

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 NO. DVIC-379-07 DE 20 DE DICIEMBRE DE 2007, EMITIDA POR EL VICEMINISTRO DE COMERCIO E INDUSTRIAS, Y EN LA NOTA NO. DSAN-0023-08 DE 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).

Tribunal: Corte Suprema de Justicia, Panamá

Sala: Tercera de lo Contencioso Administrativo

Ponente: Hipólito Gill Suazo

Fecha: Lunes, 14 de Septiembre de 2009

Materia: Acción contenciosa administrativa

Protección de derechos humanos

Expediente:331-08

VISTOS:

La Licenciada MARÍA VARGAS PAZ, actuando en nombre y representación de la señora ANNE APPOLONIA OKWUKA, presentó demanda contencioso administrativa de protección de los Derechos Humanos ante la Sala Tercera de la Corte Suprema, con el objeto de que se declaren nulos, por ilegales, los actos administrativos contenidos en la Nota No. DVIC-379-07, emitida por el Viceministro de Comercio e Industrias, y en la Nota No. DSAN-0023-08 de 2 de enero de 2008, emitida por el Administrador General de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos (ASEP).

I. ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO

Mediante el primer acto impugnado, el Viceministro de Comercio e Industrias decidió no aprehender el conocimiento de la solicitud presentada el 7 de noviembre de 2007 por la demandante, en relación a la reconexión del servicio público de energía eléctrica a su residencia, ubicada en El Empalme, Distrito de Changuinola, la cual había sido suspendida por la empresa BOCAS FRUIT COMPANY, LTD. por negarse la demandante a la práctica de una diligencia de allanamiento en dicha residencia.

En el mencionado acto, el señor Viceministro le informó a la demandante que, en su lugar, remitiría dicha solicitud a la ASEP, de conformidad con los artículos 84 y 85 de la Ley No. 38 de 2000, por considerar que esta última es la autoridad competente para resolver dicha solicitud, al tenor del artículo 10 del Decreto Ley No. 10 de 2006.

En efecto, consta en autos que la referida solicitud fue remitida por el Viceministro de Comercio e Industrias al Administrador General de la ASEP mediante Nota No. DVIC-378-07 de 20 de diciembre de 2007, con fundamento en el artículo 8 del Decreto Ley No. 10 de 2006 y el artículo 20, numeral 2, el artículo 23, numerales 1 y 10, y el artículo 115, numeral 1 de la Ley No. 6 de 1997.

No obstante, mediante el segundo acto impugnado, el Administrador General de la ASEP, al dar respuesta a la Nota No. DVIC-378-07 de 20 de diciembre de 2007 remitida por el Viceministro de Comercio e Industrias, se inhibió igualmente de conocer la solicitud presentada por la demandante, por considerar que "no tiene competencia alguna sobre tarifas y normas de calidad técnica y comercial del servicio de electricidad prestado por Bocas Fruit Co.", en virtud de lo siguiente:

"El marco regulatorio establecido por la Ley No. 6 de 1997 y sus subsecuentes modificaciones no aplican a la empresa Bocas Fruit Co., por cuanto sus obligaciones relativas al servicio de electricidad no se enmarcan dentro del contexto de dicha ley, pues más bien el derecho de vender excedentes de energía no utilizada por ella, a la población civil del área de Bocas del Toro, surge del Artículo Quinto del Contrato Ley No. 13 de 12 de febrero de 1998 suscrito con la Nación, el cual prorroga el Contrato de Arrendamiento de Tierras No. 2 de 1976."

II. FUNDAMENTO DE LA DEMANDA

La demandante estima que, dado que no obtuvo respuesta alguna a su solicitud en virtud de los actos impugnados, ambos son violatorios del artículo 8.1 (Garantías Judiciales) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por Panamá mediante Ley No. 15 de 28 de octubre de 1977 (G.O. 18,468 de 30 de noviembre de 1977), que establece el derecho de acceso a la justicia, y del artículo 2.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por Panamá mediante Ley No. 15 de 6 de noviembre de 1990 (G.O. 21,667 de 16 de noviembre de 1990), que obliga a los Estados a proteger al niño contra actos discriminatorios basados en "la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres".

