

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 133

Panamá, 12 de febrero de 2016

Proceso de Inconstitucionalidad.

El Licenciado Francisco Orcasita Ng, actuando en representación de **Jaime Moreno**, demanda la inconstitucionalidad del artículo 1 de la Ley 48 de 10 mayo de 2011, que reforma la Ley 22 de 2006, que regula la Contratación Pública y dicta otra disposición.

Concepto de la Procuraduría de la Administración.

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 de la acción de inconstitucionalidad descrita en el margen superior.

I. Norma acusada de inconstitucional.

El Licenciado Francisco Orcasita Ng, actuando en nombre y representación de Jaime Moreno, demanda la inconstitucionalidad del artículo 1 de la Ley 48 de 10 de mayo de 2011, "*Que reforma la Ley 22 de 2006, que regula la Contratación Pública, y dicta otra disposición*"; norma cuyo texto íntegro disponía lo siguiente:

Artículo 1. El artículo 1 de la Ley 22 de 2006, queda así:

Artículo 1. Ámbito de aplicación. Esta Ley establece las reglas y los principios básicos de obligatoria observancia que regirán los contratos públicos que realicen el Gobierno Central, las entidades autónomas y semiautónomas, los municipios, la **Caja de Seguro Social**, los intermediarios financieros y las sociedades anónimas en las que el Estado sea propietario del 51% o más de sus acciones o patrimonio, así como los que se efectúen con fondos públicos o bienes nacionales para:

1. La adquisición o arrendamiento de bienes por parte del Estado.
2. La ejecución de obras públicas.
3. La disposición de bienes del Estado, incluyendo su arrendamiento.
4. La prestación de servicios.
5. La operación o administración de bienes.
6. Las concesiones o cualquier otro contrato no regulado por ley especial.

A las contrataciones que realicen las juntas comunales y locales, se les aplicará esta Ley en forma supletoria; no obstante, estas instituciones deberán someterse a las disposiciones contenidas en el artículo 124.

La adquisición de medicamentos, insumos y equipos médicos, por parte de la Caja de Seguro Social, se regirá por lo establecido en la Ley 1 de 2001, sobre medicamentos y otros productos para la salud humana, y demás disposiciones legales vigentes en la materia.

Las instituciones públicas de carácter educativo y de investigación científica que autorice el Órgano Ejecutivo podrán realizar proyectos, programas y actividades a través de las asociaciones de interés público a que se refiere el numeral 4 del artículo 64 del Código Civil. Las contrataciones que realicen estas asociaciones con fondos públicos podrán someterse a los procedimientos de esta Ley.” (Cfr. foja 2 de la Gaceta Oficial Digital 26782 de 11 de mayo de 2011).

Al respecto, conviene precisar en la actualidad el texto de la norma en referencia no se encuentra vigente tal cual fue citado por el actor; puesto que el contenido del mismo se encuentra inserto en el **artículo 1 del Texto Único de la Ley 22 de 2006**, según fue **modificado por la Ley 15 de 26 de abril de 2012**; sin embargo, tal circunstancia no impide analizar los cargos de infracción aducidos en su demanda, **debido a que el motivo que sustenta su pretensión constitucional subsiste.**

En efecto, este Despacho advierte que de los hechos en los que el demandante fundamenta su acción y de la explicación del concepto de la violación de las normas constitucionales que estima infringidas, se infiere que su disconformidad guarda relación **únicamente con la inclusión expresa de la Caja de Seguro Social dentro del ámbito de aplicación de la Ley 22 de 2006**, dado que, en su opinión, al someterle al régimen de contratación pública general, merma la capacidad de dicha entidad de exigir la calidad en los medicamentos que adquiera para atender las necesidades de la población.

III. Disposiciones constitucionales que se aducen infringidas y el concepto de la violación.

El activador constitucional señala que la norma impugnada infringe los siguientes artículos de la Carta Fundamental:

1. El artículo 17, según el cual las autoridades de la República están instituidas para proteger en su vida, honra y bienes a los nacionales donde quiera que 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 (Cfr. fojas 4 y 5 del expediente judicial);

2. El artículo 109, que establece que es función esencial del Estado velar por la salud de la población (Cfr. fojas 5 y 6 del expediente judicial);

3. El artículo 111, que expresa el deber del Estado de desarrollar una política nacional de medicamentos que promueva la producción, disponibilidad, accesibilidad, calidad y control de éstos para toda la población del país (Cfr. foja 7 del expediente judicial).

