

LOS DESC EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE PANAMÁ

Salvador SÁNCHEZ GONZÁLEZ*

SUMARIO: I. *Jurisprudencia sobre los tipos de derechos.* II. *El concepto de normas programáticas.* III. *Consideración especial sobre el artículo 17 de la Constitución.* IV. *La jurisprudencia y los instrumentos internacionales.* V. *Desarrollo progresivo de los DESC.* VI. *Conclusiones.* VII. *Bibliografía.*

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Panamá sobre derechos económicos, sociales y culturales (DESC) aborda diferentes temas. En este trabajo se presentan algunos de ellos, intentando ofrecer tanto una descripción de los aportes de la Corte como una crítica de sus argumentos y conclusiones. En principio, la jurisprudencia que se examina corresponde a la Corte en Pleno, en ejercicio de funciones de control de constitucionalidad, tanto por vía del control abstracto como del concreto. Sin embargo, también se examinan pronunciamientos jurisdiccionales de la Sala Tercera de la Corte, en cuanto ofrecen interesantes rutas interpretativas de los DESC.

I. JURISPRUDENCIA SOBRE LOS TIPOS DE DERECHOS

Desde la introducción de los DESC con la Constitución de Panamá de 1941, el catálogo de derechos constitucionales contenido en el título III pasa a denominarse de derechos “individuales” y “sociales”. Además de esa agrupación principal existen al menos otras dos importantes: la nacionalidad y los derechos políticos, que se mantienen regulados en títulos adicionales (título II, “Nacionalidad y extranjería” y título IV, “Derechos políticos”).

* Panameño. Licenciado en derecho y ciencias políticas por la Universidad Santa María La Antigua. Especialista en derecho constitucional y ciencia política por el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, España. Profesor universitario, ha dictado los cursos de derecho constitucional, ciencia política y derechos humanos, entre otros. Ha publicado artículos en revistas especializadas de Panamá, España, México y Chile.

Por su lado, la jurisprudencia ha reconocido la pluralidad de *tipos de derechos*, asumiendo posiciones doctrinales muy difundidas, como la de las tres generaciones de derechos. Así, por ejemplo:

1. Derechos humanos de primera generación:

Estos derechos que fueron consagrados inicialmente en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, se refieren a la protección de los derechos civiles y las libertades públicas, es decir, los llamados derechos “fundamentales”. En este grupo se encuentran los derechos a la seguridad y a la integridad física y moral de la persona humana. Del mismo modo, se incluyen los derechos políticos, tales como el derecho a la participación democrática en la vida política del Estado.

2. Derechos humanos de segunda generación:

Estos derechos se consagraron en la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada en 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, y posteriormente en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966. Los derechos humanos de segunda generación son aquellos que permiten al particular colocarse en condiciones de igualdad frente al Estado, con la obligación consecutiva de proteger los derechos económicos, sociales y culturales. Entre estos derechos se incluyen: el derecho a la educación, al trabajo, a la propiedad, a la salud, entre otros.

3. Derechos humanos de tercera generación:

También llamados los derechos “de la nueva generación” o los derechos “colectivos de la humanidad”, los derechos de tercera generación pueden ser definidos como aquellos derechos subjetivos e intereses legítimos que pertenecen a personas indeterminadas y a diversos grupos sociales distribuidos en varios sectores, y que se refieren a ámbitos como el patrimonio de la humanidad, el medio ambiente, entre otros. De acuerdo al Instituto de Estudios Políticos para América Latina y África, a pesar que no existe acuerdo en la doctrina a la hora de enumerar y clasificar los derechos de la tercera generación, podemos considerar comprendidos en la misma los siguientes derechos: El derecho de autodeterminación de los pueblos, el derecho al desarrollo, el derecho al medio ambiente sano y el derecho a la paz.¹

¹ Sentencia del 29 de julio de 2008, de la Sala Tercera de la CSJ, en el marco de un proceso de protección de los derechos humanos interpuesto por la firma forense Rivera, Bolívar & Castañedas, en representación de Fundación Pro Bienestar y Dignidad de Personas Afectadas por el VIH-Sida (PROBIDSIDA), contra el Ministerio de salud y la Caja de Seguro Social, para que se exija el cumplimiento de lo dispuesto en el capítulo IV de la Ley núm. 1, del 10 de enero de 2001, y el Decreto Ejecutivo núm. 65 del 6 de mayo de 2002.

También se han admitido clasificaciones que agrupan los derechos en otros tres grandes grupos: derechos individuales, sociales y de solidaridad.² Así, por ejemplo:

Quando se habla de intereses o derechos colectivos o difusos, se les ubica como una tercera generación de derechos fundamentales, cuyo valor de referencia o guía es la *solidaridad*. Estos derechos se encuentran al margen de los derechos civiles y políticos (primera generación de derechos), cuyo valor guía fue la *libertad*; y de los derechos culturales, sociales, y económicos (segunda generación de derechos), encaminados a la igualdad.³

Los derechos o intereses difusos tuvieron inicialmente reconocimiento en la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema (responsable de la jurisdicción contencioso administrativa), desde el seminal fallo del 12 de marzo de 1993, mediante la cual se acogió la tesis de la existencia de los intereses o derechos difusos, los cuales pueden definirse como “aquéllos en los cuales existe una indeterminación en sus titulares, dado su carácter supra-individual, una indivisibilidad del bien jurídico sobre el cual recaen y una ausencia de relación jurídica entre sus titulares”.⁴

Resulta interesante que en este caso la Corte Suprema haya dado por buena la distinción entre derechos de interés individual, de interés colectivo (de grupos determinados) o de interés difuso (de grupos indeterminados).

En el caso citado, la Corte Suprema ha encontrado que son derechos de interés difuso tanto el derecho a la salud como el derecho al medio ambiente sano:

² En la sentencia recién citada se incluyen, además, como derechos individuales, los del capítulo I del título III, como DESC a los de los capítulos 2o.-6o. y de forma autónoma el derecho al medio ambiente sano, en el capítulo 7o. El capítulo 8o. no se menciona, pero debemos entender que se trata de una omisión involuntaria, y que en la clasificación propuesta se incluiría en el grupo de capítulos dedicados a los DESC.

³ Amparo de garantías constitucionales presentado por la licenciada Celma Moncada en su propio nombre y representación contra la orden de hacer contenida en la resolución núm. 02 adm/arap del 29 de enero de 2007, emitida por la Autoridad de los Recursos Acuáticos de Panamá. Ponente: Jerónimo Mejía E. Panamá, (17) diecisiete de noviembre de dos mil diez (2010).

⁴ También en la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción, interpuesta por el licenciado Juan Ramón Sevillano Callejas, en representación de la Asociación Nacional para la Conservación de la Naturaleza (Ancón), para que se declare nula por ilegal, la resolución núm. dg-047-92 de 14 de septiembre de 1992, emitida por el Instituto Nacional de Recursos Renovables (Inrenare), y para que se hagan otras declaraciones. Magistrado ponente: Arturo Hoyos. Panamá, veintidós (22) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

En nuestro país, la Constitución contempla una serie de derechos que pueden ubicarse dentro de la categoría de derechos colectivos o difusos, como lo son *el derecho a la promoción, protección, conservación y restitución de la salud* (artículo 109 C.N.); Derecho a un ambiente sano (artículo 118 C.N.); Derecho de protección, renovación y permanencia de los recursos naturales (artículos 120 y 121 C.N.), entre otros (énfasis mío).

La doctrina de los derechos o intereses difusos también se extendió al amparo de garantías constitucionales, institución en la que podía ser de utilidad debido a la problemática compartida sobre la legitimación activa para interponer el amparo y el recurso de plena jurisdicción (para el control de la legalidad de los actos administrativos en razón de lesiones a los derechos subjetivos).⁵

El principal efecto positivo de la implantación de esta doctrina ha sido la admisión de amparos colectivos,⁶ a lo que se unió también la admisión de hábeas corpus colectivos.⁷

Se trata de intereses que no encajan dentro del concepto clásico de *interés público*, ni dentro del concepto de *interés individual o subjetivo*, sino que responden a una nueva categoría que se ha denominado *interés transindividual o supraindividual*, que requiere, al igual que los primeros, ser reconocido y tutelado de manera eficaz.

En términos generales, nos encontramos frente a intereses que pertenecen a todos los miembros de un grupo, más o menos amplio, determinado o determinable, de contornos relativamente nítidos, que son afectados por una situación que le es común a todos y que en algunos casos se encuentran vinculados por una relación jurídica (énfasis en el original).

