



Año CXIIIPanamá, R. de Panamá martes 10 de diciembre de 2019N° 28917-C

CONTENIDO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Fallo N° S/N
(De lunes 16 de septiembre de 2019)

POR EL CUAL DECLARA QUE SE HA PRODUCIDO EL FENÓMENO JURÍDICO DE SUSTRACCIÓN DE MATERIA EN LA DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE NULIDAD, PRESENTADA POR LOS APODERADOS JUDICIALES DE LA SOCIEDAD PETROLERA NACIONAL S.A., PARA QUE SE DECLARE NULO, POR ILEGAL, EL ARTÍCULO 16 DEL PUNTO PRIMERO DE LA RESOLUCIÓN AN NO. 1442-ELEC DE 15 DE ENERO DE 2008, EMITIDA POR LA AUTORIDAD NACIONAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS (ASEP), Y ORDENA EL ARCHIVO DEL EXPEDIENTE

Fallo N° S/N
(De martes 24 de septiembre de 2019)

POR EL CUAL DECLARA QUE NO ES INCONSTITUCIONAL EL ARTÍCULO 476 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL DEMANDADO POR EL LICENCIADO ROGELIO CRUZ RÍOS EN SU PROPIO NOMBRE Y REPRESENTACIÓN.

FE DE ERRATA

ASAMBLEA NACIONAL

PARA CORREGIR ERROR INVOLUNTARIO EN LA PUBLICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN NO. 105 DE 4 DE DICIEMBRE DE 2019, DE LA ASAMBLEA NACIONAL. PUBLICADA EN LA GACETA OFICIAL DIGITAL NO. 28915-B DE 5 DE DICIEMBRE DE 2019.

175
8**REPÚBLICA DE PANAMÁ****ÓRGANO JUDICIAL****CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.-**

Panamá, dieciséis (16) de septiembre de dos mil diecinueve (2019).

VISTOS:

La firma Moreno y Fábrega, actuando en nombre y representación de la sociedad **Petrolera Nacional S.A.**, ha presentado una **demanda contencioso administrativa de nulidad**, para que se declare nulo, por ilegal, el artículo 16 del punto primero de la Resolución AN No. 1442-ELEC de 15 de enero de 2008, emitida por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos (ASEP), y para que se hagan otras declaraciones.

I. EL ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO:

El acto administrativo impugnado lo constituye el artículo 16 del punto primero de la **Resolución AN No. 1442-ELEC de 15 de enero de 2008**, emitida por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos (ASEP), a través de la cual se resolvió lo siguiente:

“..

Artículo 16. GRAVAMEN DE LA LICENCIA

La licenciataria podrá gravar, hipotecar, pignorar o ceder la Licencia que se otorga a través de la presente Resolución dentro de un plazo de treinta (30) días calendario, contados a partir de la fecha de haber ejercido tal derecho. ...”

Sirvió como fundamento de derecho para expedir la decisión precitada, la Ley 26 de 29 de enero de 1996, adicionada y modificada por el Decreto Ley 10 de 22 de febrero de 2006; la Ley 6 de 3 de febrero de 1997, modificada por el Decreto

2 146

Ley 10 de 26 de febrero de 1998; la Resolución No. JD-110 de 14 de octubre de 1997, modificada por la Resolución No. JD-1057 de 7 de octubre de 1998; y la Resolución AN No. 1021-Elec de 19 de julio de 2007, emitidas por la Autoridad de los Servicios Públicos.

Cabe aclarar que el resuelto primero de la Resolución AN No. 1442-Elec de 15 de enero de 2008, a través de la cual se le otorgó Licencia Definitiva a la empresa TERMICA DEL CARIBE S.A., para la instalación, operación y explotación de una planta de generación termoeléctrica denominada El Giral Power Station, a ubicarse en el corregimiento de Buena Vista, distrito de Colón, provincia de Panamá, fue modificado por la Resolución AN No. 7097-ELEC de 17 de febrero de 2014, estableciendo que dicha licencia sería concedida a favor de VALLEY RISE INVESTMENT CORP.

De igual forma, cabe advertir que dicha modificación no alcanzó variar los términos y condiciones de la licencia establecidos en el artículo 16 del punto primero de la Resolución AN No. 1442-Elec de 15 de enero de 2008, hoy objeto de impugnación.