III. INFORME DE CONDUCTA DE LAS AUTORIDADES DEMANDADAS

Mediante Nota No. DVIC-233-08 de 21 de julio de 2008, el Viceministro de Comercio e Industrias compareció en el presente proceso, reiterando que, tal como manifestó en el primer acto impugnado, "la ASEP es la encargada de velar por que los prestadores del servicio público de electricidad, en este caso, la empresa BOCAS FRUIT COMPANY, LTD., cumplan con los deberes y obligaciones adquiridos, toda vez que el artículo Quinto del Contrato No. 13 [de 12 de febrero de 1998], el cual prorroga el Contrato de Arrendamiento de Tierras No. 2 de 1976, manifiesta que la empresa BOCAS FRUIT COMPANY, LTD. posee el derecho de vender el excedente de energía eléctrica no utilizada por los moradores de Bocas del Toro."

Por su parte, mediante Nota No. DSAN-2040-08 de 18 de julio de 2008, el Administrador General de la ASEP reiteró los señalamientos efectuados en el segundo acto impugnado, por cuanto "la empresa BOCAS FRUIT CO... administra una concesión otorgada por el Estado, para generar la electricidad que requiera su actividad bananera, con la capacidad de ofrecer en venta sus excedentes a todos los consumidores, particulares y de gobierno en dicho distrito."

IV. OPINIÓN DEL PROCURADOR DE LA ADMINISTRACIÓN

Mediante Vista No. 101 de 9 de febrero de 2009, el señor Procurador de la Administración se manifestó de acuerdo con la tesis de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, "ya que el derecho de vender el excedente de la energía eléctrica generado por dicha empresa fue otorgado a través de la Cláusula Quinta del Contrato Ley No. 13 de 12 de febrero de 1998, suscrito por el Estado, por conducto del Ministerio de Comercio e Industrias, y la empresa CHIRIQUÍ LAND COMPANY, y no a través de un contrato de concesión celebrado con esa Autoridad reguladora, razón por la cual carece de competencia para conocer de la queja presentada por la demandante."

Agrega el señor Procurador que la Cláusula Quinta del Contrato Ley No. 13 de 1998 "le otorga a la empresa BOCAS FRUIT COMPANY, LTD. la concesión para producir la energía eléctrica que necesite para el desarrollo de sus actividades, permitiéndole, además, vender el excedente de la energía producida cuando el Estado no se encuentre en la capacidad de ofrecerla. Por tanto, la venta de la energía excedente consiste en una facultad de la empresa

que no está sujeta a las regulaciones previstas en la Ley No. 6 de 1997, modificada por el Decreto Ley No. 10 de 1998."

Por otro lado, el señor Procurador es del concepto que, al ser una facultad discrecional de la empresa, prevista expresamente en el respectivo Contrato Ley, "se desprende el hecho que el Ministerio de Comercio e Industrias tampoco está facultado para regular esta prestación privada del servicio de electricidad."

Como colofón, el señor Procurador "estima que la parte actora ha equivocado la vía con la cual pretende acceder a la justicia, puesto que el hecho generador del supuesto derecho lesionado consiste en una relación contractual de carácter privado, es decir, el contrato de prestación de servicio de electricidad suscrito entre ella y BOCAS FRUIT COMPANY, LTD., por lo que resulta claro que la vía correcta para acceder a la justicia es a través de los tribunales ordinarios."

V. DECISIÓN DE LA CORTE

Cumplidos los trámites pertinentes, esta Corporación procede a resolver la iniciativa presentada.

FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

1. Competencia

La Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer de las demandas de protección de los derechos humanos que se propongan contra actos administrativos expedidos por autoridades nacionales, de conformidad con lo que consagra expresamente el numeral 15 del artículo 97 del Código Judicial.

2. Legitimación activa

En el presente caso, la demanda ha sido propuesta mediante apoderada especial por la ciudadana nigeriana ANNE APPOLONIA OKWUKA, quien ostenta la titularidad del derecho de acceso a la justicia, y cuyos menores hijos son titulares del derecho a la no discriminación del niño. Ambos derechos se alegan violados en el libelo de la demanda, situación que permite corroborar que la demandante reúne las exigencias de legitimidad activa para entablar la acción ensayada.

Tanto el derecho al debido proceso -del cual forma parte el derecho de acceso a la justicia- como el derecho a no ser discriminado, han sido reconocidos expresamente por esta Corporación, mediante Sentencia de 27 de noviembre de 2008, como parte del catálogo de derechos humanos justiciables. No obstante, cabe reiterar la importante aclaración hecha en aquella ocasión por la Sala, con respecto al carácter "mínimo y no excluyente" -es decir, abierto- de dicho catálogo:

"Decimos "entre otros" porque, en virtud del párrafo segundo del artículo 17 de la Constitución, adicionado con la reforma constitucional de 2004, los Derechos Humanos que consagra la Constitución, sean éstos de primera, segunda o tercera generación -conforme al criterio doctrinal sentado con anterioridad por esta Sala (Cfr. Sentencia de 29 de julio de 2008, que resolvió el proceso contencioso administrativo de protección de los Derechos Humanos instaurado por PROBIDSIDA contra el Ministerio de Salud)-, y que han sido desarrollados por la normativa legal y reglamentaria vigente, "deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona."

Esta interpretación es congruente, además, con el numeral 1 del artículo 1, y con los artículos 2 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establecen las siguientes obligaciones generales exigibles a la República de Panamá:

"ARTÍCULO 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social." (Subraya la Corte.)

"ARTÍCULO 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades." (Subraya la Corte.)

"ARTÍCULO 26. Desarrollo Progresivo

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.)"

3. Naturaleza de los actos impugnados

Los dos actos impugnados son de carácter definitivo, puesto que tienen el efecto práctico de desconocer derechos subjetivos, al negarse a entrar en conocimiento de la solicitud presentada por la demandante. Por consiguiente, se trata de actos demandables ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

4. Problema jurídico

El problema jurídico que se plantea en la presente controversia consiste en establecer si, al negarse a aprehender el conocimiento de la solicitud presentada por la demandante, los actos cuestionados son en efecto violatorios del derecho de acceso a la justicia de la demandante y del derecho de sus menores hijos a no ser discriminados, lo cual justificaría que esta Corporación la sustraiga del mundo jurídico por ser contraria a disposiciones consagradas en nuestra legislación.

En su pretensión, la demandante reclama la ilegalidad de los mencionados actos, sosteniendo que los mismos infringen el texto manifiesto de los artículos 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 2.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

5. Análisis de los cargos de ilegalidad planteados

5.1. Las obligaciones generales derivadas de los tratados internacionales

Tomando en cuenta que las dos disposiciones invocadas por la demandante son normas de Derecho Internacional, se hace necesario analizar primeramente el alcance de los instrumentos convencionales invocados.

La suscripción de tratados internacionales conlleva el reconocimiento por parte del Estado panameño de dos obligaciones generales reconocidas originalmente por la costumbre internacional y recogidas luego por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ratificada por Panamá mediante Ley No. 17 de 31 de octubre de 1979 (G.O. 19,106 de 7 de julio de 1980): a) La primera de dichas obligaciones generales es la regla *pacta sunt servanda*, que fundamenta el carácter vinculante de los tratados internacionales:

"ARTÍCULO 26. *Pacta sunt servanda*. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe."

