

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista 017

Panamá, 21 de enero de 2014

**Proceso de
inconstitucionalidad**

**Concepto de la
Procuraduría de
la Administración.**

El Licenciado Hermes A. Ortega B., actuando en representación de **Tania Vásquez**, demanda la inconstitucionalidad de la **Resolución NUM.43-2010/DINAG de 20 de enero de 2010**, emitida por la **Contraloría General de la República**.

Honorable Magistrado Presidente de la Corte Suprema de Justicia.

Pleno.

Acudo ante usted de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 206 de la Constitución Política de la República, en concordancia con el artículo 2563 del Código Judicial, con el propósito de emitir el concepto de la Procuraduría de la Administración respecto a la demanda de inconstitucionalidad descrita en el margen superior.

I. Acto acusado de inconstitucional.

A través de la acción que ocupa nuestra atención, la recurrente solicita que se declare inconstitucional la Resolución NUM.43-2010/DINAG de 20 de enero de 2010, emitida por la Contraloría General de la República, cuya parte resolutive es la siguiente:

“PRIMERO: Ordenar a la Dirección Nacional de Auditoría General de la Contraloría General de la República, realizar auditoría especial a las operaciones financieras y administrativas del Fondo de Inversión Social (FIS) del 1 de septiembre de 1999 al 31 de diciembre de 2009.

SEGUNDO: Realizar las diligencias tendientes a reunir los elementos de juicio que esclarezcan los hechos, pudiendo recibir testimonios, designar peritos, realizar (sic)

(SIC)

CUARTO: Esta resolución regirá a partir de la fecha de su aprobación.

Fundamento Legal: Artículo 280 (numeral 4) de la Constitución Política de la República de Panamá, Artículo 11 (numeral 4) y 55 (literal f) de la Ley Núm. 32 de 8 de noviembre de 1984, siguientes y concordantes; Artículo 201 (numeral 90) de la Ley Núm. 38 de 31 de julio de 2000.

...

II. Disposiciones constitucionales que se aducen como infringidas y los conceptos de infracción.

En la acción bajo análisis, la actora indica que la resolución demandada viola de manera directa, por omisión, los artículos 17, 18, 32 y 280 (numeral 4) de la Constitución Política de la República, los cuales se leen así:

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

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

“Artículo 18. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infracción de la Constitución o de la Ley. Los servidores públicos lo son por esas mismas causas y también por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de éstas.”

“Artículo 32. Nadie será juzgado, sino por autoridad competente y conforme a los trámites legales, y no más de una vez por la misma causa penal, administrativa, policiva o disciplinaria.”

“Artículo 280. Son funciones de la Contraloría General de la República, además de las que señale la Ley, las siguientes:

1...

...

4. Realizar inspecciones e investigaciones tendientes a determinar la corrección o incorrección de las operaciones que afecten patrimonios públicos y, en su caso, presentar las denuncias respectivas.

...”

En igual sentido, la demandante argumenta que la resolución acusada infringe de manera directa, por omisión, el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada mediante la Ley 15 de 28 de octubre de 1977, integrado igualmente a este análisis, pues, forma parte del bloque de constitucionalidad, cuyo texto es del siguiente tenor:

“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.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;

c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la

comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.”

Conforme ya se ha indicado en el apartado anterior, la pretensión de la accionante tiene como objetivo que se declare inconstitucional la Resolución NUM.43-2010/DINAG de 20 de enero de 2010, por medio de la cual la Contralora General de la República le ordenó a la Dirección Nacional de Auditoría General que realizara una auditoría especial a las operaciones financieras y administrativas del Fondo de Inversión Social (FIS), correspondientes al período del 1 de septiembre de 1999 al 31 de diciembre de 2009; ya que, según aduce, la misma es violatoria de los artículos 17, 18, 32 y 280, numeral 4, de la Constitución Política de la República, y del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues, al emitirse, se desatendieron los principios básicos que regulan la actuación de las autoridades; se omitió el principio de legalidad y vulneró el debido proceso legal, al no correrse traslado de la mencionada auditoría especial a los funcionarios o agentes de manejo que habían participado en las gestiones objeto de la investigación, por lo que ello transgrede el derecho a la defensa.

En igual sentido, la actora manifiesta que el acto acusado no especifica hacia qué operación, proyecto o programa va dirigido, obviando los parámetros de celeridad e imparcialidad, debido a que abarca un período de diez años, por lo que

la auditoría terminó tres años después, con la consecuencia de que muchos documentos que amparan las operaciones auditadas han sido destruidos o se han extraviado. En cuanto a la transgresión del principio de imparcialidad, afirma que se viola puesto que solamente se le está investigando a ella y a dos personas más (Cfr. fojas 8 a 12 del expediente judicial).

III. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Este Despacho estima que la acción de inconstitucionalidad que nos ocupa resulta no viable, ya que de la simple lectura de la Resolución NUM.43-2010/DINAG de 20 de enero de 2010, emitida por la Contraloría General de la República, cuya inconstitucionalidad demanda el Licenciado Hermes A. Ortega B., en representación de Tania Vásquez, se advierte que estamos en presencia de un acto de carácter administrativo que debió ser recurrido ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en atención a que el objeto controvertido consiste en una orden de hacer dada por la Contralora General de la República en el ejercicio de sus funciones administrativas (Cfr. foja 3 y 4 del expediente judicial).