Asimismo, es necesario indicar que la Resolución AN No. 7097-ELEC de 17 de febrero de 2014, fue objeto de pronunciamiento por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia mediante Sentencia de 4 de octubre de 2018, en la cual se resolvió que el acto administrativo emitido por la Autoridad de los Servicios Públicos no es ilegal.

II. PRETENSIÓN DE LA PARTE ACTORA

La pretensión planteada por la parte actora en la demanda, es la siguiente:

"1. Que declare la nulidad, por ilegal del ACTO ADMINISTRATIVO emitido por el (sic) AUTORIDAD NACIONAL DE LOS SERVICIOS PUBLICOS contenido en Artículo 16 del punto PRIMERO de la Resolución AN-# 1442 Elec de 15 de enero de 2008, por establecer el derecho a favor del licenciatario, de gravar, hipotecar, pignorar o ceder la Licencia Definitiva otorgada por la entidad demandada, en contravención al ordenamiento legal y desnaturalizando su carácter de "utilidad pública" y de "bien de derecho público", cuando tal



3 147

posibilidad no la permite ni la ley que regula el marco del sector de servicios públicos ni las normas legales que otorgan las facultades y prerrogativas a la entidad demandada en esta materia.

2. Que declare la nulidad, por ilegal, de cualquier otro acto administrativo colateral, relacionado o dependiente o que sean consecuencia necesaria del ACTO ADMINISTRATIVO demandado de NULIDAD, por ilegal, en el presente proceso."

III. DISPOSICIONES QUE FIGURAN COMO INFRINGIDAS POR LA RESOLUCIÓN DEMANDADA Y EL CONCEPTO DE SU INFRACCIÓN.

El apoderado judicial de la parte actora señala que el acto impugnado viola las sucesivas disposiciones legales:

- Los artículos 3, 4, 5, 20, 23, 60 de la Ley 6 de 3 de febrero de 1997, los que hacen alusión al carácter de servicio público de utilidad pública, la generación, transmisión, distribución y comercialización de electricidad; a los fines en los cuales el Estado podrá intervenir en los servicios públicos de electricidad; a los instrumentos de intervención estatal; a las funciones del entonces Ente Regulador de los Servicios Públicos, hoy Autoridad Nacional de los Servicios Públicos; a los deberes y obligaciones de los prestadores del servicio público de electricidad, y; al régimen de licencias, respectivamente.
- El artículo 13 del Decreto Ejecutivo 22 de 19 de junio de 1998, que desarrolla y reglamenta la Ley 6 de 3 de febrero de 1997, que contempla los requisitos para obtener una licencia.
- El artículo 4 de la Resolución AN 1021-Elec de 19 de julio de 2007, que establece el contenido de las licencias.
- El artículo 20 de la Ley 26 de 29 de enero de 2009, adicionada y modificada por el Decreto Ley 10 de 22 de febrero de 2006,



que establece las funciones y atribuciones de la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos.

- El numeral 2 del artículo 52, y 162 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, que estipula las causales de nulidad absoluta, y a lo que debe entenderse como desviación de poder, respectivamente.

A juicio del actor, las infracciones de las precitadas normativas se producen porque la Administración no tenía dentro de sus funciones la facultad para establecer que las licencias otorgada para la instalación, operación y explotación de una planta de generación termoeléctrica pueden ser gravadas por sus licenciarios.

Por tales motivos, considera que dicho término y condición establecido por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos desnaturaliza el carácter de "utilidad pública", y de "bien de derecho público", que caracterizan la prestación del servicio público de energía eléctrica, otorgando así más derechos a favor de los licenciarios estipulado en la Ley, contrario a lo dispuesto en la Ley.

IV. INFORME DE CONDUCTA DE LA AUTORIDAD DEMANDADA:

Mediante, Nota No. DSAN-2430 de 16 de agosto de 2017, la **Autoridad de los Servicios Públicos (ASEP)**, remitió informe explicativo de conducta, en donde señala lo siguiente:

- "
- ...
- El 4 de febrero de 2014, en nota dirigida a la Secretaria Nacional de Energía, al Ministerio de Economía y Finanzas, al Centro Nacional de Despacho y a esta Autoridad Reguladora, la empresa TÉRMICA DEL CARIBE S.A. comunicó que, a partir del 5 de febrero de 2014, no podrá seguir generando electricidad para el Sistema Interconectado Nacional (SIN).
 - En virtud de lo anterior, esta Autoridad solicitó al Centro Nacional de Despacho, a través de nota DSAN 0439-2014 de 6 de febrero de 2014, un análisis de cobertura de Demanda para el periodo 2014-2015, considerando la salida de la Central Termoeléctrica El Giral, propiedad en ese entonces de TÉRMICA DEL CARIBE S.A.