De conformidad con dicha regla, el Estado panameño está obligado a abstenerse de realizar actos contrarios a un tratado internacional desde el momento de la firma del mismo, y a tomar todas las medidas necesarias para garantizar su cumplimiento a partir de su entrada en vigor. b) La segunda de dichas obligaciones generales es la de adecuar la normativa interna a los compromisos adquiridos en virtud de dichos tratados:

"ARTÍCULO 27. El Derecho Interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho Interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46." (Subraya la Corte.)

Específicamente en materia de Derechos Humanos, la obligación general de adecuar el Derecho Interno a los instrumentos internacionales, de modo tal que se preserve el efecto útil de estos últimos, se encuentra consignada en el artículo 2 de la Convención Americana, citado en nuestra Sentencia de 27 de noviembre de 2008, a la cual ya hicimos referencia.

A este respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha conceptualizado lo siguiente:

"180. La Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención [Americana] o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. Precisamente, respecto a la adopción de dichas medidas, es importante destacar que la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina "control de convencionalidad", según el cual cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos." (Caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, Sentencia de 12 de agosto de 2008 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Subraya la Corte.)

Así pues, a través de la presente decisión, este tribunal de legalidad dará cumplimiento a la obligación tutelar de control de convencionalidad, conforme a los extremos establecidos por la Corte Interamericana.

5.2. Las obligaciones específicas derivadas del artículo 8.1 de la Convención Americana, aplicadas al caso concreto

El artículo 8.1 de la Convención Americana dice así:

"ARTÍCULO 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter." (Subraya la Corte.)

Como en numerosas ocasiones ha indicado la jurisprudencia constitucional panameña, comenzando por la Sentencia de 8 de noviembre de 1990, la anterior disposición convencional desarrolla el derecho al debido proceso legal, tutelado por el artículo 32 de la Constitución. Concretamente, las frases subrayadas por este tribunal de legalidad garantizan el derecho de acceso a la justicia, así como el derecho a ser juzgado por juez competente.

A este respecto, la Corte Interamericana ha señalado lo siguiente:

"71. De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo. Es decir, que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un "juez o tribunal competente" para la "determinación de sus derechos", esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana." (*Caso del Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano) vs. Perú*, Sentencia de 31 de enero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas). Subraya la Corte.).

En tal sentido, consta en autos que la demandante ejerció primeramente su derecho de acceso a la justicia ante el Ministerio de Comercio e Industrias (MICI), como contraparte del Contrato Ley No. 13 de 1998, suscrito entre La Nación y la empresa BOCAS FRUIT COMPANY, LTD., y del cual emana el derecho de esta última de prestar el servicio público de electricidad, a través de la venta de excedentes de energía.

No obstante, a falta de una norma legal que autorice expresamente al MICI para resolver la solicitud planteada por la demandante, razón le asiste a dicha autoridad cuando aduce su falta de competencia para decidir sobre la procedencia o no de dicha pretensión. Por tanto, la Sala es del criterio que el primer acto impugnado se atiene a lo dispuesto por la oración final del artículo 36 de la Ley No. 38 de 31 de julio de 2000, "Que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, regula el Procedimiento Administrativo General y dicta

disposiciones especiales" (G.O. 24,109 de 2 de agosto de 2000), que prohíbe la emisión de actos para los cuales "carezca[n] de competencia de acuerdo con la ley o los reglamentos."

