

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 966

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 25 de septiembre de 2009

**Proceso de
Inconstitucionalidad.**

Acción presentada por el doctor Edgardo Molino Mola, en representación de **Carlos Eduardo Arias López**, para que se declare inconstitucional **el numeral 1 del artículo 4 del decreto ejecutivo 232 de 21 de julio de 2009.**

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

**Honorable Magistrado Presidente del Pleno de la Corte
Suprema de Justicia.**

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 acción de inconstitucionalidad descrita en el margen superior.

I. Disposición acusada de inconstitucional.

La parte actora solicita que se declare inconstitucional el numeral 1 del artículo 9 del decreto ejecutivo 179 de 27 de octubre de 2004, tal como quedó modificado por los artículos 4 del decreto ejecutivo 110 de 23 de mayo de 2007 y finalmente por el artículo 4 del decreto ejecutivo 232 de 21 de julio de 2009, cuyo texto expresa lo siguiente:

“Artículo 9: Son funciones del Secretario Ejecutivo las siguientes:

1. Examinar de oficio por denuncia pública o anónima o por instrucciones recibidas del Consejo o del Órgano Ejecutivo, la gestión administrativa en

las dependencias del gobierno central, instituciones autónomas o semi-autónomas, municipios, juntas comunales y locales y empresas públicas y mixtas, a efecto de identificar la comisión de hechos que puedan ser considerados actos de corrupción, como servidores públicos sin funciones específicas asignadas, sobreprecios en compras y provisión de bienes o servicios, duplicidad de funciones, exceso de procesos burocráticos, y otras conductas no restringidas a las antes mencionadas, que afecten la buena marcha del servicio público y causen erogaciones innecesarias al erario; y si fuese el caso, tendrá la obligación de poner dichos hechos en conocimiento de la autoridad competente."

II. Disposiciones constitucionales que se aducen infringidas y los correspondientes conceptos de las supuestas infracciones.

A. La parte demandante aduce la violación de los numerales 3 y 4 del artículo 220 de la Constitución Política de la República que, de manera respectiva, establecen que son atribuciones del Ministerio Público, entre otras, la de vigilar la conducta oficial de los funcionarios públicos y cuidar que todos desempeñen cumplidamente sus deberes, y la de perseguir los delitos y contravenciones de disposiciones constitucionales o legales.

De acuerdo con el criterio del recurrente, las normas invocadas fueron infringidas de manera directa, por comisión, en la forma como se explica en las fojas 4 y 5 del expediente judicial.

B. La parte demandante también considera infringidos los numerales 3 y 4 del artículo 280 del Texto Constitucional que regulan lo referente a las funciones de la Contraloría

General de la República, en particular, las de examinar, intervenir y fenecer las cuentas de los funcionarios públicos, entidades o personas que administren, manejen o custodien fondos u otros bienes públicos; así como la de 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.

Según el actor estas normas han sido infringidas de manera directa, por comisión, en la forma que expone en las fojas 5 y 6 del expediente judicial.

C. Asimismo, estima que la norma acusada viola el artículo 32 de la Constitución Política de la República que dispone 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

Conforme argumenta el accionante, la norma invocada ha sido infringida de manera directa, por omisión, de acuerdo con el concepto visible en la foja 7 del expediente judicial.

D. Finalmente, el actor aduce como transgredido el artículo 18 Constitucional que dispone que los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infracción de la Constitución o de la Ley, y que los servidores públicos lo son por esas mismas causas y también por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de éstas.

De acuerdo con lo argumentado por el accionante, esta norma ha sido vulnerada de manera directa, por comisión,

según el concepto confrontable en las fojas 7 y 8 del expediente judicial.

III. Examen de Constitucionalidad.

A. Conforme puede observar este Despacho, la norma demandada de inconstitucional guarda relación con la función que el numeral 1 del artículo 9 del decreto ejecutivo 179 de 27 de octubre de 2004, tal como quedó modificado por los artículos 4 del decreto ejecutivo 110 de 23 de mayo de 2007 y finalmente por el artículo 4 del decreto ejecutivo 232 de 21 de julio de 2009 confiere al secretario ejecutivo del Consejo Nacional de Transparencia contra la Corrupción, para que este servidor público pueda examinar la gestión administrativa de todas las entidades estatales, la de los gobiernos locales y de las empresas públicas y mixtas, con el objeto de identificar la comisión de actos de corrupción que afecten la buena marcha del servicio público y causen erogaciones innecesarias al erario.

Del análisis del texto de la norma acusada, se desprende que la disposición reglamentaria que constituye el objeto controvertido dentro de esta acción de inconstitucionalidad, no infringe los numerales 3 y 4 del artículo 220 de la Constitución Política de la República, habida cuenta que, si bien por mandato de dichos numerales el Ministerio Público es la institución encargada de vigilar la conducta oficial de los funcionarios públicos, de perseguir los delitos y contravenciones a dicha Constitución y la Ley, y de ejercer la acción penal en nombre del Estado, no puede soslayarse el hecho que, al secretario ejecutivo de dicho organismo sólo se

le ha atribuido la función de investigar las denuncias relativas a supuestos actos de corrupción cometidos dentro de las entidades del gobierno central, las descentralizadas, los órganos del gobierno local y empresas públicas mixtas, pero sin llegar a otorgarle la potestad de ejercer la acción penal correspondiente en el caso de que se determine la existencia de un acto de corrupción en que se involucre un servidor público o a un particular.