5 149

- Que, mediante Nota de 14 de febrero de 2014, recibida el 17 de febrero de 2014, Banistmo Investment Corporation S.A. comunica a esta Autoridad Reguladora que se han cumplido las condiciones establecidas en el Fideicomiso y que, por lo tanto, se cede la Licencia Definitiva otorgada mediante Resolución AN No. 1442-Elec de 15 de enero de 2008, que ampara la operación de la planta termoeléctrica denominada El Giral Power Station, a la sociedad VALLEY RISE INVESTMENT CORP S.A.
- Con el propósito de asegurar la continuidad del servicio público de electricidad en forma eficiente e ininterrumpida en consideración a la situación crítica en la cual se encontraba el sector de energía y cumplidos los requisitos para la cesión, esta Autoridad Reguladora, tomó medidas para garantizar la prestación continua e ininterrumpida del Servicio Público de Electricidad, ante la cesación unilateral e intempestiva de las actividades de TÉRMICA DEL CARIBE S.A. y la consiguiente desatención de sus compromisos, lo cual inevitablemente, provocaría afectaciones a terceros y al Mercado Mayorista y cedió la Licencia Definitiva de la empresa Térmica del Caribe S.A., a la empresa VALLEY RISE INVESTMENT CORP, por medio de la Resolución AN no. 7097-Elec 17 de febrero de 2014.

...

I. Procedimiento de Otorgamiento de Licencias Definitivas de Generación.

...

En consecuencia, esta Autoridad respetando el debido proceso otorgó la Licencia a la empresa TÉRMICA DEL CARIBE S.A., y una vez fueron cumplidos los requisitos para la cesión de la misma y en un momento crítico y de intempestiva salida de una planta térmica de gran capacidad de generación pasó a nombre de la empresa VALLEY RISE INVESTMENT CORP. De igual manera, esta Autoridad al estar debidamente facultada para ello y dentro de lo que le permite la Ley, estableció una serie de obligaciones y derechos a la empresa TÉRMICA DEL CARIBE S.A., tal como lo es la posibilidad de cesión la cual la encontramos en el artículo 16 de la Resolución AN No. 1442-Elec de 15 de enero de 2008.

...

II. Fundamento legal utilizado por la Autoridad Reguladora en la emisión de la Resolución impugnada.

...

- Ley No. 6 de 3 de febrero de 1997: "Por la cual se dicta el Marco Regulatorio e Institucional



6 186

para la Prestación del Servicio Público de Electricidad". ...

...

El artículo 49 por su parte establece como bien lo citó la demandante, que las licencias otorgadas por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, mediante resolución motivada **en la que se consignarán los términos y condiciones bajo los cuales se otorga en cada caso particular."**



V. POSICIÓN DE LA PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN:

Mediante Vista Número 747 de 13 de junio de 2018, la Procuraduría de la Administración, quien actúa en interés de la Ley, en virtud de lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 5 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000; solicita a esta Superioridad declare que no es ilegal el artículo 16 del punto primero de la Resolución AN 1442 Elec de 15 de enero de 2008, emitida por la Autoridad de los Servicios Públicos, por las siguientes razones:

A través de la Resolución AN 1442-Elec de 15 de enero de 2008 la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos le otorgó a la empresa Térmica del Caribe S.A., una licencia definitiva para la instalación, operación y explotación de una planta de generación termoeléctrica denominada El Giral Power Station, a ubicarse en el corregimiento de Buena Vista, distrito de Colón, provincia de Colón, y dispuso establecer que la licenciataria podría gravar, pignorar, o ceder dicha licencia.

Ante la actuación de la Autoridad de los Servicios Públicos, el Procurador de la Administración, es la opinión que, con la finalidad de garantizar la calidad del servicio, así como la prestación continua y eficiente, la autoridad cuenta con mecanismos que permiten de manera efectiva sus funciones, en consecuencia, estipuló dentro de los términos y condiciones que el licenciatario podrá gravar, pignorar, o ceder la licencia, a luz de lo dispuesto en numeral 2 del artículo 19 de la Ley 26 de 29 de enero de 1996, el numeral 21 del artículo 9, y 49 del Texto Único de la Ley 6 de 3 de febrero de 1997, y el artículo 20 del Anexo 1 de la Resolución AN 1021-Elec de 19 de julio de 2007.

