

Panamá, 10 de mayo de 2004.

Licenciado

EDUARDO VALDÉS ESCOFFERY

Magistrado presidente del Tribunal Electoral

E. S. D.

Honorable Magistrado Presidente del Tribunal Electoral:

Pláceme ofrecer respuesta a Nota No. 180 N- MP/2004 calendada 29 de marzo de 2004, recibida en este Despacho el día 7 de abril del presente, en la que me solicita opinión en cuanto a la posibilidad de que el Tribunal Electoral dentro del marco de las normas reguladoras de la administración pública, se abstenga de responder las consultas electorales que pudieran ser motivos de controversias dentro de la jurisdicción electoral.

I. Antecedentes.

La Nota No.180 N-MP/2004, textualmente expone:

“Como es de su conocimiento, el Tribunal Electoral, con rango constitucional, es un tribunal autónomo de los poderes del Estado, que administra justicia en distintos aspectos de los temas que tiene bajo su responsabilidad, siendo ellos, los del registro civil y cedulação, organización electoral, y la justicia penal electoral. En los dos primeros temas y el último, ahora con la creación de los juzgados penales electorales, es un tribunal de apelaciones.

La materia de organización electoral se maneja, en la mayoría de los casos, si bien no en todos, como un tribunal de única instancia.

A pesar de ser un tribunal que administra justicia, la naturaleza sui generis de la institución, que le permite reglamentar la ley que aplica, en este caso el Código Electoral, ha inducido a que los partidos, candidatos, precandidatos, y

hasta ciudadanos en general, planteen consultas sobre diversos temas, los cuales se han atendido a través de opiniones que ha extendido la Dirección de Asesoría Legal, con el fin de coadyuvar en la tarea de hacer docencia y guarda relación a la viabilidad del Tribunal Electoral, como responsable de administrar la justicia electoral. Sin embargo, en muchas de estas consultas se pretende imponer el plazo de 30 días que contempla el artículo 82 de la Ley 38 de 2000, cuando hay temas que son consultados que pueden ser objeto de controversia, sea administrativa o jurisdiccional, sometida a la competencia del mismo Tribunal, y consideramos que ni siquiera asesoría legal debe dar una opinión orientadora. Opinamos que en tales casos, el Tribunal Electoral no está obligado a contestar las consultas que pudieran ser objeto de una controversia electoral. La Ley 38, consideramos, en materia de consultas, es solamente aplicable a las dependencias del Órgano Ejecutivo, ya fuesen centralizadas o descentralizadas, pero no a los tribunales que administran justicia y que constitucionalmente no forman parte del Ejecutivo.

Consideramos que este Tribunal, está legalmente facultado para adoptar la posición arriba esbozada, ya que como ente jurisdiccional, debe garantizar en todo momento la imparcialidad de la institución para con las controversias que se presenten ante ella, sin perjuicio, de mantener la opción de absolver ciertas consultas por conducto de la Dirección de Asesoría Legal, pero con un carácter no vinculante para los Magistrados, ni sujeta a un plazo estricto de 30 días.

Sobre el particular, la Dirección de Asesoría Legal de este Tribunal, al emitir su opinión legal requerida para este tipo de consultas, sostuvo que efectivamente, el Tribunal Electoral no está obligado a dar respuestas a las consultas electorales que pueden ser objeto de una controversia, sea administrativa o jurisdiccional, a resolver por la propia institución, en su rol de juez electoral."

De lo anotado, observamos que la solicitud de asesoramiento radica en la viabilidad dentro del marco regulador existente de no contestar consultas administrativas que se efectúan al Tribunal Electoral como ente rector del proceso electoral en todas sus fases dentro de la República de Panamá.

Procedo a absolver su consulta, previas las siguientes consideraciones:

La consulta administrativa: Esta acción en nuestro sistema jurídico no aparece regulada como tal, sino que nace al amparo del derecho de petición, facultad regulada en la Constitución Política y ahora, en la Ley 38 de 31 de julio de 2000, que trata sobre el Procedimiento Administrativo General, como veremos en el transcurso de este estudio.

