

REPÚBLICA DE PANAMÁ



**MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN**

Vista Número 830

Panamá, 15 de septiembre de 2015

**Advertencia de
Inconstitucionalidad.**

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

La firma forense Galindo, Arias & López, actuando en nombre y representación de la **Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A. (EDEMET)**, advierte la inconstitucionalidad del **numeral 9 del artículo 139 del Texto Único de la Ley 6 de 3 de febrero de 1997, por la cual se dicta el "Marco Regulatorio e Institucional para la prestación del servicio público de electricidad"**, dentro del proceso administrativo sancionador que le sigue la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, por el posible incumplimiento de las normas vigentes en materia de electricidad en el sector de Panamá Oeste.

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 advertencia de inconstitucionalidad descrita en el margen superior.

I. Norma advertida de inconstitucional.

La accionante advierte la inconstitucionalidad del numeral 9 del artículo 139 del Texto Único de la Ley 6 de 3 de febrero de 1997, cuyo texto citamos a continuación:

"Artículo 139. Infracciones. Constituyen infracciones a lo establecido en esta Ley, por parte de los prestadores o de los clientes, además de las contempladas expresamente en otras disposiciones de esta Ley, las siguientes:

1...

...

...

9. El incumplimiento de las normas vigentes en materia de electricidad."

Conforme señala la actora, la norma advertida como inconstitucional podría ser aplicada en el proceso administrativo sancionador, que la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos le sigue a la **Empresa de Distribución Eléctrica Metro Oeste, S.A. (EDEMET)**, por el posible incumplimiento de las normas vigentes en materia de electricidad en el sector de Panamá Oeste (Cfr. f. 5 del expediente judicial).

II. Disposiciones constitucionales que se aducen infringidas.

A juicio de la recurrente, el numeral 9 del artículo 139 del Texto Único de la Ley 6 de 1997, infringe las siguientes normas constitucionales:

A. El primer párrafo del artículo 17, el cual establece los fines para los cuales se instituyen las autoridades públicas (Cfr. fs. 14-16 del expediente judicial);

B. El artículo 31 que dispone que, sólo serán penados los hechos declarados punibles por la Ley anterior a su perpetración y exactamente aplicable al acto imputado (Cfr. fs. 7-12 del expediente judicial); y

C. El primer párrafo del artículo 32, norma que señala que 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 (Cfr. fs. 13 y 14 del expediente judicial).

III. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

La accionante alega que el numeral 9 del artículo 139 del Texto Único de la Ley 6 de 1997, cuya declaratoria de inconstitucionalidad demanda en este proceso, infringe los artículos 17, 31 y 32 de la Constitución Política de la República, aduciendo en sustento de este argumento que esa norma legal no contiene los elementos suficientes para describir la conducta concreta que se considera como una infracción, por lo que se desconoce el derecho de tutela judicial efectiva, que permite que toda persona, natural o jurídica, pueda obtener, de las entidades públicas que administran justicia, el reconocimiento de sus derechos, así como también los principios de legalidad y de tipicidad, aplicables a los procesos sancionadores; y el debido proceso legal, debido a la falta de un adecuado juzgamiento (Cfr. fs. 7-13 y 15 del expediente judicial).

Frente a lo dicho por la recurrente, debemos iniciar señalando que es más común encontrar que los diversos países se han orientado a proveer a la Administración Pública de potestades punitivas, con una mayor amplitud, **en especial cuando se trata de entes reguladores**. Además, se cuenta con un sistema de garantías para los administrados que se hallen inmersos en procedimientos administrativos sancionadores; garantías tales como: a) principio de legalidad; b) principio de tipicidad; c) principio de proporcionalidad; d) presunción

de inocencia; e) aplicación del debido proceso, entre otras (Cfr. OLIVA, Roberto. Aplicación de Garantías de Orden Penal en el Derecho Sancionador; Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México) (Lo destacado es de esta Procuraduría).