4. El artículo 113, que reconoce el derecho que tiene todo individuo a la seguridad de sus medios económicos de subsistencia en caso de incapacidad para trabajar u obtener trabajo retribuido; y la indicación que los servicios de seguridad social serán prestados o administrados por entidades autónomas y cubrirán, entre otros, los casos de enfermedad (Cfr. fojas 7 y 8 del expediente judicial);
y

5. El artículo 116, que reconoce el deber y el derecho de las poblaciones en participar en la planificación, ejecución y evaluación de los distintos programas de salud, entre éstos, lo relativos a los medicamentos (Cfr. fojas 8 y 9 del expediente judicial).

A juicio del recurrente, la norma impugnada lesiona las disposiciones constitucionales antes indicadas; puesto que someter a la Caja de Seguro Social al régimen general de contratación pública, **implica una limitación o una imposición que se hace a las autoridades de dicha entidad en lo que se refiere a la adquisición de medicamentos**, al afirmar: *“Sobre este particular es claramente advertible el hecho de que toda limitación o imposición que se haga a las autoridades de la Caja de Seguro Social dirigidas a disminuir la calidad de los medicamentos que la institución adquiriera, lesiona directamente el derecho a la vida de los pacientes que necesitan estas medicinas, e igualmente vulnera directamente sus derechos individuales tales como el Derecho a la Salud y Derecho a Vivir y Morir con Dignidad tal como lo recoge el artículo 17...”* (Cfr. foja 5 del expediente judicial).

En este orden de ideas, el accionante considera que el mercado de los medicamentos incluye productos de calidades excelentes, unas aceptables y otras de muy baja o dudosa calidad, por lo que:

“No se puede poner cortapisa por meras formalidades de contrataciones públicas en el aspecto mercantil, y eliminar a la Caja de Seguro Social el Derecho a exigir que los oferentes tengan un grado de calidad necesaria que garantice la protección, conservación, restitución y rehabilitación de la salud tal como lo establece el artículo 109 de la Constitución Nacional.” (Cfr. foja 6 del expediente judicial).

Igualmente, expresa que: **“El artículo 1 de la Ley 48 de 10 de mayo de 2011 que reforma la Ley 22 de 2006, que regula la Contratación Pública y dicta otra disposición, hace referencia a la Caja de Seguro Social y desconoce, de manera olímpica la obligación que tiene el Estado de promover una política nacional de accesibilidad, calidad y control de los medicamentos. No se puede legislar, para unificar criterios en lo relativo a adquisiciones de bienes varios, con la delicada materia de adquisición de medicamentos.”** (Cfr. foja 7 del expediente judicial).

Continúa indicando que, a pesar que la Constitución establece que los servicios de seguridad social serán prestados o administrados por entidades autónomas y que éstos, entre otros, cubren las enfermedades, la norma quebranta dicho mandato, pues, **restringe la autonomía de la Caja de Seguro Social para adquirir medicamentos que sean aptos para garantizar la salud de sus afiliados**, también limita el derecho constitucional de las comunidades en participar en la planificación, ejecución y evaluación de los programas de salud, en este caso, en **cuanto a la adquisición de medicamentos** (Cfr. fojas 8 y 9 del expediente judicial).

III. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Según se infiere de los cargos de infracción aducidos por el recurrente, los mismos están dirigidos a cuestionar la inclusión de la Caja de Seguro Social en el ámbito de aplicación de la ley general de contratación pública; **puesto que**, en opinión del actor, **tal circunstancia conlleva una limitación para dicha entidad al momento de exigir la calidad de los medicamentos que adquiera para los pacientes, de conformidad con las normas constitucionales que en materia de salud aduce como infringidas.**

En relación con lo anterior, una lectura de la norma impugnada y su confrontación con las disposiciones constitucionales que sustentan su pretensión, **nos permite llegar a la conclusión que**

dichos señalamientos no resultan fundados; habida cuenta que se basan en una premisa que no es correcta.