Casi al mismo tiempo que aparecía en el marco de las instituciones de garantía, la doctrina estaba presente en los fallos sobre constitucionalidad

⁵ Amparo de garantías constitucionales interpuesto por la licenciada Leonor Alvarado Garrido, en nombre y representación de Sociedad Audobon de Panamá, contra la orden de hacer contenida en la orden de proceder núm. dm-718, del 30 de junio de 1995, expedida por el Ministro de Obras Públicas. Magistrada ponente: Mirtza Angélica Franceschi de Aguilera. Panamá, ocho (8) de septiembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

⁶ Amparo de garantías constitucionales presentado por la Licda. Celma Moncada en su propio nombre y representación contra la orden de hacer contenida en la Resolución núm. 02 adm/arap de 29 de enero de 2007, emitida por la Autoridad de los Recursos Acuáticos de Panamá. Ponente: Jerónimo Mejía E. Panamá, (17) diecisiete de noviembre de dos mil diez (2010).

⁷ Por ejemplo, el ya mencionado hábeas corpus colectivo presentado contra el Ministerio de Gobierno y Justicia, director general del sistema penitenciario (problemas de aguas servidas, las condiciones insalubres y otras circunstancias que afectan el derecho a la vida e integridad personal que afectan a los privados de libertad. 29 de diciembre de 2011).

expedidos por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia (en los que resulta menos útil, en virtud de que en Panamá la acción directa de inconstitucionalidad es pública).⁸ Debe resaltarse, además, que al tiempo que se reconoce el carácter de derecho difuso, por ejemplo, del derecho al medio ambiente sano, se sigue calificando de programático (y por tanto, en ese momento, sin valor normativo) a las disposiciones del texto constitucional panameño en donde aparece recogido dicho derecho.

La expansión de los fines del hábeas corpus también permitirá, al menos desde 2004, que se utilice igualmente la doctrina de los intereses o derechos difusos en los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia relativos al hábeas corpus.

Sin embargo, la distinción más eficaz de los derechos, que se puede conducir al texto expreso de la Constitución vigente, es la que se hace entre derechos individuales y derechos sociales (agrupando bajo ellos el conjunto de los DESC). Esa distinción, además, ha sido de principal importancia a la hora de determinar la justiciabilidad de los derechos en Panamá.

II. EL CONCEPTO DE NORMAS PROGRAMÁTICAS

Como normas programáticas se conoce en la doctrina a los enunciados que se dirigen a disponer, con un cierto grado de generalidad, objetivos políticos y sociales, a los que las autoridades, y en especial el legislador, deben adecuar su producción normativa y su conducta. El debate que la popularización de esta técnica en la redacción de Constituciones ha implicado, gira en torno al grado de efectividad que debe atribuirse a las mismas.

Las alternativas son básicamente dos: o las normas programáticas son directamente exigibles, o no lo son.

⁸ Acción de inconstitucionalidad interpuesta por la firma de abogados Francisco Chiari & Asociados en contra de la concesión otorgada por el Ministerio de Comercio e Industrias a la empresa Dragarena, S. A. y se hagan otras declaraciones. Magistrada ponente: Aura E. Guerra de Villalaz. Panamá, trece (13) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995). Acción de inconstitucionalidad interpuesta por la firma Forense Francisco Chiari & Asociados en representación del señor John Maduro representante de la sociedad Punta Chame Turística, S. A. y en contra de la concesión otorgada por el Ministerio de Comercio e Industrias a la empresa Transportadora Unida, S. A. y se hagan otras declaraciones. Magistrado ponente: Raúl Trujillo Miranda. Panamá, treinta y uno (31) de julio de mil novecientos noventa y cinco (1995). Igualmente, en demanda de inconstitucionalidad formulada por la licenciada Lina Vega Abad como principal y Rina Gedalov como sustituta en representación de Norita Scott Pezet en su calidad de presidente de la Sociedad Audubon de Panamá en contra de la ley núm. 29 del 23 de junio de 1995. Magistrado ponente: Arturo Hoyos. Panamá, trece (13) de septiembre de mil novecientos noventa y seis (1996).

Bajo la Constitución Política de la República de Panamá no hay una indicación expresa sobre qué normas deben ser entendidas como programáticas, y tampoco sobre los efectos de esa calificación. La jurisprudencia panameña ha acogido la doctrina de las normas programáticas con entusiasmo, extendiendo esa calificación a un gran número de artículos de la Constitución (principal, pero no únicamente, reguladores de los DESC).

Así, en los casos del sometimiento de nacionales y extranjeros a la Constitución,⁹ la obligación de las autoridades de proteger la vida, honra y bienes de los nacionales y extranjeros, la obligación de asegurar la efectividad de los derechos y deberes, obligación de cumplir y hacer cumplir la Constitución y la ley;¹⁰ del derecho al trabajo y la obligación del Estado a establecer políticas tendentes al pleno empleo,¹¹ el mandato de que la ley coloque las relaciones entre el capital y el trabajo sobre una base de justicia social y fijando una especial protección en beneficio de los trabajadores;¹² la facultad del Estado de crear fondos complementarios de seguridad social;¹³ el deber del Estado de propiciar un desarrollo social y económico que prevenga la contaminación del ambiente, mantenga el equilibrio ecológico y evite la destrucción de los ecosistemas;¹⁴ y el deber del Estado de consagrar una política destinada a proporcionar el goce del derecho a la vivienda,¹⁵ entre otros.¹⁶

Pese a calificar de forma múltiple y reiterada a disposiciones constitucionales como normas programáticas, ese concepto no se ha mantenido idéntico en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia:

Los artículos 17, 18 y 19 de la Constitución Nacional son normas constitucionales de naturaleza directa y programática, que contienen principios abstractos y generales, de amplio contenido, de lo que no se deriva el reconocimiento de derechos en favor de los particulares, función que propiamente corresponde a las normas de naturaleza preceptiva. Esos artículos no regulan situaciones concretas por cuanto no tiene como objeto directo e inmedia-

⁹ Fallo del 24 de marzo de 1995, R. J. marzo de 1995, p. 143.

¹⁰ Jurisprudencia constante. Fallo del 31 de enero de 2000, R. J. enero de 2000, p. 155; Fallo del 9 de julio de 1997, R. J. julio de 1997, p. 144; Fallo del 29 de agosto de 1997, R. J. agosto de 1997, p. 39.

¹¹ Jurisprudencia constante: Fallo de 23 de mayo de 1991, R. J. mayo de 1991; fallo de 16 de agosto de 1996, R. J. agosto de 1996, pp. 129-130; Fallo del 5 de enero de 1994, R. J. enero de 1994, p. 71.

¹² Fallo del 31 de enero de 1997, R. J. enero de 1997, p. 164.

¹³ Fallo del 19 de febrero de 1997, R. J. febrero de 1997, p. 84.

¹⁴ Fallo del 13 de septiembre de 1996, R. J. de septiembre de 1996, pp. 150 y 151.

¹⁵ Fallo del 10 de diciembre de 1995, R. J. diciembre de 1995, p. 4.

¹⁶ Sánchez G., Salvador, *Diálogo público y reforma legal de la justicia constitucional panameña*, cit., p. 46.

to sujetos determinados. En tal virtud, la jurisprudencia constitucional tiene igualmente sentados que la infracción de alguna de esas normas sólo puede enfocarse tomada de la mano con otra que reconozca derechos particulares, ya sea esta última se encuentre o no en el capítulo de la Constitución que se refiere a las garantías fundamentales la misma objeción debe ser hecha en cuanto al artículo 263 constitucional.¹⁷

Como puede observarse, en este fallo se distingue entre artículos de naturaleza programática y preceptiva, haciendo depender esta última condición de la regulación de situaciones concretas y de sujetos determinados. La infracción de las normas programáticas solo sería posible “tomada de la mano” de otra de naturaleza preceptiva. En otro caso, se indicó, por su parte:

El Pleno observa que tal como lo señala el Procurador General de la Nación, los tres primeros artículos que se señalan infringidos, es decir, los artículos 114, 115 y 116, son de contenido programático...

El Pleno de esta Corporación ha señalado con anterioridad que las normas programáticas no pueden *per se* ser objeto de violación, puesto que de sus textos se desprende claramente que las materias que consagran deben ser reguladas o desarrolladas por la ley.¹⁸

Aquí se observa cómo la norma programática no puede ser objeto de violación, *puesto que debe ser desarrollada mediante ley*. Utilizado así este argumento, pareciera que el desarrollo legal completaría en sentido jurídico de la norma programática, haciéndola exigible en los términos dispuestos por el legislador. Sin embargo, no parece que ese efecto se haya producido.