En este sentido, cabe anotar que los entes reguladores constituyen organismos no tradicionales de la Administración Pública, ya que éstos poseen autonomía, personería jurídica y patrimonio propio, y han sido instituidos con la finalidad de ejercer el control y la fiscalización de los servicios públicos, garantizar la no discriminación y obligatoriedad de la prestación de dichos servicios y, aún más fundamental, prevenir y solucionar conflictos entre los intereses del Estado, de los consumidores y de los prestadores; atribuciones que deben regirse por los principios de transparencia, celeridad y eficacia. (Cfr. MELJAR, Daniel. Intervención del Estado en la Prestación de Servicios Públicos. José Luis DePalma Editor. Argentina y el Texto Único de la Ley 26 de 29 de enero de 1996).

En ese sentido, destacamos lo manifestado por la Sala Tercera en la Sentencia de 27 de noviembre de 2008, cuando al referirse a la potestad sancionadora del Estado, indicó que la misma es una manifestación del *ius puniendi* general del Estado, la cual se ha extendido al ámbito administrativo a efectos de fiscalizar el comportamiento de los administrados y de los funcionarios de la Administración Pública adscritos a este ente, así como para la imposición de medidas

restrictivas de derechos ante la inobservancia de las reglas que este régimen prescribe. En tanto, que en la Sentencia de 31 de octubre de 2014, esa Sala hizo especial énfasis en el hecho que los principios y garantías que son aplicables los procesos sancionadores emergen de lo dispuesto en los artículos 31 y 32 de la Constitución Política de la República y del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada mediante Ley 15 de 28 de octubre de 1977.

En términos similares, se pronunció la Sala Plena de la Corte Constitucional de la República de Colombia a través de la Sentencia de 17 de mayo de 2000:

"...

La sanción administrativa, como respuesta del Estado a la inobservancia por parte de los administrados de las obligaciones, deberes y mandatos generales o específicos que se han ideado para el adecuado funcionamiento y marcha de la administración entre otros, y consecuencia concreta del poder punitivo del Estado, no debe ser ajena a los principios que rigen el derecho al debido proceso. Por tanto, debe responder a criterios que aseguren los derechos de los administrados. En este sentido, se exige, entonces, que la sanción esté contemplada en una norma de rango legal -reserva de ley-, sin que ello sea garantía suficiente, pues, además, la norma que la contiene debe determinar con claridad la sanción, o por lo menos permitir su determinación mediante criterios que el legislador establezca para el efecto. Igualmente, ha de ser razonable y proporcional, a efectos de evitar la arbitrariedad y limitar a su máxima expresión la discrecionalidad de que pueda hacer uso la autoridad administrativa al momento de su imposición. En otros términos, la tipificación de la sanción administrativa resulta indispensable

como garantía del principio de legalidad.

..."

Dicho lo anterior, resulta fundamental señalar que el artículo 284 de nuestra Constitución Política faculta al Estado a intervenir en toda clase de empresas, dentro de la reglamentación que establezca la ley, para hacer efectiva la justicia social con el objeto de regular por medio de organismos especiales las tarifas, los servicios y los precios de los artículos de cualquier naturaleza.

En la estructura orgánica del Estado panameño la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos es la entidad que tiene a su cargo el control y la fiscalización de la prestación de los servicios públicos, conforme lo establecido en el artículo 2 del Texto Único de la Ley 26 de 29 de enero de 1996.

El análisis del ya mencionado texto legal, permite establecer que esa entidad reguladora está facultada para aplicar sanciones a los infractores, en el campo normativo de su competencia, de acuerdo a lo dispuesto en su artículo 19 (numeral 13); y además, que será el Comisionado Sustanciador quien llevará a cabo las investigaciones en los procesos relacionados con el incumplimiento de las normas regulatorias y/o denuncias presentadas ante la Autoridad, dentro de los asuntos de su competencia y jurisdicción, de conformidad con el tercer párrafo del artículo 12 del Texto Único de la Ley 26 de 1996.