II. Marco Jurídico.

El derecho de petición aparece en nuestro sistema jurídico desde inicios de la República como tal, ya que desde la Constitución de 1904, el artículo 17, otorgaba a toda persona el derecho de presentar peticiones respetuosas a las autoridades, ya sea por motivo de interés general, o particular; y el de obtener pronta resolución.

Observamos, en la disposición comentada que el ordenamiento jurídico de ese momento concedía a toda persona el derecho de presentar peticiones a las autoridades públicas, en términos muy generales, pues el término petición, involucra la acción de pedir.¹ Libre y llanamente es accionar esa facultad de requerir una cosa ante las instancias pertinentes. De modo que peticionar, no es más que presentar una petición a las autoridades.

*La Constitución de 1941, introduce variantes a este derecho al establecer en su artículo 46, el que toda persona pueda presentar a los funcionarios públicos, peticiones, **consultas** y quejas respetuosas, por motivos de interés social o de interés particular y el de obtener pronta resolución.*

*Así, vemos que la redacción de esta norma tiende a ampliar el contexto de la petición, que más allá de la simple solicitud a efectuar una consulta sobre algo concreto o determinado o a quejarse de determinada situación que le afecte o que vulnere sus derechos. Ya que de la palabra consulta se dice que es, ... **es el parecer o dictamen que por escrito o de palabra se pide o se da acerca de una cosa.**"² Más, sin embargo, aún en este período no se determina el tiempo en que deben ser contestadas tales acciones.*

*Este contenido, se reitera en el Texto Constitucional de 1946, artículo 42, pero ya aquí se imprime el interés de medir o cuantificar el tiempo en que han de resolverse las peticiones que se presenten a la administración pública, al disponerse que: "... **el funcionario ante quien se presente una petición, consulta o queja deberá resolver dentro del término de treinta días.**" Igualmente, se incorpora en este instrumento lo relativo a las sanciones que corresponden a tal violación.*

¹ Diccionario Enciclopédico OCÉANO. Grupo Editorial Océano. España. Edición 1996. Página 1251.

² Diccionario Enciclopédico OCÉANO. Ibídem. Pág. 391.

La Ley 15 de 28 de enero de 1957,³ desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política de 1946, en el sentido de establecer las sanciones que ameritaban los casos de violación de la norma, pero no especifica mayormente lo relativo a la consulta administrativa. Más bien lo que busca la norma es el cumplimiento de lo ordenado por la Carta Magna, en cuanto a las sanciones que deben aplicarse de darse la violación de la Ley.

La Constitución de 1972, reitera en el artículo 41 el derecho de petición que tiene toda persona, ya que como bien explicara el jurista patrio César Quintero, ... **es un derecho que pertenece a todos los habitantes del Estado. No es privativo, pues, de los ciudadanos. Puede ser ejercido por los extranjeros, por quienes sufren pena de interdicción ciudadana, por menores de edad e, inclusive, por reclusos.**"⁴

Con la Ley 33 de 1984, Por la cual se toman medidas sobre actuaciones administrativas y se dictan otras disposiciones⁵; y, la ⁶Ley 36 de 5 de junio de 1998, a través de la cual se desarrolla el artículo 41 de la Constitución Política de la República.⁷ Se pretende regular algunas actuaciones administrativas al ordenar que, ... **toda persona que interpone una petición, reclamación, consulta o queja, tendrá derecho a conocer el estado en que se encuentra su tramitación, y el servidor público estará en la obligación de ofrecer dicha información, si aquella lo solicita. ...**". (Cfr. Artículos 6 y 3 respectivamente, de las leyes anotadas.) Pero, tampoco se define la consulta como acción administrativa, de lo que se trata es de ofrecer la seguridad al ciudadano de la información en relación con el trámite efectuado.