Continuando con el análisis del primer acto impugnado, la Sala observa que el MICI no se limitó a inhibirse por ser incompetente, puesto que tal conducta hubiera afectado el derecho de la demandante a recibir una respuesta de la autoridad ante la cual comparece, al colocarla en un limbo jurídico. En tal sentido, al tenor de lo previsto por el artículo 37 de la Ley No. 38 de 2000, y por tratarse de un proceso administrativo, dicho Ministerio aplicó supletoriamente el artículo 40 de la misma excerta legal, que dice así:

"ARTÍCULO 40. Si la petición es formulada con fundamento en el derecho constitucional de petición, se seguirán las siguientes reglas:

1. La autoridad ante quien se dirige la petición deberá proferir la resolución correspondiente, dentro de los treinta días siguientes a su presentación, salvo los supuestos de excepción establecidos en la ley;
2. Cuando se reciba una petición, consulta o queja que deba ser objeto de determinado procedimiento administrativo o jurisdiccional especial, se comunicará así al peticionario dentro del término de ocho días, contado a partir de la recepción de la petición, con expresa indicación del procedimiento que corresponda según la ley, medida que se adoptará mediante resolución motivada; y
3. Si la autoridad ante la cual se formula una petición, estimare que carece de competencia para resolver, la remitirá a la que considere competente, y comunicará tal circunstancia al peticionario, previa resolución inhibitoria, en la que expresará la norma o normas legales en que se funda la declinatoria de competencia y la entidad administrativa o jurisdiccional que, a su juicio, es la competente.

Cuando se produzca un conflicto de competencia positivo o negativo, entre autoridades que pertenezcan a un mismo ministerio, entidad descentralizada o local, lo resolverá el superior jerárquico de ambas autoridades; si éstas pertenecieran a ministerios, entidades descentralizadas o entidades locales diferentes, el conflicto lo decidirá la Ministra o el Ministro de la Presidencia, quien para ello deberá consultar con la Procuraduría de la Administración." (Subraya la Corte.)

Del análisis de los hechos del caso, se evidencia el cumplimiento de esta norma por parte del MICI, puesto que el primer acto acusado, pese a no revestir la forma de una resolución inhibitoria, en esencia lo es. Además, el citado Ministerio señala que la ASEP es la entidad que a su juicio es la competente para resolver la solicitud planteada, precisando el fundamento legal de dicha declinatoria de competencia.

Más aún, para que el derecho subjetivo de la demandante no perdiera eficacia, el MICI dispuso la remisión de la actuación a la ASEP, tal como lo establece la frase subrayada de la norma que acabamos de transcribir. Finalmente, al recibir el acto inhibitorio de la ASEP, el MICI remitió la solicitud de la demandante a la empresa BOCAS FRUIT COMPANY, LTD., mediante Nota No. D.M.-065-08 de 18 de enero de 2008, de modo tal que no quedara sin respuesta.

Por lo tanto, la Sala estima que la declaratoria de ilegalidad del primer acto acusado es improcedente.

En contraposición, al simplemente inhibirse de resolver la solicitud remitida por el Viceministro de Comercio e Industrias, la ASEP incumplió con los parámetros establecidos en el artículo 40 de la Ley No. 38 de 2000, los cuales expusimos en líneas anteriores.

Pareciera entonces que la ASEP, al fundar su decisión inhibitoria en el Contrato Ley No. 13 de 12 de febrero de 1998, inaplicando al presente caso la Ley No. 6 de 1997, le estuviera reconociendo jerarquía de Ley a un Contrato Ley, tema éste que ha sido objeto de reciente análisis por parte de esta Sala mediante Sentencia de 29 de julio de 2008:

"En primer término, es preciso destacar que el contrato administrativo no tiene jerarquía de ley.

En este punto resulta pertinente establecer la diferencia entre lo que se entiende por contrato y lo que es una ley.

Con relación a la noción de contrato, la Ley 56 de 1995 -vigente al momento de la celebración del Contrato de Concesión Minera que se examina- definía el Contrato Público en su artículo tercero, numeral 9 señalando que es un acuerdo de voluntades, celebrado conforme a derecho, entre un Ente Estatal en ejercicio de la función administrativa y un particular, sea persona natural o jurídica, nacional o extranjera, del cual surgen derechos y obligaciones y cuya finalidad es de carácter público.