Como vemos, se cumple con el principio de legalidad; toda vez que con base en la cláusula de reserva legal

consagrada en el artículo 284 constitucional, el Legislador patrio desarrolló en el texto de la Ley 26 de 1996 la potestad sancionadora de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, lo cual constituye el fundamento jurídico que hace viable que dicha Autoridad a través de su Comisión Sustanciadora dé inicio a procedimientos administrativos sancionadores en contra de aquellos sujetos que lleven a cabo conductas que resulten violatorias de normas vigentes en alguna de las materias que son de su competencia.

Dicho lo anterior, también debemos indicar que el principio de legalidad con relación a la potestad punitiva o sancionadora de la Administración Pública, posee dos vertientes: la formal, que exige la creación legal de la infracción y la sanción. Mientras que la otra, se refiere a la exigencia de la tipicidad a través de la ley, es decir, la descripción precisa y exacta de la conducta ilícita, antijurídica, a la que la ley conecta la consecuencia de la sanción administrativa, y es precisamente con relación a esta última en la que nos enfocaremos de ahora en adelante (Cfr. OLIVA, Roberto. Aplicación de Garantías de Orden Penal en el Derecho Sancionador; Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México).

No obstante, la doctrina extranjera ha reconocido que concebir un procedimiento administrativo sancionador hecho a imagen y semejanza del Código Penal resultaría sumamente ilusorio; puesto que son muchas las infracciones administrativas que existen y, en consecuencia, el Derecho

Sancionador no puede pretender que el principio de tipicidad o taxatividad sea absolutamente preciso. En razón de lo detallado, el tratadista español Alejandro Nieto en su obra *Derecho Administrativo Sancionador*, nos dice que: "Un cierto margen de indeterminación es admisible. Ahora bien este margen puede variar según los casos (y utilizando ciertos criterios): a) según el elemento de la norma penal que resulte afectado (tipo, eximentes, sanción); b) según la gravedad de la sanción; c) según que exista o no una fuerte conexión entre la conducta prohibida por la norma y el ejercicio del derecho a la libertad de expresión; y d) según el tipo de destinatario al que va dirigida la norma." (Cfr. NIETO, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Editorial Tecnos, 5^{ta} Edición. Madrid, 2005).

Es a partir de esta concepción residual de la doctrina extranjera, que se abrió el compás para el uso o empleo de diversas técnicas de tipificación, siendo una de ellas, la aplicación de la llamada cláusula general de cierre o cláusula escoba, en la que no hay una descripción completa de la conducta tipificada como infracción, pues en ella, se trata de abarcar un número infinito de incumplimiento de la ley; criterio que ha sido defendido por el tratadista español Alejandro Nieto, quien a este respecto ha puntualizado en lo siguiente:

"La remisión de la norma tipificadora directa a la norma de mandato o prohibición puede ser expresa, pero también implícita y esta circunstancia ha traído no pocos quebraderos de cabeza y agrias polémicas.

La tipificación sancionadora es completa aunque implícita, porque debe entenderse que la ley en modo alguno puede permitir que el incumplimiento de sus mandatos y prohibiciones resulte impune.

No obstante, para mí esta variante es suficiente y correcta y entiendo que la descripción completa de la infracción en el tipo es una reduplicación innecesaria e inútil y, además, inviable, de tal manera que su exigencia es el resultado de un dogmatismo inaceptable que conduce a la irrealidad.” (Cfr. NIETO, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Editorial Tecnos, 5^{ta} Edición. Madrid, 2005) (El destacado es de esta Procuraduría).

Es evidente entonces, que recurrir a una tipificación indirecta de las infracciones en el ámbito sancionador administrativo no vulnera el elemento de especificidad; ya que, como bien lo ha manifestado el tratadista español Alejandro Nieto, la remisión de la norma tipificadora a las obligaciones y prohibiciones es posible, debido a que precisamente el elemento antijurídico se sitúa en la propia descripción de dichas obligaciones y prohibiciones, por lo que para el tratadista, esta situación supone una aplicación con matices de la estructura penal en el campo del Derecho Sancionador Administrativo.