Aunado al hecho que, las realidades que llevaron a la aplicación de lo establecido en el artículo 16 del punto primero de la Resolución AN 1442-Elec de 15 de enero de 2008, que justifican y, a su vez, validan su existencia dentro de este tipo de concesiones, pues la salida de la generadora Térmica del Caribe S.A. concordó con una época en donde el país estaba pasando por una grave ausencia de lluvias, situación que complicaba la generación de electricidad a base de agua.

Por tales razones, a su juicio del Procurador, la ASEP en atención a la facultad contenida en el artículo 16 de la Resolución AN 1442-Elec de 15 de enero de 2008, puede brindar soluciones a imprevistos, y garantizar la prestación continua e ininterrumpida del Servicio Público de Electricidad, reemplazando a Térmica del Caribe S.A., por lo cual, el acto impugnado no es ilegal.

VI. DECISIÓN DE LA SALA

Una vez cumplidos los trámites previstos para estos procesos, corresponde a los integrantes de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia pasar a dirimir el fondo del presente litigio.



Competencia de la Sala:

En primer lugar, resulta necesario señalar que esta Sala de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer de la acción contencioso-administrativa de nulidad promovida por apoderado judicial de la sociedad Petrolera Nacional S.A., con fundamento en lo que dispone el artículo 206, numeral 2, de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 97, numeral 1, del Código Judicial y el artículo 42a de la Ley No. 135 de 1943, conforme fue reformado por la Ley No. 33 de 1946.

Legitimación activa y pasiva:

En el caso que nos ocupa, el demandante, como persona jurídica, la sociedad Petrolera Nacional S.A. comparece en defensa de la legalidad, en ejercicio de una acción popular, contra el artículo 16 del punto primero de la Resolución AN No. 1442-ELEC de 15 de enero de 2008, emitida por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, y para que se hagan otras declaraciones.

Por su lado, el acto demandado fue emitido por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos, entidad estatal, autónoma por disposición de la Ley 6 de 3 de febrero de 2007, y sus modificaciones, se encuentra legitimada como sujeto pasivo en el presente proceso contencioso-administrativo de nulidad.

Análisis

El acto impugnado en el presente proceso consiste en el artículo 16 del punto primero de la Resolución AN No. 1442-ELEC de 15 de enero de 2008, emitida por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos (ASEP), que dispone dentro de la licencia definitiva otorgada a la empresa TERMICA DEL CARIBE S.A., para la instalación, operación y explotación de una planta de generación termoeléctrica denominada El Giral Power Station, a ubicarse en el corregimiento de Buena Vista, distrito de Colón, provincia de Panamá, que: "La licenciataria podrá gravar, hipotecar, pignorar o ceder la licencia que se otorga a través de la presente Resolución, debiendo informarlo a la Autoridad Reguladora dentro de un plazo de treinta (30) días calendario, contados a partir de la fecha de haber ejercido tal derecho".

Tal como mencionamos al identificar el acto demandado en el apartado I de esta resolución, el resuelto primero de la Resolución AN No. 1442-Elec de 15 de enero de 2008, a través de la cual se le otorgó Licencia Definitiva a la empresa TERMICA DEL CARIBE S.A. fue modificado por la Resolución AN No. 7097-ELEC de 17 de febrero de 2014, estableciendo que dicha licencia sería concedida a favor de VALLEY RISE INVESTMENT CORP, sin alcanzar variar los términos y condiciones de dicha licencia.

Previo a las consideraciones de los cargos, le corresponde a la Sala atender lo preceptuado en los artículos 992 y 1032 del Código Judicial, en el sentido que para adoptar una decisión se deben tomar en cuenta cualquier hecho notoriedad judicial que inciden en la situación jurídica que debe ser examinada en el proceso. Estos artículos señalan textualmente lo siguiente:



"Artículo 992: En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo de las pretensiones objeto del proceso ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que haya sido probado oportunamente

Artículo 1032: Cuando el juez pueda resolver una petición, practicar una diligencia o tomar alguna medida resultaría incompatible con otra resolución, acuerdo o acto ya adoptado o practicado y del que tenga constancia en su despacho, o de los cuales tenga conocimiento por publicación de carácter oficial debe negar la solicitud o abstenerse de practicar la diligencia, o de realizar el acto. Al efecto hará llegar previamente al respectivo expediente el mencionado acuerdo, resolución, o acto.

