con miras a sustentar su decisión, terminaba sosteniendo la Corte Suprema de Justicia que:

*“Luego entonces, constatado que acerca de controversias inherentes a contratos de concesión administrativa, como resulta en este sub júdice, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia ha sentado el criterio de la preferencia de la vía contencioso administrativa en vez de la constitucional y, dada la improcedencia de la acción examinada, no sólo procede ahora reiterar el citado criterio sino que subsecuentemente se impone declarar la no viabilidad de dicha acción”* (Fallo de 7 de noviembre de 2007, del Pleno de la Corte Suprema de Justicia).

### ***Análisis crítico***

Una simple lectura de la realidad expuesta, independientemente de la posición que se adopte con respecto al tema en debate, no puede llevar más que a un juicio crítico del estado actual de la doctrina jurisprudencial en cuanto al control de la constitucionalidad de los contratos en los que el Estado es parte. Es decir, ante lo contradictorio de los criterios jurisprudenciales aducidos, como de las decisiones tan disímiles adoptadas sobre un mismo tema sometido a debate constitucional, no se debe asumir una posición de indiferencia, como si se tratara de la actuación de cualquier tribunal de justicia o como si se estuviera ante controversias vecinales que no requieren de mayor atención por lo intrascendente de la misma ¿O podrá sostenerse lo contrario, en el sentido que con posiciones tan disímiles, y contradictorias, se fortalece nuestra justicia constitucional? ¿No será esto más que el resultado de la forma como se ha configurado nuestro modelo de control de la constitucionalidad? ¿Debe ser en sede constitucional el escenario en el que ha de dilucidarse el control jurisdiccional de los contratos en los que el Estado es parte? ¿Resulta coherente, y da lo mismo someter éstos a una u otra jurisdicción, la contenciosa administrativa y la constitucional? Precisemos las reflexiones.

Estas contradicciones, y distorsiones, por una parte, son producto, lo afirmamos así, de lo desmesurado que resulta nuestro modelo de justicia constitucional, concretamente en lo que tiene que ver con la jurisdicción constitucional objetiva, al incluir entre los actos sujetos al control de constitucionalidad, entre otros actos provenientes de autoridad, a los contratos en los que el Estado es una de las partes y, por la otra, a la falta de coherencia en los criterios jurídico constitucionales, al abordar temas como estos, que requieren de una mayor fundamentación y consistencia, a la hora de ser abordados.

Como se indicó en su momento, nuestro sistema de justicia constitucional se configuró sobre la base de dar cabida al control de la constitucionalidad, a prácticamente todos los actos provenientes de cualquier autoridad. Es decir,

un sistema que se planteó, y que por lo tanto surgió, como un mecanismo a través del cual poder hacer efectivo el principio de supremacía constitucional con respecto a las normas jurídicas, sobre todo de las leyes, en Panamá, al establecerse, se le reguló de forma tal que ante ésta puedan ser recurridos, además de las leyes como otras normas con jerarquía de ley, los acuerdos, resoluciones, y demás actos provenientes de autoridad, lo que ha traído como resultado, a la larga, que termine viéndosele como una instancia más a la que se puede acudir para dilucidar temas que, más que constitucionales, son y resultan ser, en la gran mayoría de las veces, causas en las que están implicados intereses particulares que se pueden y deben resolver en las instancias judiciales correspondientes. Sin proponérselo ni habiéndose regulado formalmente así, en la práctica la Corte Suprema de Justicia ha quedado convertida en el tribunal en el que, cuando no se tiene claro ante quien recurrir o cuando habiéndose acudido ante todas las otras instancias o autoridades, se termina planteando ante ella, vía la acción de inconstitucionalidad, el tema o pretensión objeto de controversia, independientemente que el debate o sobre lo que se polemiza o se discute, trate o no de materia constitucional, con los resultados ya vistos.

Se desnaturaliza y deslegitima la jurisdicción constitucional, cuando habiendo previamente decidido el Pleno de la Corte Suprema de Justicia que tal o cual acto jurídico, aún cuando proveniente de una autoridad, no es susceptible de ser sometido al control de la constitucionalidad, poco tiempo después afirma, y decide exactamente lo contrario. ¿Qué hace que lo que hasta hace poco no era objeto del control de la constitucionalidad luego, aduciéndose argumentos similares para sostener que no, ahora se es del criterio que sí, para después volver nuevamente, con posterioridad, a decir que no? ¿En qué se sustenta el criterio jurisprudencial que primero considera que un contrato administrativo no es susceptible del control de constitucionalidad, para sostener lo contrario después, en la Constitución o en el simple criterio de la mayoría que circunstancialmente es de ese parecer? En estos casos no se está ante un cambio en los criterios jurisprudenciales, lo que es perfectamente comprensible, y entendible, sobre todo cuando tal cambio es sustentado o razonado, sino de un criterio jurisprudencial que no logra encontrar en la Constitución, soporte suficiente como para definir, de una vez por todas, porque motivo los contratos en los que es parte el Estado no quedan sujetos al control de constitucionalidad, o si finalmente si lo van a ser.

En estos casos, es oportuno decirlo, debe existir no ya certeza o seguridad jurídica en los criterios que sustentan una decisión jurisprudencial en sede constitucional, sino que debe haber una argumentación constitucional que consolide y de coherencia a la justicia constitucional, porque es en ésta en la que terminan viéndose, y buscándose, las orientaciones jurídicas en materia constitucional.