La ley, en sentido formal y material es definida por el doctor Harley James Mitchell D. en su obra Introducción al Estudio de la Ley, de la siguiente manera:

"Ley es la norma general que se expide por el Órgano Legislativo de conformidad con los procedimientos establecidos en la Constitución y la Ley. Las leyes elaboradas y aprobadas según las disposiciones constitucionales por el Parlamento, se denominan leyes formales por ser tramitadas por el Órgano Legislativo y ley en sentido material por su contenido general.

La distinción básica entre la ley y las otras categorías jurídicas secundarias es que la ley emana del Órgano Legislativo. La diferencia no está en el contenido normativo, sino en la autoridad que las elabora, pues, todas estas normas secundarias tienen, en principio un contenido que se caracteriza por su naturaleza de regla general.

También podemos decir, en sentido amplio, que las normas legales son disposiciones que tienen fuerza o valor de ley, ya sea que emanen del Congreso o Gobierno. Cubre o se extiende este principio, tanto a la ley en sentido estricto, como los Decretos del Gobierno que tienen esta naturaleza". (Imprenta de la Universidad de Panamá, Panamá, 1999, Pág. 43) (El subrayado es de la Corte)

De acuerdo con estas definiciones surgen elementos a considerar para no soslayar la naturaleza jurídica del contrato administrativo. Veamos: a. Las estipulaciones de un contrato vinculan a las partes que lo suscriben y son de obligatorio cumplimiento entre éstas, en

tanto que la ley, en sentido material, tiene efectos *erga omnes*, es decir, que su ámbito de aplicación es general.

En el caso bajo examen el contrato celebrado entre el Estado y la empresa no tiene la característica de ley material, pues los efectos jurídicos no se extienden a la generalidad de las personas, sino que es de obligatorio cumplimiento entre las partes. b. El contrato público no tiene el carácter de ley formal.

La Sala advierte que el contrato de concesión se perfeccionó con la manifestación de voluntad de los sujetos contratantes que son: El Ministerio de Comercio e Industrias, por parte del Ejecutivo y la empresa, con su respectivo representante legal, sin que la voluntad del Órgano Legislativo interviniera en su formación.

La actuación de la Asamblea Nacional en este caso se concretó a autorizar o aprobar el contrato como requisito de eficacia del mismo, sin que dicho Órgano formara parte del contrato.

De allí que las cláusulas que forman parte del contrato de concesión no pueden ser modificadas por el Legislador o Diputado, pues tratándose de un contrato administrativo, le son aplicables las normas de contratación pública vigentes al momento de su celebración, esto es la Ley 56 de 1995 (Art. 71 y siguientes), que prevén que las modificaciones las realicen los sujetos que intervinieron en la formación de la voluntad administrativa.

Es por ello que la Asamblea Legislativa, hoy Asamblea Nacional no puede alterar el contenido de las cláusulas del contrato, como sí lo pueden hacer sus miembros en el proceso de creación de la ley formal.

En este punto conviene precisar que la autorización o aprobación del contrato de concesión por parte de la Asamblea Legislativa, no reviste al contrato de jerarquía de ley.

El acto que tiene carácter de ley es el que se otorga a la Resolución motivada que expide la Asamblea Nacional, mediante la cual se aprueba el contrato de concesión.

Respecto a la naturaleza jurídica de la Ley que aprueba la concesión, y el contrato de concesión propiamente tal, el Dr. Mitchell en la citada obra puntualiza lo siguiente:

"B. Naturaleza Jurídica

La Ley que aprueba el contrato no forma parte de él, pues, el legislador no interviene en la elaboración de las cláusulas, es decir, su voluntad no es parte constitutiva, sino que representa un requisito externo de convalidación, ratificación o aprobación del contrato.

