

REPÚBLICA DE PANAMÁ



**MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN**

Vista Número 225

Panamá, 21 de mayo de 2013

**Proceso de
inconstitucionalidad.**

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

El licenciado Rogelio Cruz Ríos y la firma forense Rosendo Rivera y Asociados, demandan la inconstitucionalidad de la Resolución 64 de 1 de junio de 2011, emitida por la Asamblea Nacional, por medio de la cual aprobó el nombramiento de Harry Alberto Díaz González De Mendoza como Magistrado de la Sala Segunda, de lo Penal, de la Corte Suprema de Justicia.

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 las acciones de inconstitucionalidad descritas en el margen superior.

I. El acto acusado de inconstitucionalidad.

El licenciado Rogelio Cruz Ríos y la firma forense Rosendo Rivera y Asociados demandan la inconstitucionalidad de la Resolución 64 de 1 de junio de 2011, emitida por la Asamblea Nacional, por medio de la cual se aprobó el nombramiento de Harry Alberto Díaz González De Mendoza como Magistrado de la Sala Segunda, de lo Penal, de la Corte

Suprema de Justicia. Estas acciones fueron acumuladas mediante Resolución de 6 de mayo de 2013 dictada por el Tribunal en Pleno (Cfr. fojas 1-6, 14-15, 16-24, 25 y 26 del expediente judicial).

La Resolución 64 de 1 de junio de 2011 expresa lo siguiente:

"RESOLUCIÓN No. 64

De 1 de junio de 2011

**LA ASAMBLEA NACIONAL, EN USO DE SUS
FACULTADES CONSTITUCIONALES Y LEGALES,**

CONSIDERANDO:

Que de conformidad con lo que dispone el numeral 4 del artículo 161 de la Constitución Política, le corresponde a la Asamblea Nacional, aprobar o improbar el nombramiento de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia;

Que el Consejo de Gabinete ha sometido a la consideración de la Asamblea Nacional, para su aprobación o improbación, el nombramiento del magister Harry Alberto Díaz González De Mendoza, con cédula de identidad No. 8-236-789, como magistrado de la Sala Segunda, de lo Penal, de la Corte Suprema de Justicia;

Que la Asamblea Nacional, mediante Resolución 94 de 31 de octubre de 2009, estableció el procedimiento para la aprobación del nombramiento de magistrados de la Corte Suprema de Justicia y sus suplentes;

Que la *Comisión de Credenciales, Reglamento, Ética Parlamentaria y Asuntos Judiciales*, en ejercicio de las facultades que le confiere el numeral 2 del artículo 50 del Texto Único del Reglamento Orgánico del Régimen Interno de la Asamblea Nacional, y conforme al procedimiento establecido en la

Resolución antes citada y la Resolución 1 de 2 de diciembre de 2009, examinó la documentación e información relacionadas con la vida profesional del candidato, y concluyó que cumple con los requisitos exigidos por la Constitución Política y la ley para ejercer el cargo de magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

RESUELVE:

1. Aprobar el nombramiento del magíster Harry Alberto Díaz González De Mendoza, como magistrado de la Sala Segunda, de lo Penal, de la Corte Suprema de Justicia, por el resto del período que le correspondía al exmagistrado José Abel Almengor Echeverría, efectuado por el Consejo de Gabinete, mediante Resolución de Gabinete 68 de 20 de abril de 2011.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Dado en el Palacio Justo Arosemena, ciudad de Panamá, al primer día del mes de junio del año dos mil once.

El Presidente, (fdo)
José Muñoz Molina

El Secretario General, (fdo)
Wigberto E. Quintero G." (Cfr. fojas 25 y 26 del expediente judicial).

II. Disposiciones constitucionales que se estiman infringidas.

Los accionantes señalan que el acto que se acusa de inconstitucional infringe las siguientes normas constitucionales:

- A.** El artículo 17, que establece los fines para las que fueron instituidas las autoridades de la República (Cfr. fojas 5-6, 21 y 24 del expediente judicial); y

B. El artículo 203, que señala cómo está conformada la Corte Suprema de Justicia y cómo se elige a los Magistrados (Cfr. fojas 4-5 y 21-23 del expediente judicial).

III. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Una vez examinado el contenido de las acciones de inconstitucionalidad, esta Procuraduría considera que las mismas resultan no viables por las siguientes razones de forma y de fondo.

A. Razones de Forma:

Según reiterada jurisprudencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, las acciones de inconstitucionalidad deben cumplir con los “requisitos comunes a toda demanda”, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2560 del Código Judicial, por lo que a las mismas les resulta aplicable el artículo 665 de ese mismo cuerpo normativo, que establece lo que las demandas deben contener.