Sin embargo, no es hasta la Ley 38 de 31 de julio de 2000, que regula el Procedimiento Administrativo en General, que se reorganiza la tramitación de una consulta administrativa en los artículos 74 a 88 inclusive.

Es este instrumento jurídico el que proporciona una definición acerca de lo que representa la consulta para efectos administrativos, al disponer en el artículo 201, numeral 24,

Artículo 201. Los siguientes términos utilizados en esta Ley y sus reglamentos, deben ser entendidos conforme a este glosario:

1. ...
24. **Consulta. Al igual que la petición y la queja administrativa, forma parte del derecho**

³ Ley derogada por la Ley 38 de 31 de julio de 2000, sobre el Procedimiento Administrativo General.

⁴ QUINTERO, César. Derecho Constitucional. Tomo I. Panamá. 1967. pág. 239

⁵ Ver, Gaceta Oficial No. 20.188 de 20 de noviembre de 1984.

⁶ Estas leyes han sido derogadas por la Ley 38 de 31 de julio de 2000, sobre el Procedimiento Administrativo General.

⁷ Ver, gaceta 23,559 de 8 de julio de 1998.

constitucional de petición y consiste en la pregunta o preguntas que dirige un particular a la autoridad competente, para que ésta opine en relación a un asunto que interesa al consultante o a un número plural de personas. La consulta, que ha de hacerse por escrito, de acuerdo con los requisitos establecidos en esta Ley, debe ser resuelta en un lapso de treinta días, mediante nota, oficio o resolución que exprese la opinión o dictamen solicitado”.

Definitivamente, que el literal de la disposición in comento no deja margen a dudas en cuanto a que la consulta administrativa es una acción que se deriva del derecho constitucional de petición, del cual el Dr. José Dolores Moscote, manifestó: “ El derecho de quejarse, de pedir algo a la suprema autoridad gubernamental, es una de las más antiguas libertades conquistadas por el hombre en sus luchas con la tiranía. En tanto que la queja o petición se dirige a obtener alguna decisión justa en materia de carácter privado que únicamente importa al individuo que ha sufrido algún daño o perjuicio en sus intereses, el derecho de petición es francamente un derecho individual del cual pueden hacer uso todos los hombres sin distinción de nacionalidad o ciudadanía.”⁸

Se desprende así del contenido ut supra que toda consulta debe ser presentada a las autoridades públicas por escrito y debe reunir los requisitos que establece el artículo 74 y ss de la Ley 38 de 2000, entre los que está dar contestación en treinta días.

*Ahora bien, esta forma de consultar a la administración pública es de carácter general, pues, acciona una facultad para dirigirse a los funcionarios del servicio público (y a cualquier órgano del Estado, dado que la Norma Suprema no distingue) para pedir la reparación de un derecho vulnerado o reclamar la intervención de las autoridades en los asuntos de interés social o particular. Distinto, es lo que debe entenderse por una consulta jurídica, la cual para efectos legales se concibe como el, ...**examen de una cuestión de derecho por uno o varios abogados a quienes al efecto se requiere para que emita su opinión sobre determinado extremo de aquella naturaleza.**⁹*

Pareciera existir una confusión en el tema puesto que no existe en la administración pública una norma que defina la consulta bajo sus diferentes enfoques.

⁸ Comentario inserto en Constitución Política de la República de Panamá, Titulada y Comentada por LUIS FUENTES MONTENEGRO. Publipan. Panamá. 1997. Pág. 51

⁹ Enciclopedia Jurídica Española. Tomo VII. Pág. 1013.