En la esfera o ámbito interno del acto, existen dos voluntades: la administración y el particular. Estas voluntades acuerdan el contenido del contrato. Estas voluntades constituyen un elemento de esencia o condición de validez del acto, en cuanto a su perfeccionamiento o integración para "formarlo". Es requisito de

eficacia del acto la aprobación parlamentaria para su formación jurídica completa" (Ob. Cit. Págs. 151 y 152) (El subrayado es de la Corte).

Es por lo anterior que el acto de la Asamblea consistente en aprobar o improbar los contratos en los cuales sea parte o tenga interés el Estado, a que alude el numeral 15 del artículo 159 de la Constitución, es el que tiene carácter de ley orgánica y no el contrato de concesión." (Énfasis en el original.)

Como consecuencia del citado criterio jurisprudencial, corresponde entonces que la Sala aplique al caso presente las disposiciones legales invocadas por el MICI como fundamento jurídico para inhibirse de conocer la solicitud efectuada por la demandante y remitirla a la ASEP, en lugar de las contractuales invocadas por esta última autoridad. Tales disposiciones legales son las siguientes:a) Decreto Ley No. 10 de 22 de febrero de 2006, "Que reorganiza la estructura y atribuciones del Ente Regulador de los Servicios Públicos y dicta otras disposiciones" (G.O. 25,493 de 24 de febrero de 2006):

"ARTÍCULO 8. *Jurisdicción.* Las empresas prestadoras de servicios públicos de agua potable, alcantarillado sanitario, electricidad, telecomunicaciones, radio y televisión y las dedicadas a la transmisión y distribución de gas natural, están sujetas a la jurisdicción de la Autoridad [Nacional de los Servicios Públicos], en los términos señalados por esta Ley y las respectivas leyes sectoriales." (Subraya la Corte.)

b) Ley No. 6 de 1997, "Por la cual se dicta el Marco Regulatorio e Institucional para la Prestación del Servicio Público de Electricidad" (G.O. 23,220 de 5 de febrero de 1997), modificada por el Decreto Ley No. 10 de 26 de febrero de 1998 (G.O. 23,490-A de 28 de febrero de 1998):

"ARTÍCULO 20. *Funciones.* El Ente Regulador [hoy ASEP] tendrá las siguientes funciones en relación al sector de energía eléctrica:

...

2. Vigilar y controlar el cumplimiento de las leyes y actos administrativos a los que estén sujetos quienes presten el servicio público de electricidad, y sancionar sus violaciones." (Subraya la Corte.)

"ARTÍCULO 23. *Deberes y obligaciones.* Los prestadores del servicio público de electricidad tendrán los siguientes deberes y obligaciones, sin perjuicio de los que establezcan otras disposiciones legales:

1. Asegurar que el servicio se preste en forma continua y eficiente, y sin abuso de la posición dominante que la entidad pueda tener frente al cliente o frente a terceros.

...

10. Prestar los servicios con carácter obligatorio y en condiciones que aseguren su continuidad, regularidad, igualdad y generalidad, de manera que se garantice su eficiente provisión a los clientes, la seguridad pública y la preservación del ambiente y los recursos naturales." (Subraya la Corte.)

"ARTÍCULO 115. *Derechos*. Todas las personas, naturales o jurídicas, públicas o privadas, podrán tener acceso al servicio de energía eléctrica, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley, sus reglamentos, las resoluciones y disposiciones aplicables. Sin perjuicio de lo contemplado en otras disposiciones legales, los clientes de estos servicios tienen derecho a:

1. Exigir al prestador la eficiente prestación de los servicios, conforme a los niveles de calidad establecidos en esta Ley, en su reglamento o por disposición del Ente Regulador, y a reclamar ante aquel si así no sucediera."

Del tenor literal de las disposiciones antes transcritas, se desprende claramente que la ASEP tiene competencia para regular la prestación del servicio público de electricidad por parte de la empresa BOCAS FRUIT COMPANY, LTD., así como para conocer de la solicitud impetrada por la demandante.