Sobre el particular, toda la argumentación que hace el actor para fundamentar su acción constitucional parte del hecho que la adquisición de medicamentos por la Caja de Seguro Social se rige principalmente por la ley general de contrataciones públicas, señalamiento que no se compagina con la realidad; ya que en la propia norma acusada se expresa lo siguiente:

“Artículo 1. Ámbito de aplicación. Esta Ley establece las reglas y los principios básicos de obligatoria observancia que regirán los contratos públicos que realicen el Gobierno Central, las entidades autónomas y semiautónomas, los municipios, la **Caja de Seguro Social**, los intermediarios financieros y las sociedades anónimas en las que el Estado sea propietario del 51% o más de sus acciones o patrimonio, así como los que se efectúen con fondos públicos o bienes nacionales para:

...
La adquisición de medicamentos, insumos y equipos médicos, por parte de la Caja de Seguro Social, se regirá por lo establecido en la Ley 1 de 2001, sobre medicamentos y otros productos para la salud humana, y demás disposiciones legales vigentes en la materia.

...
 Como podrá observarse, si bien es cierto la Ley 48 de 2011, incluye expresamente a la **Caja de Seguro Social** dentro del ámbito de aplicación de la Ley 22 de 2006, no lo es menos, que esa propia excerta establece **que en lo que concierne a la adquisición de medicamentos, insumos y equipos médicos**, materia que preocupa al activador constitucional, **dicha entidad se rige por la Ley 1 de 10 de enero de 2001 “Sobre medicamentos y otros productos para la salud humana.”**; y demás disposiciones legales vigentes en la materia, de manera tal que la Ley 22 de 2006, le será aplicable a la institución solamente para la contratación de bienes y servicios que no sean **medicamentos, insumos y equipos médicos.**

Al respecto, resulta oportuno indicar que la Ley 1 de 2001, es un instrumento jurídico que **regula ampliamente y en detalle todo el tema concerniente a los medicamentos en nuestro país** y, en opinión de este Despacho, la misma atiende el mandato constitucional que, en tal sentido, establecen los artículos **109 y 111 de la Carta Política**, los cuales son del tenor siguiente:

“Artículo 109: Es función esencial del Estado velar por la salud de la población de la República. El individuo, como parte de la comunidad, tiene derecho a la promoción, protección, conservación, restitución y rehabilitación de

la salud y la obligación de conservarla, entendida ésta como el completo bienestar físico, mental y social.” (La negrita es nuestra).

“**Artículo 111. El Estado deberá desarrollar una política nacional de medicamentos que promueva** la producción, disponibilidad, accesibilidad, **calidad** y control de los medicamentos para toda la población del país.” (Lo resaltado es de este Despacho).

En efecto, una lectura general de la Ley 1 de 2001, **aplicable a la Caja de Seguro Social por el mandato expreso del legislador**, nos permite apreciar que la misma representa un instrumento jurídico de gran importancia **a fin de establecer una política nacional de medicamentos que promueve, entre otros, la calidad y el control de los mismos para toda la población del país, cumpliendo, además, con la función del Estado de velar por la salud de la población**, tal como lo prevén las normas constitucionales antes transcritas.

En sustento de lo indicado, consideramos de interés hacer referencia a ciertos aspectos contemplados en la Ley 1 de 2001, entre éstas, su ámbito de aplicación, establecido en el artículo 1, el cual dispone:

“**Artículo 1. Ámbito de aplicación. Esta Ley regula el manejo en general de la fabricación, adquisición, distribución, comercialización, información y publicidad, el registro sanitario y control de calidad, de medicamentos terminados, especialidades farmacéuticas, psicotrópicos, estupefacientes y precursores químicos de uso medicinal;** de los productos biológicos, productos medicamentosos desarrollados por la ingeniería genética, fitofármacos, radiofármacos, suplementos vitamínicos, dietéticos y homeopáticos y suplementos alimenticios con propiedad terapéutica; de los equipos e insumos médico-quirúrgicos, odontológicos y radiológicos, productos o materiales de uso interno, sean biológicos o biotecnológicos, empleados en la salud humana; de los productos cosméticos, plaguicidas de uso doméstico y de salud pública, antisépticos y desinfectantes, productos de limpieza y cualquier otro producto relacionado con la salud de los seres humanos, que exista o que pueda existir.

Lo anterior es sin perjuicio de las normas vigentes y las que se dicten en el futuro, que limiten la importación y comercialización de algunos de estos productos.