En esos términos, resulta pertinente traer a colación lo que señala el autor Jaime Orlando Santofimio Gamboa en su obra Tratado de Derecho Administrativo, quien al referirse al concepto de acto administrativo, señala que: “Entendemos, en este sentido, por acto administrativo toda manifestación unilateral, por regla general de voluntad, de quienes ejercen funciones administrativas, tendiente a la producción de efectos jurídicos” (SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo, 4ta. ed., edit. Universidad Externado de Colombia, Bogotá – Colombia, 2004, pág. 131).

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico este concepto se encuentra definido en el párrafo primero del numeral 1 del artículo 201 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, sobre el procedimiento administrativo general, que concibe el acto administrativo como una “Declaración emitida ..., conforme a derecho, por una

autoridad u organismo público en ejercicio de una función administrativa del Estado, para crear, modificar, transmitir o extinguir una relación jurídica que en algún aspecto queda regida por el Derecho Administrativo.”

Por otra parte, es importante mencionar que el numeral 2 del artículo 206 de la Constitución Política de la República establece la competencia de los Magistrados de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, para conocer, entre otras materias, la legalidad de las resoluciones, órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten, expidan las entidades nacionales, provinciales, municipales y las entidades públicas autónomas o semiautónomas.

Dada la naturaleza del acto acusado, este Despacho es del criterio que en el presente proceso resulta aplicable el principio de especialidad o preferencia de la vía Contencioso Administrativa sobre la Constitucional, ya que aunque en nuestro sistema de justicia constitucional se pueden impugnar actos administrativos, tanto generales como particulares, los mismos están sujetos fundamentalmente al control de legalidad que ejerce la Jurisdicción Contencioso Administrativa, conforme lo ha señalado el Pleno al indicar que para impugnar tales actos se debe acudir ante todo a un proceso contencioso administrativo (Cfr. HOYOS, Arturo. La Interpretación Constitucional. Reimpresión. Santa Fe de Bogotá, Colombia. Editorial Temis, S.A., 1998. Páginas 28 y 29).

Esta posición encuentra sustento en el hecho de que la acción de inconstitucionalidad sólo puede interponerse contra actos definitivos, ejecutoriados, que no puedan impugnarse por otros medios; de allí la necesidad de que los actos administrativos deban ser impugnados, en primer término, en la esfera contencioso administrativa.

Esa Alta Corporación de Justicia se pronunció en Auto de 15 de febrero de 2000 en torno al principio de preferencia de la vía Contencioso Administrativa, señalando en relación con el tema lo siguiente:

“... Por otra parte, del examen que se hace del libelo presentado puede observarse que la demanda de inconstitucionalidad presentada va dirigida contra un acto administrativo donde se dispone que las estaciones de servicio de radio aficionado sólo pueden transmitir en las bandas y frecuencias fijadas para este servicio en cada categoría, precisándose en los numerales a y b, demandados como inconstitucionales la nomenclatura de frecuencias que serán utilizadas y las bandas correspondientes, situación que, por el llamado principio de preferencia, compete su conocimiento, en primer término, a la esfera contencioso administrativa, como ya este Pleno lo ha señalado en fallos anteriores, donde se ha dejado establecido que la acción de inconstitucionalidad sólo puede interponerse contra actos definitivos, ejecutoriados y que no puedan impugnarse por otros medios, dado el carácter extraordinario y autónomo de las acciones de inconstitucionalidad (v. g. resoluciones de 12 de mayo de 1993; 16 de diciembre de 1994; 1 de noviembre de 1996; 2 de septiembre de 1996; 11 de noviembre de 1999.

La competencia es un problema de legalidad y no de esfera constitucional...

Por último, conviene destacar que el ánimo del Tribunal, en estos casos, se encuentra orientado a lograr un ejercicio eficaz de tutela a los derechos de las partes, siendo que cuando se utiliza una vía procesal que no es la más idónea para ventilar la causa, se puede colocar en una situación de desventaja procesal a las mismas.

En consecuencia, la Corte Suprema, PLENO, ..., NO ADMITE la demanda de inconstitucionalidad presentada por el licenciado ASCENCION I. BROCE C. contra los literales a y b del Artículo 29 del Decreto Ejecutivo N° 302 de 1999.”

A los efectos de este análisis, conviene destacar que la resolución acusada de inconstitucional no está comprendida en la categoría de acto definitivo, máxime, cuando la propia actora manifiesta a lo largo de la exposición de los hechos, que el Informe de Auditoría Especial 03-003-2013-DINAG-DESAFPF, emitido por la Dirección Nacional de Auditoría General de la Contraloría General de la República como producto de la investigación ordenada mediante la Resolución Num.43-2010/DINAG de 20 de enero de 2010, en este momento se

encuentra en la Fiscalía de Cuentas, en la que se instruye la investigación patrimonial correspondiente, bajo el expediente número 94-13 (Cfr. hecho tercero de la demanda, foja 4 del expediente judicial).

En el marco de las consideraciones antes expuestas, este Despacho solicita a los Honorables Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, se sirvan declarar NO VIABLE la acción de inconstitucionalidad ensayada por el Licenciado Hermes A. Ortega B., actuando en representación de Tania Vásquez, en contra de la Resolución NUM.43-2010/DINAG de 20 de enero de 2010, emitida por la Contraloría General de la República.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Doctor Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Licenciado Nelson Rojas Avila
Secretario General

Expediente 1085-13-I