La doctrina sobre las normas programáticas también se ha aplicado en casos de amparo de garantías. El foco de atención de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en materia de amparo no es solo si el enunciado es programático, sino si incluye un derecho fundamental de aquellos que pueden ser garantizados mediante la acción de amparo. El impacto negativo de esta doctrina es incluso más marcado, cuando se recalca que las normas que consagran los DESC en la Constitución Política no consagran derechos fundamentales.

¹⁷ Fallo del 19 de noviembre de 1991.

¹⁸ Fallo de demanda de inconstitucionalidad formulada por la licenciada Lina Vega Abad como principal y Rina Gedalov como sustituta en representación de Norita Scott Pezet en su calidad de presidente de la Sociedad Audubon de Panamá en contra de la ley núm. 29 del 23 de junio de 1995. Magistrado ponente: Arturo Hoyos. Panamá, trece (13) de septiembre de mil novecientos noventa y seis (1996).

Como viene expresado, las disposiciones transcritas no son de aplicación directa en esta clase de proceso, pues son normas de carácter directivo que, según la teoría constitucional, no son preceptos autoaplicativos o autooperativos. Las normas que instituyen derechos fundamentales, en cambio, son susceptibles de vulneración inmediata, sin requerir de preceptos superiores intermediarios que viabilicen su infracción, como es el caso de los denominados programáticos.¹⁹

En cuanto al artículo 113 de nuestra norma fundamental, hay que indicar que

El artículo 113 de la Constitución Nacional que se invoca como violado, es una norma constitucional que no consagra una garantía individual fundamental cuya violación otorgue derecho a ejercitar la acción de amparo. Este es un precepto de carácter programático que prescribe la obligación del Estado a establecer una política nacional de vivienda. *Se trata, pues, de una disposición que no confiere en sí ningún derecho justiciable.* De ahí que no pueda servir, por sí solo, como fundamento a una demanda de amparo ni de otras instituciones de garantía constitucional, que no pueden fundamentarse exclusivamente en normas programáticas o directivas, sino que es necesario que dichas normas se invoquen conjuntamente con aquellas que consagran una garantía constitucional (énfasis mío).²⁰

En este último caso vemos la equivalencia dada a normas programáticas o directivas, y se les caracteriza como normas que no confieren derechos justiciables. En concreto, ese rasgo vendría determinado por no consagrar una *garantía individual fundamental*, lo que restringe enormemente el alcance de lo que se entiende como derecho justiciable. Para poder sostener la violación de una norma programática sería necesario invocarla conjuntamente a otras que consagren una garantía de este tipo.

Estas convicciones se presentan ocasionalmente también en la aplicación inicial del nuevo hábeas corpus, que sirve a garantizar algunos derechos sociales en el entorno penitenciario. Precisamente, si bien las distintas variedades de hábeas corpus se orientaron a proteger la libertad personal en circunstancias como la detención arbitraria, la amenaza de detención arbitraria y otras medidas personales restrictivas de la libertad, la evolución de este instituto permitió incorporar en su cobertura medidas que ponían en

¹⁹ Amparo de garantías constitucionales contra la resolución 155-95L del 21 de septiembre de 1995, emitida por el Ministerio de Vivienda, magistrado Fabián Echevers, 1o. de diciembre de 1995.

²⁰ Amparo de garantías constitucionales contra la orden de hacer dictada por el Ministerio de Vivienda, magistrada Mirtza A. Franceschi de Aguilera, 5 de septiembre de 1997.

peligro la integridad personal —como la detención en centros inadecuados— o la dificultades al ejercicio del derecho a la defensa técnica. Para este análisis resulta pertinente que esta evolución, a partir de la reforma constitucional de 2004, plantea también la utilización del hábeas corpus para la defensa del derecho a la salud de aquellos individuos sometidos al sistema penitenciario. En ese rumbo, la Corte Suprema de Justicia inició la consideración del hábeas corpus presentado frente a las condiciones de centros penitenciarios en los que no estaba asegurado el suministro de agua potable o se encontraban colapsadas las infraestructuras para las aguas servidas, con riesgo grave y generalizado a la salud de los internos.

Así, en el fallo del 27 de diciembre de 2007, ante el hábeas corpus colectivo presentado por la falta de suministro de agua potable a los centros penitenciarios de “La Joya” y a “La Joyita”,²¹ la Corte declaró no viable la acción presentada, y señaló, en grave ignorancia de la variación del texto constitucional en 2004, que “Esa situación no es materia de ser tratada a través de una acción de hábeas corpus, para la cual, como se indicó, solo puede entrarse a examinar la legalidad o ilegalidad de una orden de detención privada o medida cautelar impuesta”.

Sin embargo, en otras ocasiones la Corte ha reconocido la vigencia de la nueva norma constitucional y ha actuado consecuentemente en la defensa de esos derechos:²²

Conviene recordar que las personas que son privadas de su libertad conservan derechos que les son consustanciales e inalienables por su condición humana, los cuales no se pierden por el internamiento. Consecuentemente, el interno sigue siendo titular de aquellos derechos humanos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución Nacional y en otros instrumentos internacionales aprobados por la República de Panamá, que no hayan sido afectados directamente por la condena o medida cautelar, *tales como la salud, educación, el trabajo*, el derecho a la intimidad, a la información y a la comunicación, a la libertad de religión, a la igualdad de trato y no discriminación, derecho a recibir visitas familiares y conyugales, etcétera²³ (énfasis mío).

²¹ Hábeas corpus colectivo presentado por Víctor Atencio en representación del Centro de Iniciativas Democráticas, y Maribel Jaén, en representación de la Comisión de Justicia y Paz.

²² Hábeas corpus colectivo presentado contra el Ministerio de Gobierno y Justicia, director general del sistema penitenciario por problemas de aguas servidas, condiciones insalubres y otras circunstancias que afectan el derecho a la vida e integridad personal de los privados de libertad, presentado por Víctor Atencio en representación del Centro de Iniciativas Democráticas, y Maribel Jaén, en representación de la Comisión de Justicia y Paz. 29 de diciembre de 2011.

²³ *Idem*.

En definitiva, al caracterizar como una norma programática a un enunciado constitucional, la Corte Suprema de Justicia le atribuye rasgos como:

1. La imposibilidad de contener derechos subjetivos.
2. La imposibilidad general de que puedan violarse sus disposiciones.
3. La posibilidad excepcional de violar sus disposiciones, siempre y cuando también se violen otros enunciados constitucionales (en concreto, aquellos que contengan derechos subjetivos).
4. La imposibilidad de reclamar la garantía judicial de sus contenidos.
5. La necesidad de desarrollo legislativo para que adquiera eficacia.
6. Su contraposición a las normas autoejecutables, u operativas.

Una rápida revisión de esta caracterización permite observar que presenta una aparente indiferencia a si el enunciado programático pretendía referirse a derechos individuales o DESC. Son comunes, por ejemplo, los pronunciamientos sobre el carácter programático de los artículos 17 y 18 de la Constitución, con los que se argumenta tanto la defensa de derechos individuales como los DESC.

El siguiente fallo ilustra bien el sentido programático dado hasta hace poco al artículo 17 de la Constitución:

...la única norma constitucional señalada como infringida es el artículo 17 de la Constitución, cuando, según reiterada jurisprudencia, debido al carácter programático de la misma, para poder ser alegada como violada en un amparo debe estar acompañada de otra norma constitucional que sí contenga un derecho fundamental.²⁴

Por otro lado, algunas de las tesis esgrimidas sobre las normas programáticas son contradictorias. Cabe decir esto, concretamente, de aquellas que suponen no violables los artículos contentivos de enunciados programáticos, salvo que también se violen artículos contentivos que la Corte Suprema reconozca como de *derechos subjetivos* o *garantías individuales fundamentales*. Como resulta obvio al observador atento, si se pueden violar los artículos contentivos de enunciados programáticos en el segundo caso, es porque contienen derechos u obligaciones susceptibles de ser violados o incumplidas, respectivamente.

Cabe decir, ampliando este aspecto, que la reserva legal ordenada explícitamente para el desarrollo de algunos derechos, podría servir para sostener la tesis del necesario desarrollo legislativo. Sin embargo, se aplica la

²⁴ Amparo de garantías constitucionales contra la sentencia núm. 37 del 14 de septiembre de 2001, magistrado Alberto Cigarruista Cortez, 21 de febrero de 2002.

misma fórmula cuando existe reserva legal explícita y cuando no está presente. La jurisprudencia nacional no proporciona una teoría de las normas programáticas que dé cuenta de esta diversidad que propone algo desordenadamente.