Por lo anterior, sería difícil concluir, tal como en efecto lo hace el accionante, que esta labor de naturaleza meramente administrativa vaya a interferir en forma alguna con las atribuciones constitucionales que posee en esta materia el Ministerio Público, máxime cuando la única obligación que impone la propia norma recurrida, es la de denunciar el hecho a la autoridad competente, lo que, sin lugar a dudas, debe hacer cualquier empleado público que, en el ejercicio de sus funciones detecte, que se ha cometido un acto de tal naturaleza.

El Pleno de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 26 de octubre de 2006 se pronunció de la siguiente manera respecto a la función de investigación y denuncia que tenía la desaparecida Dirección Nacional contra la Corrupción, creada mediante el decreto ejecutivo 99 de 13 de septiembre de 1999:

“Seguidamente, procederemos al examen del segundo cargo de inconstitucionalidad, consistente en la violación de los numerales 3, 4, 5 y 6 del artículo 217 de la Constitución, por el contenido del artículo tercero del Decreto Ejecutivo No.99 de 13 de

septiembre de 1999, pues según el accionante este precepto legal viola directamente la norma constitucional al asignarle al Director Nacional contra la Corrupción funciones que le competen exclusivamente al Ministerio Público, como son las de prevenir, denunciar y erradicar los actos de corrupción descritos en la Convención Interamericana contra la Corrupción.

A juicio de la Corte, de la simple lectura del precepto legal demandado se colige que no rebasa el contenido de los numerales del artículo 217 de la Constitución referentes a las funciones asignadas al Ministerio Público. El cuestionado artículo tercero le encomienda a la Dirección Nacional contra la Corrupción las funciones de 'prevenir, detectar, denunciar y erradicar los actos de corrupción descritos en la Convención Interamericana...'. Estas asignaciones no implican que tenga que perseguir delitos o instruir sumarias por actos de corrupción. Como bien señala el Procurador General en su Vista, el deber de tal funcionario es el de denunciar ante el Ministerio Público los actos de corrupción, convirtiéndose en un colaborador del agente instructor.

...

Por tanto, el Pleno estima que no se justifica este cargo".

En consecuencia, este despacho considera que la norma acusada no infringe los numerales 3 y 4 del artículo 220 del Texto Constitucional.

B. Con respecto a la supuesta infracción de los numerales 3 y 4 del artículo 280 de la Constitución Política de la República, no debe perderse de vista que aunque éstos le atribuyen a la Contraloría General de la República las funciones de examinar y fenecer las cuentas de los funcionarios públicos, entidades o personas que administren,

manejen o custodien fondos y otros bienes públicos, y de realizar investigaciones tendientes a determinar la corrección o incorrección de las operaciones que afecten patrimonios públicos, ello no puede llevarnos a concluir, conforme lo hace el demandante, que las investigaciones que realice el secretario ejecutivo del Consejo de Transparencia contra la Corrupción, en uso de las funciones a las que se refiere la norma acusada, invadan las facultades constitucionalmente otorgadas a la entidad fiscalizadora de los fondos y bienes públicos, ya que, como lo señaláramos en párrafos anteriores, dicho funcionario únicamente vendría a actuar en calidad de un mero colaborador de la Contraloría General de la República, al poner en conocimiento de ésta la existencia de cualquier acto de corrupción que detecte como resultado de una investigación que realice y que involucre un fondo o bien público; circunstancia que resta sustento jurídico los cargos de infracción hechos por el actor en relación con tales disposiciones del Texto Constitucional.

C. En opinión de esta Procuraduría, la alegada infracción del artículo 32 del Texto Constitucional no resulta viable dado que al ser una norma de carácter general, impide que la misma pueda ser objeto de infracción por parte de la disposición reglamentaria cuya constitucionalidad se debate en este proceso. Ello, sólo podría ser posible en el supuesto que las modificaciones introducidas por la norma acusada de inconstitucional dentro de este proceso, incluyera disposiciones de cuya aplicación se derivaran situaciones de desconocimiento o violación de los principios integradores

del debido proceso, aplicado al ámbito de la Administración Pública; materia que en nuestro ordenamiento positivo está regulada por la ley 38 de 31 de julio de 2000, a la que, en consecuencia, deberá sujetarse el secretario ejecutivo del Consejo Nacional de Transparencia contra la Corrupción en ausencia de un procedimiento especial previsto por otra excerpta de similar naturaleza.