Esta Ley será aplicable a todas las actividades antes descritas que se realicen en el territorio de la República de Panamá, pero no lo será a la importación, acondicionamiento, fabricación u otras actividades que se realicen en territorios fiscales o aduaneros especiales, tales como zonas libres y zonas procesadoras, cuando los medicamentos o productos descritos en este artículo estén destinados al exterior, al igual que no será aplicable a los medicamentos y productos especificados en este artículo que ingresen al territorio nacional en tránsito o transbordo con destino al exterior.

...” (La negrita es nuestra).

De lo anterior se puede colegir que el ámbito de aplicación de la Ley 1 de 2001, es muy amplio y comprende todo lo concerniente **al manejo en general de la fabricación, adquisición, distribución, comercialización, información y publicidad, el registro sanitario y el control de calidad de medicamentos terminados, especialidades farmacéuticas, psicotrópicos, estupefacientes y precursores químicos de uso medicinal**, con lo cual se garantiza la calidad de los mismos a la población.

También cobra relevancia el artículo 2, que define los objetivos de la mencionada ley, de la siguiente forma:

“Artículo 2. Objetivos. Son objetivos de esta Ley:

1. **Fiscalizar que los productos señalados en el artículo anterior, lleguen al consumidor en condiciones de seguridad y con altos estándares de calidad.**

2. Educar al consumidor sobre los efectos que producen los medicamentos para que los utilice en forma racional.

3. Dar respuesta al consumidor, en forma efectiva y oportuna, a través del acceso a la lista de precios de los medicamentos.

4. Reforzar los mecanismos de competencia entre los agentes económicos, en la fabricación, distribución, importación y comercialización de los productos amparados por esta Ley, para que el consumidor disponga de ellos a precios accesibles.

5. **Facilitar y agilizar, en el sector público, la adquisición de productos regulados en esta Ley para crear las mejores condiciones de accesibilidad, sin perjuicio de la calidad y seguridad de éstos ni del principio de transparencia en la contratación pública.**

6. **Establecer los mecanismos que garanticen la calidad, la seguridad y la eficacia de los productos que se fabrican, importan y comercializan en el país.**

7. Crear e impulsar mecanismos de coordinación interinstitucional para velar por el cumplimiento de esta Ley.” (Lo resaltado es nuestro).

En este orden de ideas, el artículo 6 de la Ley 1 de 2001, establece entre los principios que rigen dicha normativa, el siguiente:

“Artículo 6. Deber de control previo, control posterior y farmacovigilancia. La Autoridad de Salud, a través de la Dirección de Farmacia y Drogas, tiene la obligación y responsabilidad de garantizar el cumplimiento del control previo, el control posterior y la realización de farmacovigilancia, **con el**

objeto de fiscalizar la calidad, seguridad y eficacia de los productos amparados por la presente ley.” (Lo resaltado es nuestro).

Por otra parte, y **en el ámbito de la adquisición de medicamentos por parte del Estado, la Ley 1 de 2001** incluye el **Título IV “De la Adquisición Pública de Medicamentos”**, del cual destacan las siguiente normas: **artículo 107** que crea la Comisión de Registro Nacional de Oferentes, que estará adscrita al Ministerio de Salud, para elaborar dicho registro y homologar los criterios de selección, admisión, suspensión y exclusión de los oferentes y **los productos que representan, para la compra de medicamentos, equipos e instrumentos médico-quirúrgicos e insumos** que requiera cada institución pública de salud; **artículo 114** que crea el Comité Técnico Nacional Interinstitucional el cual estará integrado por especialistas multidisciplinarios y particulares idóneos de las especialidades médicas, farmacéuticas y otras, quienes elaborarán las especificaciones de **las fichas técnicas para cada renglón de medicamentos, equipos médico quirúrgico, insumos, reactivos de laboratorios y cualquier otro producto que sea necesario.**

Dentro del referido **Título IV “De la Adquisición Pública de Medicamentos”**, también se regula todo lo concerniente a la contratación y la adjudicación de los actos públicos en **materia de medicamentos, insumos y equipos médicos.**

De todo lo expuesto, se desprende con claridad que la Ley 1 de 2001 es un instrumento jurídico especial que regula **de forma completa** la temática inherente a los medicamentos y otros productos para la salud humana; estableciendo los entes regentes de esta materia y **procurando que la adquisición de medicamentos e insumos sea de la mejor calidad, a fin de beneficiar la salud de la población;** igualmente, establece un régimen especial de contratación para las entidades públicas con la finalidad de lograr dichos objetivos, **de manera tal que, reiteramos, que el referido cuerpo normativo cumple con el mandato constitucional establecido en los artículos 109 y 111 de la Carta Política, a los cuales nos referimos con anterioridad.**