Por otro lado, la dependencia de desarrollo legislativo —para adquirir eficacia— tampoco concluye —como señala la doctrina— con la posibilidad de establecer la constitucionalidad o inconstitucionalidad sobre la base de una norma programática, cuando su contenido concreto haya sido fijado por la ley. Es decir, para el juez constitucional panameño parece que si la norma programática no tiene desarrollo legislativo deviene ineficaz, y si lo tiene, también.

Se observa, igualmente, que ha llegado a introducirse la doctrina de los “derechos justiciables” al debate sobre las normas programáticas. La mención de derechos justiciables en los fallos de constitucionalidad aparece al menos desde 1991. Sin embargo, la definición de los derechos que serían justiciables ha sido adelantada por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, que ejerce control de legalidad en atención a la necesidad de precisar el alcance de una nueva institución de garantías de los derechos establecidos en la ley, el contencioso administrativo de protección de los derechos humanos. Dicha acción, según la ley que le creó en 1991, tenía por objeto la garantía de los derechos “justiciables” consagrados en las leyes y en los convenios internacionales suscritos por Panamá. A raíz de esto, la Sala Tercera de la Corte acogió una definición de justiciabilidad conectada con la distinción entre derechos civiles y políticos, por un lado, y los DESC por el otro:

La condición jurídica de ciertos bienes o derechos, *que pueden ser reclamados ante la justicia*; o de ciertos sujetos, que pueden ser procesados por ella. En ámbito de los derechos humanos, se consideran justiciables: los derechos individuales o fundamentales, también llamados civiles y políticos o de primera generación, *que son exigibles a los Tribunales nacionales e internacionales competentes*; y todos individuos de la especie humana, que son responsables por la comisión de crímenes graves contra el derecho de gentes, y, por tanto, procesables ante la justicia nacional e internacional, según el caso. Aunque el reconocimiento efectivo de los derechos civiles y políticos deja mucho que desear todavía, ya se ha abierto el debate sobre la justiciabilidad de los derechos *económicos, sociales y culturales o de segunda generación*, que supone pasar del Estado de Derecho al Estado de Bienestar o de la mera democracia política a la plena democracia económica y social.

En cualquier caso, por ahora, *los derechos civiles y políticos corresponden a las llamadas libertades negativas, de resistencia u oposición, por lo cual dependen de la fun-*

ción arbitral del Estado y se consideran de ejecución inmediata, mientras los derechos económicos, sociales y culturales, en cambio, corresponden a las llamadas libertades positivas o de participación, por lo cual dependen de la gestión económica de la Administración Pública y se consideran de realización progresiva” (énfasis de la Corte).²⁵

Ha dicho la Sala que son derechos humanos de carácter justiciable, y por tanto susceptibles de protección judicial, una serie de derechos constitucionalizados que usualmente se identifican como derechos civiles y políticos. En la lista, sin embargo, puede observarse cómo algunos derechos sociales son también incluidos en el carácter de derechos justiciables: así, el derecho a la alimentación de menores, los derechos de la familia y el fuero de maternidad. Adicionalmente, ha dicho que ese listado debe considerarse como de mínimos y que la lista no excluye otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona.²⁶

En definitiva, no se trata únicamente de que la doctrina de las normas programáticas sea una doctrina decadente. Se trata de un texto constitucional que suele tener un ordenamiento constitucional que desde el texto de 1941 ha reconocido derechos sociales de forma idónea para su respeto y garantía, desactivado por una jurisprudencia comprometida con su negación, a través de instrumentos como la doctrina de las normas programáticas o de los derechos justiciables.

III. CONSIDERACIÓN ESPECIAL SOBRE EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN

En los últimos años, a raíz de la reforma constitucional de 2004, que adicionó un último párrafo al artículo 17 de la Constitución Política, la jurisprudencia sobre sus enunciados normativos ha variado. Así, por ejemplo, la Corte está realizando un viraje no desprovisto de incertidumbres.

²⁵ *Diccionario de derechos humanos*, preparado por Hernando Valencia Villa, Madrid, Espasa Calpe, 2003, pp. 262 y 263. Citado en la sentencia del 29 de julio de 2008, ya citada.

²⁶ Las tesis citadas se reiteran en la demanda Contencioso administrativa de protección a los derechos humanos, interpuesta por la firma Jiménez, Molino y Moreno, en representación de la sociedad Syngenta, S. A., contra la Resolución DNSV-Núm. 005 del 23 de mayo de 2006, emitida por el director nacional de sanidad vegetal del Ministerio de Desarrollo Agropecuario. Ponente: Adán Arnulfo Arjona L. Panamá, veintisiete (27) de noviembre de dos mil ocho (2008).

En el marco de la jurisprudencia en procesos constitucionales de guarda de la constitucionalidad abstracta,²⁷ la Corte ha trazado su inicio en la una resolución de inadmisión, de 11 de mayo de 2009, en la que ensayó, sin consecuencias, el criterio de la obligatoriedad del artículo 17, solo para ponerlo nuevamente en duda el 29 de diciembre de 2009. Dice la Corte en su pronunciamiento de mayo de 2009:

En ese sentido, si bien es cierto que tradicionalmente la jurisprudencia de esta Corporación de Justicia ha señalado el carácter programático del artículo 17 de la Constitución Política, no es menos cierto que dicha posición está sometida a revisión por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en aras de una mayor justicia en las decisiones adoptadas y en función a la forma en que dicha obligación del Estado pueda ser manifiesta en el caso concreto. Pero, al margen de esta consideración, la lectura de la fundamentación hecha por el accionante se limita a exponer sobre lo que, estima, es una “actitud parcializada”, y no desarrolla en torno a la vulneración constitucional.²⁸

En el pronunciamiento de diciembre de 2009 recupera la lectura de la “violación indirecta”, sobre la base de la violación a la igualdad jurídica y la no discriminación (artículo 19 de la Constitución). Dice la Corte:

Finalmente, aún cuando la representante del Ministerio Público argumenta legítimamente que el artículo 17 de la Constitución Nacional no puede ser objeto de vejamen directo, toda vez que es una norma programática; lo cierto es que al comprobar que el legislador quebrantó el contenido del derecho fundamental de igualdad, también ha vulnerado el citado artículo 17, pues solo basta decir que los servidores públicos se encuentran primariamente vinculados a la norma constitucional, lo que encarna la obligación de prohiar actos que se encuentren equilibrados con el sistema de principios y valores que abriga el Estatuto Fundamental. En resumen, al ser la Constitución la fuente normativa original, venero primario del que emana la legitimidad de todo del orden jurídico interno, los representantes del Gobierno del Estado se encuentran conectados a la *Norma Normarum* de tal forma, que la aplicación de su contenido siempre tendrá preferencia y estabilidad frente a otros

²⁷ La aparición de la misma doctrina en el caso de los amparos.... Véase Sánchez, Salvador, “El amparo en Panamá”, *IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, año V, núm. 27, enero-junio de 2011, pp. 216-234.

²⁸ Acción de inconstitucionalidad presentada por el licenciado Luis Quintero Poveda en representación de Félix Francisco Batista contra la sentencia núm. 14 del 24 de marzo de 2004 proferido por el juzgado quinto municipal civil del primer circuito judicial. Ponente: Oydén Ortega Durán. Panamá, once (11) de mayo de dos mil nueve (2009). Sin embargo, se trata de una no admisión.

componentes del entramado jurídico, por lo que cualquier acto prohijado por algún poder público que injurie su contenido debe ser expulsado del ordenamiento jurídico.²⁹

Finalmente, en el marco de acciones de inconstitucionalidad aparece un dictamen sobre este aspecto que he venido suyrayando:

Sobre dicha norma, es necesario puntualizar que no sólo establece la obligación que tienen las autoridades de proteger en su vida, honra y bienes a quienes se encuentren bajo su jurisdicción, sino el deber que tienen las autoridades de sujetarse al orden jurídico (constitucional y legal) *y de asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales*. Se trata de un precepto de contenido normativo y, por ende, no requiere de un desarrollo ulterior para tener eficacia, tal y como lo corrobora el hecho de que en el texto no se aprecia ninguna cláusula de reserva legal (énfasis del original).³⁰

Esta posición se consolida posteriormente, según parece indicar un fallo reciente de 2012:

Antes de las reformas constitucionales de 2004, el artículo 17 de la Constitución Política era considerado una norma de carácter programático y por ende, no susceptible de ser invocada de forma autónoma en una demanda de inconstitucionalidad. Sin embargo, en virtud de tales reformas (Acto Legislativo núm. 1 de 2004 que adicionó el segundo párrafo del Artículo 17, incorporó el principio *pro libertatis*, conllevando una protección extensiva de los derechos fundamentales previstos en los tratados o convenios internacionales de derechos humanos). Esta Corporación de Justicia, ha considerado que la misma puede ser invocada y aplicada directamente con independencia de cualquier otra norma de la Constitución...