Siendo ello así, observamos que las acciones ensayadas por los demandantes incumplen el requisito formal al que se refiere el numeral 5 del artículo 665 del Código Judicial, pues, no detallan de manera completa la cosa, la declaración o el hecho que se demanda.

Lo expresado encuentra sustento en el artículo 203 de la Constitución Política cuando señala que la Corte Suprema de Justicia estará compuesta del número de Magistrados que determine la Ley, nombrados mediante acuerdo del Consejo de Gabinete, con sujeción a la aprobación del Órgano Legislativo; de lo que se infiere que nos encontramos ante un acto administrativo complejo, constituido por el concurso de

dos voluntades, las del Consejo de Gabinete y la Asamblea Nacional, que conforman una unidad compleja, en este caso particular, para el nombramiento de un magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

Al respecto, diversos autores se refieren a los actos complejos en los siguientes términos:

Roberto Dromi señala que *"...los actos complejos son los que se forman por el concurso de voluntades de distintos órganos... Esas voluntades concurren a formar el acto complejo, que es un acto único."* (DROMI, Roberto. Derecho Administrativo. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires. Séptima Edición. 1998. Página 217).

Libardo Rodríguez indica que *"...los actos complejos son los que requieren varias actuaciones jurídicas para su expedición, como aquellos que están sujetos a autorización previa, aprobación posterior, concepto de otros organismos y autoridades, o que requieren varias aprobaciones..."* (RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho Administrativo. General y colombiano. Décimo cuarta edición. Editorial Temis, S.A. Bogotá. 2005. Página 260).

Luis Enrique Berrocal Guerrero, quien explica que el acto administrativo complejo propio es *"...el que se forma por la fusión de varias declaraciones que con un mismo contenido y mismo fin profieren dos o más órganos de manera separada y sucesiva. La complejidad del acto se debe entonces a que sean varias las declaraciones que lo conforman, sin que cambie o exista la posibilidad de cambiar el contenido de una a otra, deben mantener **contenido igual**, y que cada una de esas*

declaraciones provengan de órganos o entidades distintas, bajo las circunstancias de que cada uno de ellos profiera la suya en momentos diferentes o sucesivos y de forma separada entre sí. La **unidad de contenido** es lo determinante para que esa pluralidad de declaraciones se constituya en una unidad compleja, en acto único..." (BERROCAL GUERRERO. Luis Enrique. Manual del Acto Administrativo, según la Ley, la Jurisprudencia y la Doctrina. Quinta edición. Librería ediciones del Profesional LTDA. Bogotá. 2009. Página 166) (Las negrillas son del autor y lo subrayado es de esta Procuraduría).

De lo indicado en los párrafos precedentes, este Despacho infiere que las manifestaciones de voluntad que conforman un acto administrativo complejo no tienen identidad o existencia como actos autónomos, por lo que no pueden ser objeto de control jurisdiccional de manera separada, de allí que si la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, declarara la inconstitucionalidad de la Resolución 64 de 1 de junio de 2011, que contiene la aprobación efectuada por la Asamblea Nacional, la misma carecería de eficacia, pues, subsistirían los efectos del nombramiento acordado en la Resolución 68 de 20 de abril de 2011, dictada por el Consejo de Gabinete.

Lo anterior, nos permite concluir que las acciones de inconstitucionalidad bajo análisis no detallan de manera completa la cosa, la declaración o el hecho que se demanda, como lo exige el numeral 5 del artículo 665 del Código Judicial, ya que en ambas únicamente se solicita la declaratoria de inconstitucionalidad de la Resolución 64 de 1

de junio de 2011, emitida por la Asamblea Nacional, por medio de la cual se aprobó el nombramiento de Harry Alberto Díaz González De Mendoza como Magistrado de la Sala Segunda, de lo Penal, de la Corte Suprema de Justicia, que constituye sólo una de las declaraciones de voluntad que forman este acto administrativo complejo, omitiendo incluir la Resolución 68 de 20 de abril de 2011, dictada por el Consejo de Gabinete, en la que se acordó dicho nombramiento.

A juicio de este Despacho, esta consideración jurídica de forma hace que las acciones de inconstitucionalidad en estudio resulten **no viables**.

B. Razones de Fondo.

Al sustentar el concepto de violación de las disposiciones que se estiman infringidas, los demandantes señalan que el numeral 2 del cuarto párrafo del artículo 203 de la Constitución Política de la República ha sido transgredido de manera directa, por omisión, por razón de que mediante la Resolución 64 de 1 de junio de 2011, la Asamblea Nacional ratificó el nombramiento de Harry Alberto Díaz González De Mendoza como Magistrado de la Sala Segunda, de lo Penal, de la Corte Suprema de Justicia, cuando era evidente que no podía ocupar dicha posición, pues, previamente y durante el período constitucional en curso había ejercido un cargo de mando y jurisdicción dentro del Órgano Ejecutivo, particularmente, el de Viceministro de Finanzas en el Ministerio de Economía y Finanzas (Cfr. fojas 5 y 22 del expediente judicial).