La resolución correspondiente admitirá Recurso de Apelación y podrá ser revocada de oficio, dentro del término previsto en este Código. La parte afectada podrá asimismo impugnar la decisión por la vía de incidente si tuviere hechos que probar. "



De conformidad con lo anterior y lo dispuesto en el artículo 786 del Código Judicial, este Tribunal tiene conocimiento de la **Resolución AN No. 12440-ELEC de 8 de junio de 2018**, expedida por la Autoridad de los Servicios Públicos, que resolvió **cancelar la licencia definitiva otorgada a VALLEY RISE INVESTMENT CORP**, mediante Resolución AN No. 7097-Elec de 17 de febrero de 2014, y su modificación.

La cancelación de la licencia definitiva otorgada a VALLEY RISE INVESTMENT CORP, mediante Resolución AN No. 7097-Elec de 17 de febrero de 2014, surge de la modificación de la Resolución AN No. 1442-ELEC de 15 de enero de 2008, acto administrativo que contiene los términos y condiciones que quedó sujeto la licencia definitiva para la instalación, operación y explotación de una planta de generación termoeléctrica denominada El Giral Power Station.

En consecuencia jurídica de dicha cancelación, es que la resolución que concede la licencia queda sin efecto, por lo tanto, con ello, sí se extingue el objeto de la presente acción contencioso de nulidad, puesto que no es posible, examinar la legalidad del artículo 16 del punto primero de la Resolución AN No. 1442-ELEC de 15 de enero de 2008, que regula las condiciones de la misma.

Dentro de este marco jurídico, este Tribunal concluye que se extinguió el objeto que motivó la presentación de la acción contenciosa administrativa de nulidad, produciéndose así el **fenómeno jurídico conocido como sustracción de materia**.

Cabe señalar que, la doctrina ha definido la **sustracción de materia** como un medio anormal de extinción del proceso, constituido por circunstancias en que la materia justiciable sujeta a decisión deja de existir, por razones extrañas a la voluntad de las partes; no pudiendo el Tribunal emitir un pronunciamiento de mérito (acogiendo o desestimando) sobre la pretensión, no habiendo vencedor ni vencido. Con relación a la inexistencia de la pretensión y la figura de sustracción de materia, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia mediante fallo de 30 de octubre de 1998, expresó lo siguiente:

"Para resolver, resulta pertinente hacer algunas anotaciones en torno al fenómeno procesal conocido como sustracción de materia. Siguiendo al autor Jorge Peyrano, el procesalista panameño Jorge Fábrega, define la sustracción de materia como un medio de extinción de la pretensión constituido por la circunstancia de que la materia justiciable sujeta a decisión deja de ser tal, por razones extrañas a la voluntad de las partes; no pudiendo el tribunal interviniente emitir un pronunciamiento de mérito' (PEYRANO, Jorge. Citado por FABREGA, Jorge. "La sustracción de materia", en Estudios Procesales. Tomo II. Editora Jurídica Panameña. Panamá. 1990. pág. 1195)."

De igual forma, el Doctor Jorge Fábrega, ha señalado que la **jurisprudencia ha denominado "sustracción de materia", como el fenómeno mediante el cual el proceso deviene sin objeto**. Asimismo, hace alusión que el juzgador al reconocer que el proceso deviene sin objeto, en atención al principio de economía procesal, lo lógico sería que no continué con la tramitación del juicio, y ponga fin al proceso, tal y como lo establece, el artículo 72 de la Ley Federal Procesal Civil de Suiza, cuando estipula:

"

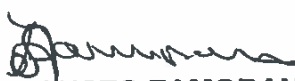


Cuando el proceso deviene sin objeto o en el cual las partes cesan de tener un interés jurídico, el tribunal, después de haber oído las partes, pero sin otro debate, declara el negocio terminado y dispone en cuanto a las costas, mediante una decisión sumariamente motivada, teniendo en cuenta el estado de cosas existentes antes del hecho que pone fin al litigio". (Veáse W J. Habscheid, Droit Judiciaire) (FÁBREGA, JORGE, El objeto litigioso, El principio de la Inmutabilidad del Proceso, Ediciones Fábrega, Panamá, 1985, páginas 81-82)