...En el caso particular, la infracción del texto constitucional citado, se produce desde el momento en que la Asamblea Nacional, emite una ley que, como se ha visto en la sección anterior, conlleva el incumplimiento de compromisos internacionales adquiridos por nuestro país, al celebrar tratados internacionales. Concretamente, la iniciativa de expedir la Ley 78 del 11 de diciembre de 2009, “que deroga las leyes que aprueban los instrumentos internacionales relativos al Parlamento Centroamericano”, constituyó una

²⁹ Acción de inconstitucionalidad presentada por el licenciado Luis A. Barría M. contra la frase “...A municipios, gobiernos provinciales, patronatos, fundaciones y empresas privadas” contenida en el artículo 66 de la ley no. 41 de 1o. de julio de 1998. Ponente: Delia M. Carrizo de Martínez. Panamá, veintinueve (29) de diciembre de dos mil nueve (2009).

³⁰ Fallo del Pleno del 19 de enero de 2009. Obsérvese que la recuperación del valor normativo del artículo 17 opera en el primer párrafo del artículo, que no era el adicionado en 2004.

fórmula apartada de las normas y principios del derecho internacional de los tratados (Convención de Viena), que Panamá se comprometió a acatar, en virtud del artículo 4o. de la Carta Magna.

Por tanto, concluye la Corte que el artículo 17 de la Constitución Política ha sido violentado de forma derivada, específicamente la frase “cumplir y hacer cumplir la Constitución y la ley”, que mandata una obligación de las autoridades en sus actuaciones.³¹

Resulta irónico este pronunciamiento de la Corte Suprema, que desarrolla la importancia del segundo párrafo del artículo 17 de la Constitución, al que se atribuye la expresión del principio *pro libertatis*. Según la Corte, desde la introducción del segundo párrafo del artículo 17 se recupera el valor normativo del primer párrafo del artículo, tantas veces declarado programático —e ineficaz— por la propia Corte. Cómo se produce este resultado es un misterio, como en su momento lo fue la privación pretoriana de su valor jurídico.

IV. LA JURISPRUDENCIA Y LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES³²

La última cita jurisprudencial nos permite iniciar también la consideración del problema de la justiciabilidad de los DESC. A este respecto, conviene empezar por examinar una de las más importantes doctrinas asumidas por la Corte Suprema de Panamá desde inicios de los noventa: la doctrina del bloque de la constitucionalidad. Se trata de un cambio en la interpretación constitucional, que reconoce como parte de la Constitución piezas adicionales al texto producido por el constituyente. Entre esas piezas del “bloque” se incluye el derecho internacional de los derechos humanos. Esto supondría la posibilidad de un desarrollo favorable a los DESC.

Sin embargo, desde su inicio, cuando se plantea la inclusión en el bloque de constitucionalidad de normas de derecho internacional, se hace con expreso carácter restrictivo.³³ El introductor del bloque en Panamá lo señala categóricamente:

³¹ Demanda de inconstitucionalidad presentada por el licenciado Julio Berrios Herrera contra la ley núm. 78 del 11 de diciembre de 2009, “que deroga las leyes que aprueban los instrumentos internacionales relativo al parlamento centroamericano”. Ponente: Harry A. Díaz. Panamá, dos (2) de febrero de dos mil doce (2012).

³² Los argumentos que se vierten en esta sección han sido expuestos en Sánchez, Salvador, *Crítica a la doctrina del bloque de constitucionalidad*, *cit.*

³³ Sentencia del 8 de noviembre de 1990, que incorpora al bloque de la constitucionalidad el artículo 8o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Yo sostengo que, en Panamá, las normas de derecho internacional, como regla general, no forman parte del bloque de constitucionalidad. Únicamente podrían integrar ese bloque algunos derechos civiles y políticos fundamentales en nuestro Estado de Derecho.³⁴

Hoyos apoya este elemento del bloque en el artículo 4o. de la Constitución, que señala que la República acata las normas de derecho internacional.³⁵

Si damos a la frase de “normas de derecho internacional” un sentido restrictivo, podría entenderse la propuesta de incluir en el bloque únicamente a los convenios internacionales debidamente aprobados y ratificados, pero no sería coherente incluir solo algunos convenios, y mucho menos a algunas secciones de algunos convenios.³⁶ La consciente y explícita exclusión de los DESC no tiene ninguna justificación.

Ciertamente, no sólo un fragmento de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido incluido en el bloque de la constitucionalidad. También lo ha sido la Convención de los Derechos del Niño.³⁷ En sentencia del 20 de marzo de 1996, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia manifestó: “... el articulado de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por nuestro país e incorporada a la legislación interna mediante Ley No. 15 de 1990, tiene rango constitucional conforme a la doctrina del bloque de constitucionalidad”.³⁸

La incorporación de “toda” la Convención de los Derechos del Niño a la Constitución panameña parecería en principio un avance. Pero incluso esta concesión se hace de manera equívoca y limitada. Una primera vinculación, que podría suponerse necesaria, en relación con la puesta en marcha

³⁴ Hoyos, Arturo, *La interpretación constitucional*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1993, p. 105.

³⁵ Poco después de inaugurarse la doctrina del bloque, y durante el contraste entre la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Ley 25 de 1990, la Corte Suprema de Justicia se pronunció contraria a la tesis inicial, determinando el carácter tan solo legal de los convenios internacionales de derechos humanos. Efectivamente, la Corte llegó a decir expresamente, después de adoptar la doctrina del bloque, que los convenios *formalmente solo tienen valor de Ley: carecen pues, de jerarquía constitucional*. En la práctica, esa ha sido la tesis predominante en la Corte, pese a que en la jurisprudencia subsiguiente se recuperara la limitadísima posición inicial. Fallo del 26 de mayo de 1991.

³⁶ La exclusión de los convenios internacionales, en general, supone, por ejemplo, que convenios internacionales directamente mencionados en el texto de la Constitución Política, entre ellos los de límites territoriales con Costa Rica y Colombia (artículo 3o. de la Constitución), no formarían parte del bloque de constitucionalidad.

³⁷ La Corte ha señalado por ejemplo que el artículo 3o. de la Convención de Derechos del Niño integra el bloque de la constitucionalidad en los fallos del 20 de marzo de 1996, 13 de marzo de 1998 y 22 de julio de 1998.

³⁸ Registro judicial de marzo de 1996.

de la intervención jurisprudencial que dio origen a la doctrina del bloque, es la que sirve de puente textual entre la Constitución y el Convenio. En el caso fundacional del bloque, era el artículo 32 de la Constitución, que se vinculaba con el artículo 8o. de la Convención Americana. En lo pertinente a la Convención de los Derechos del Niño, se trató del actual artículo 56 de la Constitución, que dice:

Artículo 56. El estado protege el matrimonio, la maternidad y la familia. La Ley determinará *lo relativo al estado civil*.

El Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores y garantizará el derecho de éstos a la alimentación, la salud, la educación y la seguridad y previsión sociales. Igualmente tendrán derecho a esta protección los ancianos y enfermos desvalidos (*énfasis mío*).

Esa técnica de la vinculación, es asumida, por ejemplo, en la sentencia de 22 de julio de 1998, en la que la Corte indicó que

La Corte ha señalado sobre la protección constitucional de los derechos de los menores, que estos forman parte de los Derechos Humanos de segunda generación mencionados de manera general en el artículo 52 [actual artículo 56] de nuestra Carta Política, pero sin llegar a precisar los principios y derechos que les asisten en el ámbito procesal y, por ello, el artículo 3o. de la Convención de los Derechos del Niño constituye un complemento a ese texto constitucional, al preceptuar que en todas las medidas que se adopten institucionalmente, por autoridades o tribunales concernientes a niños, debe prevalecer el interés superior del menor.³⁹

Debe advertirse que cuando se agrega el artículo 3o. de la Convención de los Derechos del Niño al bloque de la constitucionalidad, el material normativo que se adiciona a la Constitución panameña está integrado esencialmente por principios (particularmente, el de interés superior del niño), lo que da a su aplicación todo el margen discrecional que le es consustancial.