Visto lo anterior, podemos advertir que el hecho que la Caja de Seguro Social haya sido incluida en el ámbito de aplicación del Texto Único de la Ley 22 de 2006, sobre Contrataciones Públicas, **en nada limita la capacidad de dicha entidad de exigir medicamentos de calidad a fin de atender la necesidades individuales y colectivas, ni riñe con el deber del Estado de proteger**

en su vida honra y bienes a la población garantizado en los artículos 17, 109, 111, 113 y 116 de la Carta Política, aducidos como infringidos; **puesto que la adquisición de medicamentos, insumos y equipos por parte de la Caja de Seguro Social, se rige por lo establecido en la Ley 1 de 2001**, cuerpo normativo que, como hemos visto, regula de una manera amplia el régimen de medicamentos en Panamá, **de manera tal que deben descartarse, los cargos de infracción aducidos por el actor.**

Por consiguiente, estimamos que el argumento esbozado por el Licenciado Francisco Orcasita Ng, actuando en representación de **Jaime Moreno, parte de un supuesto fáctico que no se corresponde con la realidad**; ya que la adquisición de medicamentos, insumos y equipos médicos por parte de la Caja de Seguro Social **se rige especialmente por la Ley 1 de 2001 y no por el Texto Único la Ley 22 de 2006.**

En consecuencia, los cargos de infracción aducidos por el actor no se corresponden con el **Principio de Evidencia en materia constitucional**, el cual en nuestro medio ha sido planteado de la siguiente manera:

“El Pleno de la Corte Suprema de Justicia, tiene en Panamá, de acuerdo con el artículo 206 de la Constitución, la misión de guardar la integridad de la Constitución. Ello significa que, **cuando por medio de cualquier vía del proceso constitucional, se impugne una norma o un acto como inconstitucional, la Corte deberá confrontar el texto de la norma o acto acusado con la disposición constitucional que se estima infringida y por los motivos que se alegan como causantes de la violación. Esa violación tiene que ser clara y sin lugar a dudas de ninguna naturaleza**, después de un análisis jurídico exhaustivo del problema de derecho planteado.

...
En un fallo de 5 de diciembre de 1994, en una demanda de inconstitucionalidad contra una sentencia del Tribunal Electoral, la Corte Suprema de Justicia dijo:

‘Cabe tener en cuenta que el recurso de inconstitucionalidad se rige por **el principio de evidencia**, en virtud del cual para que proceda una declaratoria de inconstitucionalidad de una ley, acuerdos, resoluciones y demás actos provenientes de autoridad, impugnados por razones de forma o de fondo, es **necesario que se quebranten las normas constitucionales de una manera clara, notoria, precisa e indudable, que la violación emerja de manera evidente e incontestable, más allá de todo reparo o duda razonable.**’

|
...

Por tanto cuando **existan dudas sobre la constitucionalidad de la ley o no emerja de una manera clara la infracción alegada, el deber de la Corte es mantener la constitucionalidad de la ley.**" (Molino Mola, Edgardo. La Jurisdicción Constitucional en Panamá. En un Estudio de Derecho Comparado. Cuarta Edición Actualizada. 2011. Página 104 y 105). (La negrita es nuestra).

En opinión de esta Procuraduría, de los señalamientos expresados por el activador en sustento de su pretensión y del análisis integral de nuestro ordenamiento jurídico, no se **advierte que la norma acusada vulnere el Texto Constitucional, tal como lo exige el Principio de Evidencia antes indicado.**

Por las consideraciones previamente expuestas, solicitamos a los Miembros de esta Alta Corporación de Justicia, en Pleno, se sirvan declarar que **NO ES INCONSTITUCIONAL el artículo 1 de la Ley 48 de 2011, que hoy corresponde al artículo 1 del Texto Único de la Ley 22 de 2006, según fue modificado por la Ley 15 de 26 de abril de 2012;** ya que no infringe los artículos 17, 109, 111, 113 y 116, ni algún otro de la Constitución Política de la República.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración

Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General

Expediente 53-16-I