Antes de expresar el concepto de esta Procuraduría, consideramos oportuno señalar que el artículo 203 de la Constitución Política, establece entre otras cosas, que no podrá ser nombrado Magistrado de la Corte Suprema de Justicia quien *"...esté ejerciendo o haya ejercido cargos de **mando y jurisdicción** en el Órgano Ejecutivo durante el periodo constitucional en curso..."*; situación que nos obliga a analizar la expresión "mando y jurisdicción", para establecer si el cargo de Viceministro de Finanzas del Ministerio de Economía y Finanzas, que ejerció de manera interina Harry Alberto Díaz González De Mendoza, reúne tales condiciones; y, con ello, determinar si el acto acusado de inconstitucional infringió o no la norma invocada por los demandantes.

En sentencia de 23 de abril de 1948 el Tribunal de lo Contencioso Administrativo expresó que "Cuando dice, pues, que un funcionario de la República tiene mando y jurisdicción surgen dos conceptos: 1° Que tal funcionario tiene poder o autoridad en el ramo administrativo o en el judicial, para dictar órdenes, sentencias de general cumplimiento; y 2° Que ese funcionario dicta sus órdenes, sentencias, autos, providencias o decretos para que tengan cumplimiento dentro de determinado territorio, fuera del cual son ineficaces." (Sentencia de 23 de abril de 1948. Demanda interpuesta por Benito Reyes Testa, para que se declaren ilegales las resoluciones 2592, de 1° de Noviembre de 1946 y 34, de 24 de marzo de 1947 del Ministerio de Gobierno y Justicia).

Para Edgardo Molino Mola "Se entiende que un funcionario tiene mando cuando la ley lo autoriza a realizar ciertos actos de su competencia, que provienen de su autoridad, para dictar órdenes, resoluciones, sentencias, providencias o decretos, y que tiene jurisdicción, cuando esos actos, que puede realizar autorizado por la ley, le atribuyen el desenvolvimiento de su actividad en parte o en todo el territorio de la República, que también le señala la ley."

(MOLINO MOLA, Edgardo. La Jurisdicción Constitucional en Panamá en un estudio de Derecho Comparado. 1ª edición, 1998. Biblioteca Jurídica Diké. Págs. Medellín. Página 587). Este criterio ha sido acogido por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia en numerosa jurisprudencia.

De lo expresado en los párrafos anteriores se infiere que tanto el mando como la jurisdicción deben ser conferidos de manera expresa por la ley. Para tener mando no basta que un servidor público superior ejerza poder sobre los inferiores; ya que es necesario, además, que la Ley lo autorice a realizar ciertos actos de su competencia, que provienen de su autoridad, para dictar órdenes, resoluciones, sentencias, providencias o decretos. Lo propio ocurre con la jurisdicción, ya que ésta supone que el funcionario tenga poder para gobernar según las disposiciones legales o el arbitrio concedido, en parte o en todo el territorio de la República, según le señala la Ley.

Por otra parte, es preciso anotar que por su naturaleza, la jurisdicción es una atribución de orden público

indelegable, al ser conferida en atención al cargo al que se le atribuye tal potestad.

En este punto, es importante recordar que el artículo 203 de la Constitución Política alude al ejercicio de cargos con **mando y jurisdicción**; por tanto, la conjunción copulativa "y" cobra relevancia, pues, su finalidad es unir o enlazar ambos conceptos; de allí que, para los efectos de nuestro análisis, la prohibición constitucional a la que se refiere la norma, únicamente alcanza a aquellos servidores públicos que ejerzan sus funciones bajo el parámetro de estas dos potestades.

Al analizar la Ley 97 de 21 de diciembre de 1998, por la cual se crea el Ministerio de Economía y Finanzas, se observa que quien ostenta el cargo con mando y jurisdicción en esa institución es el Ministro, ya que a este funcionario la Ley le concede titularidad al otorgarle la dirección de la institución y al establecer que él es el jefe superior del ramo y, como tal, es el responsable ante el Presidente de la República por el cumplimiento de sus atribuciones.

Obsérvese que es la propia Ley 97 de 1998, en su artículo 6, la que señala que el Ministro podrá delegar el ejercicio de sus funciones o atribuciones, entre otros, a los Viceministros, excepto en los casos en que esté expresamente prohibido por la Constitución Política de la República y la Ley.