No obstante, conceptualizando la misma, del contenido del Código Judicial artículo 347 (346) numeral 6, la consulta ha de ser una opinión con respecto a la interpretación de la ley que debe aplicarse o sobre el procedimiento que debe seguirse, ello en estricta legalidad en cumplimiento de este principio cardinal de la administración pública; opinión, que lógicamente puede acogerse o no según las condiciones particulares de la situación administrativa controvertida, hecho que corrobora la mencionada Ley 38 de 31 de julio, en su artículo 6, numeral 1. De manera que en ningún caso debe versar sobre situaciones o problemas individualizados o particulares que posteriormente degeneren en conflictos que orillen un proceso judicial, puesto que ello desvirtúa el carácter de la función administrativa para convertirse en un acto jurisdiccional que incurre en un exceso en el ejercicio de la función atribuida, cual es, "opinar en relación a un asunto que le interesa al consultante," a tenor de la disposición arriba copiada.

Todo ello indica que la consulta en sede administrativa se dirige a orientar, es una asesoría que se brinda para un mejor funcionamiento de la administración dentro del marco legal.¹⁰ Por lo cual, no siempre será una consulta jurídica, puede ser que se consulte al titular de la institución sobre determinada situación que se presenta para que este en concordancia con el marco regulador, los principios existentes y la costumbre administrativa como fuente de derecho administrativo opine sobre lo más atinente de la administración hacia los administrados (ciudadanos).

Así, pues, debe tenerse claro que en nuestro medio la consulta administrativa-jurídica no puede ser formulada por particulares, ni empleados en general, sino por los funcionarios públicos nominadores que deben aplicar la Ley, y ésta debe referirse a determinada interpretación de la Ley o al procedimiento a seguir, según el caso, tal como hemos dejado sentado. En tanto, la consulta administrativa como tal, puede ser accionada por cualquiera, tal como dispone la Carta Constitucional.

No obstante, sin duda alguna, este aspecto de interpretación que prevé la Constitución Política en relación con el Tribunal Electoral, específicamente en el contenido de la ley electoral, es delicado puesto que interpretar la ley implica desentrañar el sentido de las expresiones oscuras o ambiguas.¹¹ Hecho que se presta para rozar el problema o situación de fondo. Es por esta razón que sobre el particular el Licenciado Santizo Pérez, sostiene: "**... la interpretación debe dedicarse a disposiciones adjetivas, más que a las sustantivas, porque de lo contrario se entraría a prejuzgar casos que luego van a poner de relieve consecuencias de derechos subjetivos**"¹²

¹⁰ BALLESTEROS, Donatilo. Las Consultas como Fuente de Interpretación de la Normatividad, Su Calidad Vinculante. En Ecos del Foro No.20. Año 6, Abril-Mayo-Junio. CEIJAP. 1996. Páh-1-4.

¹¹ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Porrúa. Argentina. 1996. Pág. 325.

¹² SANTIZO PÉREZ, Lao. Contribución al Estudio de la Consulta Administrativa en Nuestra Legislación en Anuario de Derecho, Universidad de Panamá. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Año IX. 1970-71. No.9.

De otro lado, importa resaltar que la Ley 38 de 31 de julio de 2000, es aplicable a todas las dependencias del Estado, sea de la administración central, (que incluye Asamblea Legislativa, Contraloría General, Presidencia de la República, a todos los Ministerios, Órgano Judicial, Tribunal Electoral)¹³ descentralizada (que comprende Caja de Seguro Social, Centro de Convenciones Atlapa, Instituciones autónomas y semiautónomas, Universidad de Panamá y Universidad Tecnológica), o local (Que se refiere a los Gobiernos Locales y Municipios), pero la propia ley se encarga de definir que en aquellas entidades o materias que posean ley especial o un procedimiento para casos o materias específicas, los vacíos de éstos serán llenados supletoriamente con la aplicación de esta ley. Para mejor ilustración, veamos dicho contenido, cuyo tenor reza:

“Artículo 37. Esta Ley se aplica a todos los procesos administrativos que se surtan en cualquier dependencia estatal, sea de la administración central, descentralizado o local, incluyendo las empresas estatales, salvo que exista una norma o ley especial que regule un procedimiento para casos o materias específicas. En este último supuesto, si tales leyes especiales contienen lagunas sobre aspectos básicos o trámites importantes contemplados en la presente ley, tales vacíos deberán superarse mediante la aplicación de las normas de esta Ley.”