Consciente nuestra Corte Suprema de Justicia de las potencialidades del principio aplicado sobre la garantía de los DESC de los niños, al extender el bloque a la Convención de Derechos del Niño señala primero que la consagración de tales derechos en la Constitución panameña se ubica en el apartado de derechos sociales. Esto implicaría —según la Corte— una insuficiencia de nuestra Constitución en materia de garantías judiciales específicas para los niños.

³⁹ Registro judicial del 22 de julio de 1998.

No se dice en el fallo, sin embargo, que el debido proceso constitucional aplicado a todas las personas —incluidas los niños— produciría, en el peor de los casos, un vacío constitucional únicamente en lo relativo a las garantías que fueran específicas del proceso para los niños.⁴⁰

Partiendo de la descripción de esa insuficiencia del texto constitucional —circunscrita a las garantías procesales—, la inclusión de la Convención como parte del bloque sirve únicamente para aportar contenidos procesales, y no para completar derechos sociales, que por lo demás no son justiciables en Panamá, por obra y gracia de la propia jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

La admisión del “interés superior” en estos fallos iniciales se hace así para facultar a los jueces, y no para empoderar a los niños, y mucho menos para dotar de eficacia a sus DESC. Esto, pese a las posibilidades que entraña el texto literal de la Convención.⁴¹

Esta práctica, aunada a la exclusión de las cláusulas de los convenios de derechos humanos que no se refieran a derechos civiles y políticos, establece claramente el horizonte ideológico y de la construcción jurídica inicial del bloque de la constitucionalidad. Solo recientemente, con una Corte muy renovada, se insinuó un alcance del bloque a los convenios de derechos económicos, sociales y culturales, que tampoco ha ofrecido hasta ahora resultados prácticos.⁴²

La reforma constitucional de 2004, en cuanto a la introducción del segundo párrafo del artículo 17, también presenta enormes posibilidades al respecto de la apertura del texto constitucional a los textos de los convenios internacionales que reconocen los DESC. Sin embargo, subsisten los reparos sobre la interpretación restrictiva (cuando no ablativa) de las cláusulas explícitas de los pasajes que reconocen los DESC en la Constitución y en los convenios internacionales.

V. DESARROLLO PROGRESIVO DE LOS DESC

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en el sentido de reconocer que la interpretación conjunta del artículo 17 y del

⁴⁰ Y digo en el peor de los casos, porque las garantías constitucionales pueden interpretarse según los contextos de aplicación, que incluyen sin duda el supuesto de que el titular del derecho sea un niño, lo cual exigiría del Estado conductas u omisiones a las que no estaría obligado si se tratara de un adulto.

⁴¹ Amparo de garantías fallado el 25 de octubre de 2006.

⁴² Sentencia del 30 de julio de 2008, ante Acción de inconstitucionalidad presentada por el licenciado Juan Carlos Pastor en su propio nombre contra la falta núm. 41 del artículo 241 del Reglamento de Tránsito.

artículo 4o. de la Constitución es congruente con las obligaciones generales de respetar los derechos y de adoptar disposiciones de derecho interno (artículos 1.1 y 2o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), y con el artículo 26 de la propia CADH, que establece la obligación de adoptar providencias para el desarrollo progresivo de los DESC.

El artículo 26 de la CADH señala:

ARTÍCULO 26. *Desarrollo Progresivo*

f. Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados (subraya la Corte).⁴³

Otros pronunciamientos han explicado la progresividad en el desarrollo de los DESC por su vinculación a la gestión económica del Estado,⁴⁴ así: “Al respecto, no podemos pasar por alto que el artículo 26 de dicha Convención... obliga al Estado panameño a desarrollar progresivamente los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre los cuales se encuentran los derechos del niño”.

Con posterioridad a estos pronunciamientos, tal y como se verá en el apartado siguiente, se podrá contar con elaboraciones de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en la que se ha afirmado el sentido normativo fuerte del desarrollo progresivo de los DESC.⁴⁵

⁴³ Demanda contencioso administrativa de protección a los derechos humanos, interpuesta por la firma Jiménez, Molino y Moreno, en representación de la sociedad Syngenta, S. A., contra la Resolución DNSV-núm. 005 del 23 de mayo de 2006, emitida por el director nacional de sanidad vegetal del Ministerio de Desarrollo Agropecuario. Ponente: Adán Arnulfo Arjona L. Panamá, veintisiete (27) de noviembre de dos mil ocho (2008).

⁴⁴ Demanda contencioso administrativa de protección de los derechos humanos, interpuesta por la licenciada María Vargas Paz, en representación de Anne Appolonia Okwuka, para que se declaren nulos, por ilegales, los actos administrativos contenidos en la nota núm. dvic-379-07 del 20 de diciembre de 2007, emitida por el viceministro de comercio e industrias, y en la nota núm. dsan-0023-08 del 2 de enero de 2008, emitida por el administrador general de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos. Ponente: Hipólito Gill Suazo. Panamá, catorce (14) de septiembre de dos mil nueve (2009).

⁴⁵ Demanda contencioso administrativa de protección de los derechos humanos, del primero (1) de diciembre de dos mil nueve (2009), ya citada.

Casos concretos

En lo específico, la jurisprudencia constitucional de los últimos años ha presentado algunos casos dignos de ser mencionados por su impacto en la vigencia de los derechos fundamentales en general, y de los DESC en particular.

En referencia a la garantía de los derechos en general, la evolución de la herramienta del amparo de garantías constitucionales es prometedora. Hago aquí referencia a lo ya dicho sobre el amparo colectivo.

Igualmente prometedora resulta el establecimiento de una nueva visión sobre el principio de preferencia de la vía contencioso administrativa, favorable a los derechos fundamentales:

El principio en comento parte de la idea que cuando se este ante un acto de naturaleza administrativa, la vía preferente para conocer y revisar la regularidad de su emisión y su ajuste a la ley, es la jurisdicción contencioso administrativa, no la constitucional.

Este principio tiene aplicación en los procesos propios de la vía contencioso administrativa, que tienen como finalidad primordial determinar la legalidad o no del acto, por lo que, si lo que se debate es un tema de *estricta legalidad*, desde luego que la vía idónea viene a ser la contenciosa administrativa.

No ocurre lo mismo en los casos en que se recurren *actos de la administración con fundamento en la afectación de un derecho fundamental*, en los que la aplicación del criterio de preferencia de la vía contencioso administrativa sobre la constitucional, resulta manifiestamente contrario a los postulados que sustentan el amparo de derechos fundamentales.⁴⁶

Además, en el amparo del 21 de agosto de 2008 se elabora una lectura conjunta del artículo 54 de la Constitución Política (que consagra el amparo) y el 25 de la Convención Americana, que extiende el catálogo de derechos tutelados por el amparo panameño a los *reconocidos* en la Constitución Política, la Convención Americana y la ley. Obviamente, la alusión a los derechos consagrados en la ley podría entenderse inclusiva de todos los derechos contemplados en todos los convenios incorporados a nuestro derecho interno mediante la forma jurídica *ley*, incluyendo por tanto los DESC.

⁴⁶ Amparo de garantías constitucionales presentado por la licenciada Celma Moncada en su propio nombre y representación contra la orden de hacer contenida en la Resolución núm. 02 adm/arap del 29 de enero de 2007, emitida por la Autoridad de los Recursos Acuáticos de Panamá. Ponente: Jerónimo Mejía E. Panamá, (17) diecisiete de noviembre de dos mil diez (2010).

A. *Derecho al trabajo*

Uno de los temas de mayor incidencia en Panamá, desde la perspectiva de los DESC, es el derecho al trabajo. La regulación positiva, durante muchos años, impedía que se reconociera el derecho a jubilación por el sistema público de seguridad social si, pese a cumplirse los requisitos de edad y cuotas pagadas, se seguía trabajando. Por ese motivo, se convirtió en requisito la presentación de la carta de renuncia del empleo que se ocupaba al momento de solicitar la jubilación. En la última década se ha confirmado una jurisprudencia constitucional (también en el marco del control de legalidad) que libera a los individuos de este requisito, proclamando que implica una violación al derecho constitucional al trabajo.