Sobre este particular, nos permitimos transcribir a continuación un extracto de la Sentencia 703/10 de la Corte Constitucional de la República de Colombia, con ocasión del estudio de la Ley 1333 de 2009 "Por la cual se establece el procedimiento sancionatorio ambiental y se dictan otras disposiciones", en la cual se abordó el tema de la tipificación indirecta, en los siguientes términos:

"...

Por último, el demandante estima que los principios del derecho penal se aplican al derecho administrativo sancionador, de donde surge que las sanciones deben ser taxativas, inequívocamente definidas y, por lo tanto, ajenas a una previsión genérica que el Estado pueda utilizar frente a cualquier tipo de infracción. **Al respecto, la Corte recordó que no en todos los casos es viable exigir un rigor tan estricto, pues ya ni siquiera en el ámbito mismo del derecho penal los principios que otrora se pretendían absolutos tienen ese carácter y si bien son aplicables al derecho administrativo sancionador, lo son con matices derivados de las características propias de éste.**

..." (Expediente D-8019 - Sentencia C-703/10) (Lo destacado es de esta Procuraduría).

De lo anterior se puede interpretar, que resulta perfectamente viable que la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos a través del Texto Único de la Ley 6 de 1997, "Por la cual se dicta el Marco Regulatorio e Institucional para la Prestación del Servicio Público de Electricidad", pueda emplear la técnica de tipificación indirecta; habida cuenta de que, tal como lo ha explicado la doctrina extranjera, sería imposible detallar la innumerable cantidad de infracciones administrativas, haciéndose factible recurrir a las denominadas cláusulas generales de cierre, como es el caso del numeral 9 del artículo 139 de la citada excerpta legal, advertida de inconstitucional.

En consecuencia, a nuestro juicio, la referida disposición legal no infringe lo dispuesto en los artículos 17 y 31 de la Carta Magna; ya que, lo que el legislador patrio hizo fue introducir en el numeral 9 una cláusula

general de cierre, por medio de la cual, hace una remisión expresa hacia otras normas contentivas de obligaciones o prohibiciones dentro del mismo Texto Único de la Ley 6 de 1997 que pudiesen resultar infringidas por actuaciones de los administrados, respetándose así los principios de legalidad y de tipicidad que emergen del artículo 31 constitucional.

Respecto a la aducida violación del artículo 32 de la Constitución Política, que consagra el principio del debido proceso, entendido éste como una garantía fundamental de los administrados que comprende: *el derecho a ser juzgado conforme a los trámites legales (dar el derecho a audiencia o ser oído a las partes interesadas, el derecho a proponer y practicar pruebas, el derecho a alegar y el derecho a recurrir) y el derecho a no ser juzgado más de una vez por la misma causa penal, policiva, disciplinaria o administrativa,* somos del criterio que debido a que el artículo 139 del Texto Único de la Ley 6 de 1997 únicamente se limita a establecer un catálogo de infracciones a lo establecido en dicha normativa legal y, por ende, no desarrolla ningún procedimiento, es un tanto ilógico que el mismo pueda provocar el quebrantamiento del principio del debido proceso; criterio que ha sido expuesto por la Corte Suprema de Justicia, en Pleno y cito:

"El Pleno comparte los argumentos contenidos en la Sentencia transcrita, así como en la Resolución de fecha 18 de marzo de 1999 que transcribe el advirtiente, que admite la incorporación del debido proceso en las relaciones entre el administrado y la Administración. Sin embargo, el texto

acusado no se ocupa de desarrollar ningún procedimiento, ya que únicamente se restringe a crear una sanción administrativa por una conducta expuesta en la propia norma.”
(Cfr. Sentencia de 19 de junio de 2012).

Por lo expuesto, este Despacho solicita a los Honorables Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, se sirvan declarar que **NO ES INCONSTITUCIONAL el numeral 9 del artículo 139 del Texto Único de la Ley 6 de 3 de febrero de 1997, por la cual se dicta el “Marco Regulatorio e Institucional para la prestación del servicio público de electricidad”.**

Del Honorable Magistrado Presidente,

Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración

Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General

Expediente 828-15-I