Luego entonces, lo anterior se traduce en que desde una perspectiva legal la Ley 38 no es aplicable a las cuestiones electorales, por disposición de la propia Ley, al disponer ésta que es aplicable a todos los procesos administrativos estatales salvo en aquellos casos en que exista una norma o ley especial que regule casos o materias específicas, que es el caso del Tribunal Electoral, al que la propia Constitución le otorga una autonomía especial. Dejando claramente expresado que esta autonomía no es absoluta, ya que la administración se organiza piramidalmente por vía de diferentes líneas que conducen a un mismo centro. Las líneas jerárquicas son la sucesión de distintos órganos de Administración unidos por la identidad de la materia, pero diferenciados por la competencia que tienen en esa materia¹⁴, lo que obviamente implica que el Tribunal Electoral no escapa a esta organización piramidal de la que es parte y enlace con el resto de las instituciones estatales.

De allí que, la consulta administrativa bajo el fundamento del derecho constitucional de petición supone un deber que debe cumplirse en un plazo claramente determinado de treinta días.

¹³ Datos contenidos en el Manual de Clasificaciones Presupuestarias del Gasto Público, del Ministerio de Planificación y Política Económica. Dirección de Presupuesto de la Nación. Panamá. 1980. Que está vigente y en aplicación.

¹⁴ DROMÍ, Roberto. Derecho Administrativo. Ciudad Argentina. Buenos Aires. 1998. Pág. 522.

III. Jurisprudencia.

Al respecto nuestro más alto tribunal de justicia ha manifestado de forma consistente, lo siguiente:

“Esta doctrina afirma el concepto de que el artículo 42 abarca la consulta, pero distingue en el modo de pedir. En efecto, tanto la petición como la consulta se encuentran sujetas a modalidades procesales de acuerdo con el funcionario o particular que ejerce ese derecho, la materia consultada, así como también, al organismo al cual se le formule. Tenemos por ejemplo, que la consulta administrativa puede elevarse ante determinado funcionario competente, a objeto que señale el procedimiento que debe seguirse o el alcance de una disposición administrativa o fiscal. Pero esas consultas debe hacerla otro funcionario que va a aplicar ese procedimiento o disposición legal determinada. No es viable que la planteen particulares. Pero si que se haga a través de ese funcionario. Porque es la relación o vínculo con la administración la que le interesa la resolución de esa situación o problema administrativo. Es más, esa consulta debe dirigirse a coadyuvar o resolver una situación en proceso. En otras palabras, la consulta constituye en estos casos un medio de ilustración, la exteriorización de un juicio. Hace las veces de un recurso procesal, ya que se dirige las más de las veces de un funcionario inferior a otro de superior jerarquía dentro de la administración. Surge aquí una distinción fundamental de su apreciación en la práctica. La de orden procesal, es decir, la que obedece a un procedimiento y la que se formula previamente para reclamar ciertos derechos. La genérica distingue también, las que deben formularse ante determinados funcionarios competentes y las que podríamos denominar extra procesales, porque no responden a la fase de un procedimiento. En esto encaja el modo de pedir y ante quien se pide, porque la petición judicial por medio de demanda es específica y desemboca en actos jurisdiccionales, que no es igual, a la simple consulta de orden administrativo que conlleva la petición como “derecho individual”. Este se ha definido como “... acto unilateral, por medio del cual toda persona puede hacer uso de la facultad de dirigirse a los Poderes Constituidos pidiendo la reparación de un agravio o reclamando la intervención de las autoridades en los asuntos

de interés público.” Pero apréciase que este enunciado responde más bien a la petición y no a la consulta. Tal como lo expone el artículo 42 pareciera equiparar los conceptos de “queja”, “petición” y “consulta”. Pero sus modus operandi no sólo las distingue sino que las limita frente a determinadas situaciones. Es cierto que en forma general abre el compás para que el afectado o interesado solicite la reparación de un agravio o reclame la intervención de los Poderes constituidos en asuntos de interés social o particular; pero no menos cierto es también, que su ejercicio no responde a conflictos de intereses o situaciones controvertidas.