D. En cuanto a la infracción del artículo 18 de la Constitución Política de la República, que sienta el principio de estricta legalidad al que debe sujetarse toda actuación llevada a efecto por un servidor público en el ejercicio de una función pública, igualmente consideramos que, por su naturaleza meramente programática, tampoco puede ser objeto de infracción alguna, como lo ha venido sosteniendo ese Alto Tribunal de Justicia en sentencias como la del 20 de abril de 1983, de 26 de julio de 1987, de 19 de mayo de 1994 y de 4 de mayo de 2001. Por consiguiente, esta Procuraduría se abstiene de emitir otras consideraciones respecto a este cargo de inconstitucionalidad.

E. No obstante lo expuesto en los apartados precedentes, este Despacho advierte que dentro del contenido de la norma demandada se encuentra contenida la frase **“municipios, juntas comunales y locales”**, la cual, a nuestro juicio, sí infringe de manera directa, por comisión, los artículos 232, 233 y el numeral 3 del artículo 242 de la Constitución Política de la República, por lo que de acuerdo con el principio de unidad de la Constitución, recogido por el artículo 2566 del Código Judicial, según el cual la norma constitucional no se puede

interpretar en forma aislada, sino que debe considerarse dentro del conjunto constitucional, procedemos a realizar el análisis de dichas normas.

El artículo 232 del Texto Constitucional reconoce autonomía a los Municipios, a los cuales se refiere como una organización democrática que deberá responder al carácter netamente administrativo del gobierno local.

El Pleno de ese Alto Tribunal de Justicia en fallo de 1 de febrero de 1996 reconoció la personalidad jurídica y el carácter autónomo de que gozan los municipios, cuando señaló en dicha sentencia lo siguiente:

“... En la legislación positiva panameña, el Municipio es la entidad administrativa del distrito y presenta las características propias de un gobierno local tal como lo concibe la Constitución Nacional: con representación popular partidista; flexibilidad para su organización administrativa; patrimonio y poder tributario propios; capacidad de ejecución y la separación de poderes dentro de la misma administración municipal, con lo que sus organismos de gobierno y administración están bien definidos.

Esta separación de poderes significa que el poder de administración está compartido entre el cuerpo deliberante que es el Consejo Municipal y el ejecutivo, representado por el Alcalde Municipal”.

En igual sentido, el jurista panameño Juan Materno Vásquez, en su obra sobre la Constitución Política de 1972, ha señalado lo siguiente:

“La organización política-administrativa denominada Municipio tiene como principal característica la de ser autónomo. Se entiende por esto

la capacidad jurídica del Municipio para administrar los negocios del gobierno local sin sujeción al Gobierno Central.

El régimen de autonomía reconocido al Municipio es muy distinto al de las entidades autónomas. En realidad el Municipio es un gobierno; por tanto tiene capacidad para ejercer las funciones ejecutivas, legislativas y judiciales..." (VÁZQUEZ, Juan Materno. La Constitución de 1972. Ediciones Olga Elena. Panamá. 1982. p. 372).

En razón de que el Municipio, tal como lo prevé nuestra Constitución Nacional goza del régimen de autonomía a cuyas características se refieren las citas anteriores, a juicio de esta Procuraduría, el secretario ejecutivo del Consejo Nacional de Transparencia contra la Corrupción, como funcionario del Órgano Ejecutivo, no puede ser investido de facultades para conocer lo relativo a la gestión administrativa que realicen los municipios, juntas comunales y locales, puesto que ello sería contrario a la autonomía normativa, ejecutiva, administrativa y técnica de la cual gozan los gobiernos locales dentro del ámbito de su competencia jurisdiccional y territorial; máxime si el numeral 3 del artículo 242 de la Carta Política le ha atribuido al Consejo Municipal la función de fiscalizar la gestión administrativa, la cual deberá ejercer en coordinación con la Contraloría General de la República y en la forma que lo establece el numeral 5 del artículo 280 del propio Texto Constitucional, que dispone que esta entidad de control y fiscalización tiene el deber de recabar informes sobre la gestión fiscal de las dependencias provinciales,

municipales autónomas y semiautónomas; norma que ha sido ampliamente desarrollada en el capítulo IV de la ley 106 de 1973, modificada por la ley 52 de 1984.

En virtud de las consideraciones antes expresadas, la Procuraduría de la Administración concluye que del numeral 1 del artículo 9 del decreto ejecutivo 179 de 27 de octubre de 2004, tal como quedó modificado por los artículos 4 del decreto ejecutivo 110 de 23 de mayo de 2007 y finalmente por el artículo 4 del decreto ejecutivo 232 de 21 de julio de 2009, **sólo** la frase "**municipios, juntas comunales y locales**" **ES INCONSTITUCIONAL** por ser violatoria de los artículos 232, 233 y el numeral 3 del artículo 242 de la Constitución Política de la República, no así el resto del numeral; por lo que respetuosamente solicita a los Honorables Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, así se sirvan declararlo al decidir esta acción.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Nelson Rojas Avila
Secretario General