El artículo 7 de ese mismo cuerpo normativo indica que la delegación de funciones es revocable en cualquier momento por el Ministro; que el delegado adoptará las decisiones

expresando que lo hace por delegación; y que el incumplimiento de este requisito conlleva la nulidad de lo actuado por el delegado.

En relación con los cargos de Viceministros de Economía y de Finanzas, la Ley establece, en su artículo 4, que éstos son meros colaboradores del Ministro en el ejercicio de sus funciones; por tanto, asumirán las atribuciones y responsabilidades que les señale la Ley y las que el titular de esa cartera ministerial les encomiende o delegue.

Particularmente, el artículo 5 de la mencionada excerpta legal dispone que corresponde a los Viceministros de Economía y de Finanzas firmar con el Ministro las resoluciones pertinentes; actuar en nombre del Ministerio por delegación de funciones, según lo determine la Ley; y, ejercer las demás atribuciones legales, reglamentarias y las que señale el Ministro.

Como se puede apreciar, la única función expresa que la ley le atribuye al Viceministro es la de firmar con el Ministro las resoluciones pertinentes, el resto de sus actuaciones administrativas dependerá de aquellas que le sean delegadas por el Ministro.

Para los efectos de este análisis, resulta pertinente citar a la **Doctora Miriam Mabel Ivanega**, quien sostiene que la delegación de funciones es un reparto de competencias de arriba hacia abajo, propio de las jerarquías, en que el superior delega en el inferior facultades que le han sido otorgadas por la Ley, por consiguiente, no le transfiere la titularidad del cargo que ostenta, pues el reparto de la

competencia es transitorio siempre. El inferior únicamente ejerce la competencia delegada y es responsable de su ejecución; el superior nunca pierde la responsabilidad de vigilar que se cumplan las funciones que la Ley le atribuye (IVANEGA, Miriam Mabel. Principios de Administración Pública. Editorial Ábaco. Buenos Aires. 2005. Páginas 14- 16).

Lo anterior nos lleva a inferir que la competencia delegada que ejerce el Viceministro le sigue perteneciendo al Ministro, quien tiene la titularidad, por lo que este último puede, en cualquier momento, retomar el ejercicio de la facultad que delegó en su subalterno, dado que se trata de una atribución que le ha sido otorgada a él por mandato expreso de la Ley.

Las reflexiones jurídicas precedentes nos llevan a concluir que la Constitución Política de la República ni la Ley otorgan al cargo de Viceministro de Finanzas del Ministerio de Economía y Finanzas "mando y jurisdicción"; de allí que, el hecho de que Harry Alberto Díaz González De Mendoza haya ejercido el cargo de Viceministro de Finanzas durante el periodo constitucional en curso, no lo descalifica para ocupar el cargo de Magistrado de la Sala Segunda, de lo Penal, de la Corte Suprema de Justicia, por lo que el acto acusado no ha transgredido la letra ni es contrario al espíritu del artículo 203 de la Constitución Política.

Por otra parte, los demandantes señalan que el acto acusado ha vulnerado de manera directa, por omisión, el artículo 17 del Texto Fundamental, pues, el Órgano Legislativo, como autoridad de la República, no acató su

deber de cumplir y hacer cumplir la Constitución Política al haber aprobado el nombramiento del mencionado Magistrado, quien no podía ocupar tal posición por haber ejercido un cargo con mando y jurisdicción en el Órgano Ejecutivo dentro del período constitucional en curso (Cfr. fojas 6, 21 y 24 del expediente judicial).

En opinión de esta Procuraduría, los argumentos expuestos en los párrafos precedentes en relación con el artículo 203 de la Constitución Política y el acto acusado, sirven de sustento para reiterar que el Consejo de Gabinete al emitir la Resolución 68 de 20 de abril de 2011, por la cual se acuerda el nombramiento de Harry Alberto Díaz González De Mendoza como Magistrado de la Sala Segunda, de lo Penal, de la Corte Suprema de Justicia, ni la Asamblea Nacional al dictar la Resolución 64 de 1 de junio de 2011, que aprueba dicho nombramiento, han faltado a su deber de cumplir y hacer cumplir la Constitución Política de la República y la Ley, pues ambas autoridades actuaron apegadas al principio de legalidad y, por ende, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 de la Constitución Política.

En atención a las consideraciones antes expuestas, esta Procuraduría solicita a los Honorables Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, se sirvan declarar que NO ES INCONSTITUCIONAL la Resolución 64 de 1 de junio de 2011, emitida por la Asamblea Nacional, por medio de la cual se aprobó el nombramiento de Harry Alberto Díaz González De

Mendoza como Magistrado de la Sala Segunda, de lo Penal, de la Corte Suprema de Justicia.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Doctor Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Licenciado Nelson Rojas Avila
Secretario General

Expediente 252-13-I