En tales circunstancias, y de acuerdo a la doctrina sistemáticamente reconocida por esta Corporación Judicial sobre las causas que producen el fenómeno de sustracción de materia, esta Sala está imposibilitada de pronunciarse sobre un asunto que, en la actualidad, carece de materia justiciable.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **DECLARA QUE SE HA PRODUCIDO EL FENÓMENO JURÍDICO DE SUSTRACCIÓN DE MATERIA** en la Demanda Contencioso Administrativa de Nulidad, presentada por los apoderados judiciales de la sociedad Petrolera Nacional S.A., para que se declare nulo, por ilegal, el artículo 16 del punto primero de la Resolución AN No. 1442-ELEC de 15 de enero de 2008, emitida por la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos (ASEP), y **ORDENA** el archivo del expediente

Notifíquese,


ABEL AUGUSTO ZAMORANO
MAGISTRADO


CECILIO CEDALISE RIQUELME
MAGISTRADO

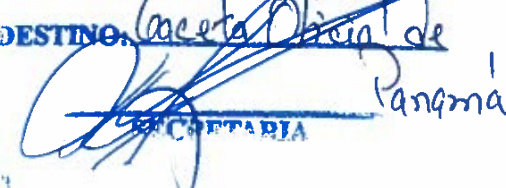

EFREN C. TELLO C.
MAGISTRADO


VEROY HERMAN
SECRETARIO ENCARGADO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA TERCERA
3 COPIA AUTÉNTICA DE SU ORIGINAL

Panamá, 6 de nov. de 2019

DESTINO: Gaceta Oficial de Panamá


SECRETARIA

Sala III de la Corte Suprema de Justicia

NOTIFIQUESE HOY 26 DE septiembre DE 2019

A LAS 9:00 a.m. DE LA mañana

A Gobernador de la Administración


Firma



34



**REPÚBLICA DE PANAMÁ
ÓRGANO JUDICIAL**

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. –PLENO- PANAMÁ, VEINTICUATRO (24)
DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL DIECINUEVE (2019).**

VISTOS:

El licenciado Rogelio Cruz Ríos, ha interpuesto ante el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, Acción de Inconstitucionalidad, en su propio nombre y representación contra el artículo 476 del Código Procesal Penal.

Acogida la Demanda y cumplidos los requisitos propios para este tipo de Procesos, entra el Pleno de la Corte Suprema de Justicia a resolver sobre la constitucionalidad de la norma.

I- HECHOS EN QUE SE FUNDA LA DEMANDA

El Activador Constitucional fundamenta su demanda de la siguiente manera:

“PRIMERO: Conforme a lo que dispone el artículo 160 de la Constitución Política, “Es función judicial de la Asamblea Nacional conocer de las acusaciones o denuncias que se presenten contra el Presidente de la República y los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, y juzgarlos, si a ello diere lugar, por actos ejecutados en el



35

ejercicio de sus funciones en perjuicio del libre funcionamiento del poder público o violatorios de la Constitución o las leyes."

SEGUNDO: El Código Procesal Penal regula, como un proceso especial, el proceso seguido al Presidente de la República en sus artículos 467 y siguientes.

TERCERO: El artículo 476 del Código Procesal Penal dispone que, concluido el proceso seguido a un Presidente de la República, "De ser encontrado culpable el imputado, se dictará la sentencia dentro de los diez días siguientes, que será firmada por el Presidente y el Secretario General de la Asamblea Nacional."

CUARTO: El procedimiento dispuesto por el Código Procesal Penal para el juzgamiento de un Presidente de la República no permite el recurso de apelación de la sentencia final, con lo cual se viola el principio de la doble instancia consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la OEA.

QUINTO: Conforme al artículo 4 de la Constitución Política, la República de Panamá acata las normas del Derecho Internacional.

SEXTO: Los artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos disponen que los Estados Partes en esta convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidas en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que está sujeta a su jurisdicción y a que si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

SÉPTIMO: La República de Panamá, como Estado Parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos no ha adoptado las disposiciones legales necesarias para hacer efectivo el derecho a la doble instancia en los procesos seguidos al Presidente de la República."