En este mismo sentido, exigir al asegurado que demuestre que se ha retirado de la ocupación que desempeña, acreditando dicha condición mediante la presentación de la terminación de la relación laboral, claramente contradice el derecho al trabajo y resulta violatorio de los artículos 40, 60 y 75 de la Constitución Política Nacional.⁴⁷

De la adopción de esta interpretación se ha seguido un importante impacto en los beneficios que pueden disfrutar los asegurados, pues pueden laborar ininterrumpidamente, y aun así cobrar sus pensiones por vejez.

B. *Derecho a la seguridad social*

La Corte Suprema de Justicia se manifestó también sobre el derecho a pensión de viudez de los varones. La legislación había restringido expresamente ese derecho a las viudas, excluyendo por tanto a los viudos de ese beneficio. En fallo del 23 de mayo de 2006, al declarar la inconstitucionalidad de disposiciones de la Ley 17 de 1o. de junio de 2005, la Corte basó sobre el derecho a la igualdad y a la no discriminación que resultaba inconstitucional la negación de pensiones a los viudos por razón de su sexo:

El análisis realizado anteriormente en cuanto al principio de igualdad contenido en los artículos 19 y 20 de la Constitución Nacional, puede ser aplicado a las normas a que ahora nos referimos, y ello es así porque al igual que las primeras, los artículos 57 y 58 de la Constitución Nacional persiguen el mismo fin de igualdad, pero en estos últimos en el ámbito de los cónyuges unidos en matrimonio. El principio de igualdad debe regir la vida de la sociedad, y en

⁴⁷ Sentencia de inconstitucionalidad del 26 de mayo de 2004, reiterada también en sentencia de inconstitucionalidad de 1o. de septiembre de 2009.

consecuencia la de los cónyuges unidos en matrimonio; recordando que esta institución que es la base de la sociedad, tiene su soporte en la igualdad de derechos entre los cónyuges. Al verificar las frases que se impugnan, en relación por ejemplo con el artículo 57 de la Máxima Norma, se puede observar que los cónyuges, tendrán un tratamiento especial y distinto a los hombres, por razón del sexo. Situación que a todas luces contraviene dicha normativa, toda vez que la misma busca que a ambos cónyuges se le apliquen derechos y obligaciones de manera uniforme, y más aún si tomamos en cuenta que el derecho a la pensión de viudez se origina en la seguridad social.

Este pronunciamiento tiene la particularidad de sostener un criterio interpretativo novedoso, pues declara inconstitucional una norma pese a que la disposición demandada inicialmente había sido derogada antes de su pronunciamiento. La Corte declara, además, que otra disposición legal, de sentido idéntico a la demandada y derogada, devendría por tanto nula pese a no haber sido impugnada ante a la Corte, en función de contener la misma norma. Este procedimiento no solo no está establecido en la Constitución o en el Código Judicial (cuyo libro IV opera como ley orgánica de la jurisdicción constitucional), sino que abiertamente lo contradice.

C. Derecho a la salud

Respecto al derecho a la salud, puede mencionarse el fallo de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, de lo contencioso administrativo, que adoptó la estrategia de relacionar el derecho a la salud con el derecho a la vida, para tutelar el derecho de los quienes son portadores del VIH o padecen del sida.

Al respecto, en el marco de un proceso de protección de los derechos humanos que impugnaba la legalidad,⁴⁸ la Fundación Pro Bienestar y Dignidad de Personas Afectadas por el VIH-sida), reclamó la ilegalidad de actos de adquisición en los que el Ministerio de Salud y la Caja de Seguro Social, no aplicaban las normas relativas a la garantía de la eficacia terapéutica comprobada de los medicamentos utilizados para el tratamiento de enfer-

⁴⁸ Interpuesto por la firma forense Rivera, Bolívar & Castañedas, en representación de Fundación Pro Bienestar y Dignidad de Personas Afectadas por el VIH/Sida (Probirdsida), contra el Ministerio de Salud y la Caja de Seguro Social, para que se exija el cumplimiento de lo dispuesto en el capítulo IV de la ley núm. 1 del 10 de enero de 2001, y el decreto ejecutivo núm. 65 del 6 de mayo de 2002, "...para que se hagan efectivas las obligaciones establecidas en las normas relativas a la eficacia terapéutica comprobada de los medicamentos utilizados para el tratamiento de enfermedades terminales...". Ponente: Adán Arnulfo Arjona L. Panamá, veintinueve (29) de julio de dos mil ocho (2008).

medades terminales graves. El Ministerio de Salud argumentaba que no se encontraban frente a un derecho cuyo restablecimiento pudiera ser reclamado ante las autoridades judiciales, dado que en todo caso se trataba de la deficiente prestación de servicios de salud, lo que supondría una posible vulneración de derechos económicos sociales y culturales, pero no de derechos civiles y políticos, como por ejemplo, el derecho a la vida. La Sala Tercera de la Corte Suprema concluyó al respecto:

La Sala no comparte el criterio planteado por la Autoridad de salud toda vez que si bien es cierto, en forma general nos encontramos frente a un problema del sistema de salud panameño, la circunstancia particular denunciada por la FUNDACIÓN PRO BIENESTAR Y DIGNIDAD DE PERSONAS AFECTADAS POR EL VIH/SIDA (PROBIDSIDA) atañe a la situación de pacientes en condiciones graves o críticas, que tal como lo señala la Ley de Medicamentos *pueden poner en peligro la vida u órgano de dichos pacientes*. Por su parte, el numeral 16 del artículo 1 del Decreto Ejecutivo núm. 65 del 6 de mayo de 2002, por medio del cual se reglamenta la obligatoriedad de exigir la eficacia terapéutica comprobada, a los productos que se utilicen en el tratamiento de condiciones graves o críticas, por parte de las entidades públicas de salud, señala como incluidos en esta categoría los medicamentos empleados para el tratamiento de pacientes con patologías tan delicadas como lo son: VIH/SIDA, cáncer, hemofilia, insuficiencia renal y/o transplantes, meningitis, sepsis, epilepsia, entre otros.

El derecho a la vida como derecho reconocido a nivel internacional, se encuentra definido en nuestro ordenamiento interno a través de la Ley núm. 15 del 28 de octubre de 1977, que aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y que en su artículo 4o. dispone lo siguiente:

Artículo 4o. Derecho a la Vida.

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de su libertad en forma arbitraria.

En ese contexto, los razonamientos anteriores y el bloque normativo respectivo ponen de relieve que nos encontramos frente a una situación sumamente especial toda vez que no puede ignorarse la posible violación del derecho a la vida que le asiste a los pacientes en condiciones graves o críticas, el cual evidentemente constituye un derecho humano justiciable, es decir, defendible directamente ante los tribunales de justicia, y que no puede ser desconocido por las autoridades, máxime cuando dichas obligaciones fueron contempladas expresamente por el legislador a través de la Ley núm. 1 de 2001 (énfasis de la Sala Tercera).

Como se observa, pese a que hay un enlace con el derecho internacional de los derechos humanos, y que los hechos del caso se vinculaban con el derecho a la salud de una forma muy elocuente, tanto los accionantes como

el juzgador reconocieron oportuno sustentar la defensa de ese derecho a la salud a través de la técnica de defender el derecho justiciable a la vida.

De modo semejante, la Sala Tercera debió resolver otra impugnación por ilegalidad de otro acto de adquisición de medicamentos,⁴⁹ en este caso debido a que la Caja de Seguro Social no cumplió con su obligación legal de incluir como requisito, en las especificaciones del pliego de cargos, las certificaciones de eficacia terapéutica comprobada, de equivalencia terapéutica y de la calidad de medicamento intercambiable, pese a tratarse de un acto de selección de contratista para la adquisición de un medicamento para el tratamiento de la esclerosis múltiple. La demandante estimó que la omisión era violatoria, entre otras disposiciones, de los artículos 12 y 9o. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que consagran los derechos a la salud y a la seguridad social, respectivamente.⁵⁰ La Sala Tercera observó, además, que el derecho a la salud y el derecho a la seguridad social también se encuentran previstos en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador).⁵¹

Los artículos 12 y 9o. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) señalan lo siguiente:

Artículo 12.

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen *el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.*

2. *Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:* a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y *el tratamiento de las enfermedades* epidémicas, endémicas, profesionales y *de otra índole, y la lucha contra ellas;* d) *La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.*

Artículo 9o.

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social” (énfasis de la Sala Tercera.)

La Sala determina luego el alcance de estos artículos del PIDESC en base a la Observación General núm. 14 del Comité de Derechos Económi-

⁴⁹ Demanda contencioso administrativa de protección de los derechos humanos, del primero (1) de diciembre de dos mil nueve (2009), ya citada.