...Si la queja o petición se dirige a obtener el estudio de un negocio de carácter público, entonces ya se transforma en un derecho político, que las constituciones y las leyes han contemplado de diversos modos, dándole mayor o menor extensión.”(Cfr. Sentencia de 11 de octubre de 1963, emitida por la Corte Suprema de Justicia. PLENO).

IV. Criterio de la Procuraduría de la Administración.

Como corolario de lo esbozado, concluimos apuntando que la consulta administrativa en nuestro medio responde a una función de carácter administrativo que aún aparece imprecisa en nuestra legislación, no obstante, desde el momento en que los funcionarios llamados a emitir un dictamen, no respondan a esa función, están ejerciendo funciones distintas a las que le asigna la Constitución y la ley.

Ahora bien, lo externado no implica que existan excepciones en cuanto a la atención de las consultas formuladas, la regla la impone la Constitución al estatuir que toda petición, queja o consulta que sean formuladas por un particular a los servidores públicos deben absolverse en treinta días, ello comprendiendo que se trate de cuestiones generales de la administración; sin embargo, la excepción sería que se abstenga el funcionario de contestar cuando la temática expuesta encierre casos concretos o asuntos que luego puedan ser materia de un proceso jurisdiccional, por razones de no crear obstáculos en los procedimientos estatuidos.

De manera, pues, que por motivos de especialidad de la materia al referirse los temas consultados a asuntos concretos y no generales de la administración pública puede tener cabida la posición que ha adoptado el Tribunal Electoral frente a no dar contestación a algunos casos presentados que rayen en el fondo de cuestiones que posteriormente degeneren en controversias judiciales, que estimamos, no serán la mayoría; más no, por razones de autonomía y/o jerarquía institucional, puesto que como queda dicho la

autonomía institucional no es absoluta y toda entidad estatal responde a una autoridad central que es el hilo conductor entre el resto de las entidades que conforman la organización administrativa del Estado.

Considero, que la modernización del Estado presupone retos y compromisos para los que debemos estar debidamente preparados, en ese sentido la modernización de nuestro Estado de Derecho obliga a mantener a una ciudadanía informada de los movimientos de la gestión pública si queremos dar fiel cumplimiento a las normas que viabilizan una gestión transparente y eficiente, lo cual supone el cumplimiento en la aplicación de principios básicos dentro de la administración pública, como la celeridad, la economía, uniformidad y la eficacia, postulados que garanticen la realización oportuna de la función administrativa, sin menoscabo del debido proceso legal, con objetividad y con apego al principio de estricta legalidad. Todo ello significa que ante el accionar público e institucional de peticiones, quejas, consultas y denuncias, dependiendo de las circunstancias particulares de cada caso, debe responderse al usuario en los términos señalados en la Constitución Política, como señal de respeto y cumplimiento al principio de legalidad que rige para los actos públicos administrativos y cortesía administrativa hacia el usuario que accione el derecho concedido constitucionalmente. Mas si se trata de una forma ociosa de provocar pronunciamientos lesivos o amañados, no cabe duda que lo prudente será desestimar lo solicitado bajo argumentos válidos de conceptualización de lo que supone la consulta administrativa al amparo del derecho constitucional de petición, frente a otras formas de pedir y los modos en que esta contemplada esta facultad administrativa dentro de nuestra administración pública, dependiendo de la materia tratada.

De este modo espero haber contribuido a disipar la inquietud presentada, me suscribo, con mis respetos de siempre,

Atentamente,

*Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.*

AMdeF/16/hf.