Resulta evidente entonces que el segundo acto impugnado colocó a la demandante en una situación lesiva de sus derechos de acceso a la justicia y a comparecer ante la autoridad competente, por lo que procede su declaratoria de ilegalidad.

5.3. Las obligaciones específicas derivadas del artículo 2.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, aplicadas al caso concreto

El artículo 2.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño dice así:

"ARTÍCULO 2.

...

2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares."

Cabe destacar que los derechos del niño han sido reconocidos también por la propia Convención Americana:

"ARTÍCULO 19. *Derechos del Niño*

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado."

Al respecto, no podemos pasar por alto que el artículo 26 de dicha Convención, también citado en nuestra Sentencia de 27 de noviembre de 2008, obliga al Estado panameño a desarrollar progresivamente los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre los cuales se encuentran los derechos del niño. En desarrollo del mencionado artículo 26, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, mejor conocido como Protocolo de San Salvador, ratificado por Panamá mediante Ley No. 21 de 22 de octubre de 1992 (G.O. 22,152 de 27 de octubre de 1992), contiene la siguiente disposición:

"ARTÍCULO 16. *Derecho de la Niñez*

Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo

circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo."

No cabe duda entonces que, para dar cumplimiento a las referidas obligaciones específicas, el Estado panameño debe darle un alto grado de protección a los derechos del niño. Sin embargo, no escapa a este tribunal de legalidad que, con respecto al derecho a la no discriminación del niño tutelado por la norma convencional invocada por la demandante, el Comité de Derechos del Niño ha emitido el siguiente concepto en su Observación General No. 5 (2003) "Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)":

"12. La adopción de una perspectiva basada en los derechos del niño, mediante la acción del gobierno, del parlamento y de la judicatura, es necesaria para la aplicación efectiva de toda la Convención, particularmente habida cuenta de los siguientes artículos de la Convención identificados por el Comité como principios generales.

Artículo 2 - Obligación de los Estados de respetar los derechos enunciados en la Convención y de asegurar su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna. Esta obligación de no discriminación exige que los Estados identifiquen activamente a los niños y grupos de niños cuando el reconocimiento y la efectividad de sus derechos pueda exigir la adopción de medidas especiales. Por ejemplo, el Comité subraya en particular, la necesidad de que los datos que se reúnan se desglosen para poder identificar las discriminaciones existentes o potenciales. La lucha contra la discriminación puede exigir que se modifique la legislación, que se introduzcan cambios en la administración, que se modifique la asignación de recursos y que se adopten medidas educativas para hacer que cambien las actitudes. Hay que poner de relieve que la aplicación del principio no discriminatorio de la igualdad de acceso a los derechos no significa que haya que dar un trato idéntico. En una Observación general del Comité de Derechos Humanos se ha subrayado la importancia de tomar medidas especiales para reducir o eliminar las condiciones que llevan a la discriminación." (Énfasis en el original)

Aplicando el anterior concepto al caso presente, la Sala no encuentra indicio alguno de discriminación de los menores hijos de la demandante, dado que las actuaciones de las autoridades demandadas no estuvieron basadas en "la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres". Por lo tanto, el mencionado cargo de ilegalidad es improcedente.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley:

1. DECLARA QUE NO ES ILEGAL el acto administrativo contenido en la Nota No. DVIC-379-07, emitida por el Viceministro de Comercio e Industrias.

2. DECLARA ILEGAL el acto administrativo contenido en la Nota No. DSAN-0023-08 de 2 de enero de 2008, emitida por el Administrador General de la ASEP, y en consecuencia, ORDENA a dicha autoridad resolver la solicitud presentada por la señora ANNE APPOLONIA OKWUKA el 7 de noviembre de 2007.

Notifíquese Y CÚMPLASE,

HIPÓLITO GILL SUAZO

VICTOR L. BENAVIDES P. -- JACINTO A. CARDENAS M

HAZEL RAMÍREZ (Secretaria Encargada)