En fin, y a manera de resumen de todo lo expuesto, de lo que se trata, en todo caso, es que el control de las resoluciones judiciales como de los referidos contratos, debe estar circunscrito en el ámbito de la acción de amparo, en el supuesto de las resoluciones judiciales, mecanismo idóneo a través del cual se debe dilucidar la infracción o no de la Constitución, cuando así lo reclame quien se sienta vulnerado en alguno de los derechos fundamentales que le reconoce tal norma jurídica, y en el de los contratos en lo que es parte el Estado, o la jurisdicción ordinaria o la del contencioso administrativo, en las que es posible la participación de las partes, con miras a defender sus derechos.

### *A manera de reflexión final*

No cabe duda que cuando se estableció en nuestro país el control de constitucionalidad, adoptando para ello un sistema jurisdiccional y concentrado, además de lo que esto venía a representar para el fortalecimiento del principio de supremacía constitucional, lo que se buscaba o pretendía era darle mayor consistencia, coherencia, y, porque no, mayor seriedad a los temas constitucionales. De lo contrario, no se lo hubiera regulado constitucionalmente, y se hubiese dejado tal y como estaba, un sistema difuso con un recurso de casación constitucional promovido ante la Corte Suprema de Justicia. Por tanto, regularlo constitucionalmente fue positivo, haber adoptado un sistema jurisdiccional concentrado en la máxima Corporación de justicia fue acertado. Ahora bien, haberlo configurado con la amplitud, y en la forma como se lo hizo, al disponer que además de las leyes como los decretos leyes, se puedan demandar ante la Corte Suprema de Justicia, prácticamente la casi totalidad de los actos provenientes de autoridad, ¿ha sido conveniente y lo correcto? Definitivamente que no, o por lo menos ese es mi criterio, el que sustentamos en lo ya expuesto. Las distorsiones a las que nos hemos referido dan más que fundamento para sostener lo que considero son los efectos, y las consecuencias negativas, de la amplitud como ha sido regulada la justicia constitucional en Panamá. De lo que se trata, por ende, es de someter ésta a los análisis y estudios críticos necesarios, y que por lo demás, son los requiere toda institución creada en un momento determinado, y que con el transcurso del tiempo amerita ser revisada, a objeto de verificar sus resultados, o si se quiere, analizar la forma como viene funcionando, ello con miras a corregir las imperfecciones y deficiencias, y hacer de ésta un mecanismo más eficaz pero sobre todo, que la lleven a contar con mayor credibilidad y legitimidad en cuanto al ejercicio de sus funciones se trata.

Al manifestar esto, lo hago compartiendo plenamente lo expresado por el filósofo español, Fernando Savater, cuando sostenía que:

*“Lo que nuestros semejantes han establecido, nosotros podemos enmendarlo. El lema de Gianbattista Vico fue: verum factum. Es decir, sólo podemos conocer a fondo la verdad de aquello que sabemos cómo se ha fabricado. En lo tocante a las realidades naturales, nuestra ciencia siempre es limitada porque no somos capaces de crear seres vivos, ni obtener materia de la nada, ni hemos patentado las llamadas ‘leyes’ que rigen el cosmos...vigentes al menos en aquella parte de él con la que tenemos trato. Pero las leyes humanas, las instituciones de transmisión o adquisición del poder político, las pautas de comportamiento, el reparto de las tareas laborales y la administración de las riquezas, todo ello puede ser plenamente comprendido por cabezas tan humanas como las que urdieron en su día la trama que ahora nos aprisiona. Y aquello que plenamente podemos comprender, porque somos nosotros-es decir, los que fueron o son como nosotros-quienes lo hemos ‘hecho’, también lo podemos transformar o reformar de acuerdo con proyectos compartidos” (El valor de elegir. Edit. Ariel, España, 2003, p.143).*

Dicho de otra forma, todo lo que han hecho otros en otras épocas, y en unos contextos determinados, puede ser o transformado, mejorado, enmendado, corregido, actualizado, y si es el caso, superado, sustituido o cambiado. Desde luego, y así debe entenderse, todo ello con miras a que las cosas funcionen mejor, de manera más eficaz, y cuando de una democracia se trata, para que las instituciones respondan a los problemas y aspiraciones de la Comunidad, y para que sus integrantes, al fin y al cabo para quienes son creadas, se sientan amparados e identificados con éstas.

Somos conscientes que las distorsiones a las que nos hemos referido, no son las únicas que se producen por razón de la amplitud como se reguló nuestro modelo de justicia constitucional, en cuanto a las normas y actos sujetos a dicho control. No obstante, lo que se pretende con estas reflexiones es dejar consignada la inquietud, de manera que cuando en el futuro se aborde con seriedad la reforma de la justicia constitucional en nuestro país, lo que pasa ineludiblemente por una reforma de la Constitución, se puedan llevar a cabo las discusiones de éstos y otros temas que hoy día, más que permitir una justicia constitucional más eficaz en Panamá, lo que hacen es llenarla de una serie de distorsiones, creando así más confusión que certeza, más incertidumbre que seguridad, dando la impresión que más que una jurisdicción constitucional, se está es ante una jurisdicción en la que se debaten, más que temas, asuntos o controversias constitucionales, problemas propios de otras jurisdicciones, cuando no de la jurisdicción ordinaria.