⁵⁰ Aprobado mediante Ley núm. 13 del 27 de octubre de 1976 (G.O. 18,336 del 18 de mayo de 1977).

⁵¹ Aprobado mediante Ley núm. 21 del 22 de octubre de 1992 (G.O. 22,152 del 27 de octubre de 1992).

cos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, y señala que el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud, que abarca la disponibilidad de elementos esenciales, tales como medicamentos esenciales definidos en el Programa de Acción sobre medicamentos esenciales de la Organización Mundial de la Salud.

Al ubicar estos derechos en el conjunto de los derechos constitucionales, la Sala estableció su condición de derechos de “segunda generación”, pero rechazó la subordinación de los mismos a los derechos de primera generación, apoyándose en la doctrina nacional⁵² y en el preámbulo del Protocolo de San Salvador. Igualmente, identificó los DESC como dependientes de la gestión económica del Estado, e indicó:

Es por esta “dependencia de la gestión económica de la Administración Pública” que el artículo 26 de la Convención Americana obliga a los Estados a “lograr *progresivamente* la plena efectividad” de los derechos económicos, sociales y culturales, “*en la medida de los recursos disponibles*”. Así pues, si bien es cierto que el lenguaje de esta disposición convencional reconoce que los Estados probablemente no logren dicha efectividad en el corto plazo, no es menos cierto que dicho lenguaje exige que los Estados tomen “medidas legislativas o de cualquier otro carácter” para avanzar en el logro de dicha efectividad, o por lo menos para evitar retrocesos en esta materia.

Por consiguiente, para sustanciar los cargos de violación del derecho a la salud y del derecho a la seguridad social, formulados por la demandante, corresponde a este tribunal de legalidad determinar si la omisión en que incurrió la autoridad demandada atiende a esta obligación de progresividad, o si, por el contrario, constituye una “medida de regresividad deliberada”, en los términos establecidos por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de las Naciones Unidas en su Observación General núm. 3 “La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2o. del Pacto)”:

9. ...el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los

⁵² Pizarro, Andrés y Méndez, Fernando, *Manual de derecho internacional de derechos humanos. Aspectos sustantivos*, Panamá, CIDEM, 2002, pp. 469 y 470.

derechos de que se trata. *Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente regresivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga.* NACIONES UNIDAS, *Instrumentos internacionales de derechos humanos*, s. e., 2004, p. 18, disponible en Internet.

Aplicando estos criterios al caso presente, la Sala concluye que la exigencia del requisito de las certificaciones de eficacia terapéutica comprobada, de equivalencia terapéutica y de la calidad de medicamento intercambiable, en las adquisiciones de medicamentos genéricos por parte de instituciones públicas de salud, prevista por el artículo 51 de la Ley núm. 1 del 2001, constituyó una medida de desarrollo progresivo del derecho a la salud de la colectividad en general, y de la demandante en particular. Por otra parte, el otorgamiento de una pensión por invalidez a la demandante, en atención a que la misma padece de esclerosis múltiple, constituyó una medida de desarrollo progresivo de su derecho a la seguridad social.

En contraposición, y aplicando idénticos criterios, la no exigencia del referido requisito en la adquisición del INTERFERÓN BETA 1B, 250 MCG, INYECTABLE, incluido en el renglón núm. 201 del acto impugnado, pese a tratarse de la adquisición de un medicamento para el tratamiento de una condición grave o crítica como lo es la esclerosis múltiple, fue una medida regresiva no justificada que significó un retroceso en el logro de la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por consiguiente, la autoridad demandada incumplió con la obligación internacional del Estado de adoptar medidas positivas para tutelar adecuadamente el derecho a la salud de la demandante.

Como se observa, este tipo de pronunciamiento ofrece un potencial enorme para la concreción de las obligaciones derivadas de la consagración constitucional de los DESC, siempre que la doctrina que expresa fuera acogida por las instancias responsables de aplicarla.

D. Derecho de personas con discapacidad

También reviste una importancia significativa el fallo del amparo del 11 de octubre de 2010.⁵³ En el mismo la Corte Suprema de Justicia resuelve

⁵³ Amparo de garantías constitucionales interpuesto por el licenciado Alfonso Elías Montoya Rodríguez en representación de Alfonso Montoya Pinillo en contra de la orden de hacer proferida por la resolución 103-09 del 11 de septiembre de 2009 del Ministerio de Obras Públicas. Ponente: Jerónimo E. Mejía E., Panamá, once (11) de octubre de dos mil diez (2010).

conceder el amparo, revocando la destitución de un servidor público discapacitado, y ordenando su reintegro.

En ese pronunciamiento la Corte parte de fallos previos de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, que habían reconocido la protección que el ordenamiento legal (Ley 42 de 1999) ofrecía a las personas con discapacidad:

A juicio de la Sala, esta disposición legal debe ser interpretada como un régimen especial de estabilidad para el trabajador discapacitado, de forma tal que proteja no sólo al funcionario que ingresa al cargo con algún grado de discapacidad, sino también a aquel que sufre por enfermedad o accidente, algún menoscabo de sus facultades que lo coloca en situación de discapacidad. En ambos casos, y como en cualquier otro régimen de estabilidad establecido por Ley, el trabajador así protegido sólo puede ser despedido mediante la comprobación de una causa legal que amerite su remoción.⁵⁴

El Pleno de la Corte Suprema, en su fallo del 11 de octubre de 2010, establece que ese desarrollo legislativo era consecuencia de la interdicción de la discriminación establecida en el artículo 19 de la Constitución, que se proyectaba en la legislación en la forma de regímenes legales de protección a los débiles (principio a favor de los débiles). En este punto la Corte examina el tema de la discriminación positiva.

Resulta también destacable el hecho de que se haya ordenado, previo al pronunciamiento de fondo, la práctica de diligencias probatorias, usualmente ajenas a la naturaleza sumaria del amparo, y sobre las cuales hubo referencias explícitas tanto en el pronunciamiento de la mayoría como en un salvamento de voto.

VI. CONCLUSIONES

Concluyo brevemente señalando las enormes dificultades enfrentadas por quienes reclaman la protección judicial de sus derechos económicos, sociales y culturales. Ni los textos constitucionales, a lo largo de todo el siglo XX, parecían dispuestos a reconocerlos —incluso cuando se edificaba un constitucionalismo para el Estado intervencionista— y cuando lo hicieron produjeron fórmulas propensas a ser interpretadas restrictivamente. La variedad de técnicas interpretativas para negar la eficacia de los DESC es amplia, como ha podido observarse. La doctrina de las normas programáticas

⁵⁴ Sentencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia del 10 de junio de 2005. Ponente: magistrado Winston Spadafora.

y de los derechos no justiciables se han expresado con notable vigor. Incluso cuando se introducen mecanismos que potencian la vigencia de los derechos fundamentales, se excluye expresamente de su utilización a los DESC. Así, por ejemplo, en la doctrina del bloque de constitucionalidad, al menos en su versión inicial. Sin embargo, hay señales positivas en la introducción del segundo párrafo del artículo 17 de la Constitución y en la admisión de amparos y hábeas corpus colectivos, por ejemplo.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- D'ATENA, Antonio, "Normas programáticas y pluralismo axiológico en el derecho constitucional", *Revista de Derecho Político*, UNED, núm. 74, enero-abril de 2009.
- FÁBREGA, Jorge, *El objeto litigioso: el principio de inmutabilidad del proceso*, San José, Costa Rica, Texto, 1985.
- GIANNAREAS, Jorge *et al.*, *La Sala de la Discordia. Estudios de derecho constitucional actual*, Panamá, Portobelo, 2012.
- HOYOS, Arturo, *La interpretación constitucional*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1993.
- QUINTERO, César, "La consulta de inconstitucionalidad en Panamá", *Anuario de Derecho*, núm. 23 y 24, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá, 1994-1995.
- RODRÍGUEZ MUÑOZ, Omar Cadul, *La demanda de amparo de garantías constitucionales*, Panamá, 2006.
- SÁNCHEZ, Salvador, "El amparo en Panamá", *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, año V, núm. 27, enero-junio de 2011.
- , *Crítica a la doctrina del bloque de constitucionalidad*, 2a. ed., Panamá, Ediliber, 2010.
- , "Diálogo público y reforma legal de la justicia constitucional panameña", *Revista Panameña de Política*, núm. 7, enero-junio de 2009.