II - DISPOSICIÓN ACUSADA DE INCONSTITUCIONAL

La Acción procesal que nos ocupa plantea ante este Tribunal Constitucional, la inconstitucionalidad del artículo 476 del Código Procesal Penal.

El Artículo 476 del Código Procesal Penal, cuya inconstitucionalidad se demanda, es del tenor siguiente:

"Artículo 476: Sentencia. De ser encontrado culpable el imputado, se dictará la sentencia dentro de los diez días siguientes, que será firmada por el Presidente y el Secretario General de la Asamblea Nacional."

III- DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES QUE SE ESTIMAN INFRINGIDAS Y EL CONCEPTO DE LA INFRACCIÓN

Las normas constitucionales cuya violación aduce el postulante, son el artículo 8.2 h) de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 4 de la Constitución Política, los cuales son del tenor siguiente:

Artículo 8: Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en contra de ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

...

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

..."



Artículo 4. La República de Panamá acata las normas del Derecho Internacional.

Sostiene el Activador Constitucional que el artículo 8.2 h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra el derecho fundamental de la doble instancia en los procesos penales y de otra índole que se sigan en la jurisdicción de la República de Panamá, como Estado Parte en la Convención Americana.

Agrega el Accionante que el artículo 476 del Código Procesal Penal, acusado de inconstitucional, al no permitir el recurso de apelación ante juez o tribunal superior, infringe en concepto de violación directa, por acción, lo que dispone el artículo 8.2 h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Señala el Recurrente que el artículo 4 de la Constitución Política, reconoce que la República de Panamá acata las normas del Derecho Internacional, como lo es la Convención Americana sobre Derechos Humanos y que la Convención Americana sobre Derechos Humanos es parte del bloque de constitucionalidad, en especial, el artículo 8 según lo ha reconocido reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Igualmente, considera el Accionante que al establecer el artículo 476 del Código Procesal Penal que de ser encontrado culpable el imputado, se dictará la sentencia dentro de los diez días siguientes, que será firmada por el Presidente y el Secretario General de la Asamblea, sin derecho a recurso alguno; y al no establecer dicha norma el derecho a la doble instancia consagrado por el Derecho Internacional, se incurre en violación directa, por acción, de la norma constitucional citada.



IV- OPINIÓN DE LA PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN

El Procurador de la Administración, licenciado Rigoberto González Montenegro, al emitir concepto en relación con la presente Demanda de Inconstitucionalidad, señaló en su Vista N° 129 de cinco (5) de febrero de dos mil dieciocho (2018), que el artículo 476 del Código de Procedimiento Penal, no limita, ni prohíbe, sino que omite incluir expresamente el derecho a impugnar la decisión en los procesos especiales al Presidente de la República, por lo que considera que dicho artículo no contiene ninguna frase, palabra o texto que lo haga inconstitucional, ya que es una norma procedimental, que deviene de los artículos anteriores, en cuanto al procedimiento de los juicios penales ante la Asamblea Nacional, contra el Presidente de la República y el cual deriva del artículo 160 de la Constitución Política, por lo que advierte que lo demandado por el accionante constituye la denominada "Inconstitucionalidad por Omisión", figura que no existe en nuestro ordenamiento jurídico.

Sostiene el representante del Ministerio Público, que querer suponer que hubo omisión legislativa en cuanto a un medio de impugnación, y que la norma impugnada sea inconstitucional por eso, es aceptar la figura de la inconstitucionalidad por omisión, la cual no es demandable en nuestro ordenamiento jurídico, y que en el caso hipotético de declararse inconstitucional dicha norma, desaparecería el artículo, sin resolver de ninguna manera la inquietud del accionante.

De igual manera señaló el Procurador de la Administración, que el artículo 476 del Código de Procedimiento Penal, no prohíbe impugnar la decisión que se refiere la norma a través del Control de la



Convencionalidad, ya que el artículo atacado de inconstitucional, no establece taxativamente una prohibición para interponer algún tipo de recurso, con lo cual no se conculca las garantías judiciales establecidas en el artículo 8.2 h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 4 y 17 de la Constitución Política.

Por otro lado, expresa el Procurador que es evidente que en el Código Procesal Penal no se pueda introducir un recurso de apelación contra las sentencias de la Asamblea Nacional, ya que ese Órgano del Estado constituye un tribunal de única instancia, es decir, que nos encontramos ante el Órgano Legislativo en funciones judiciales, como máxima autoridad, tal como está previsto expresamente en el Texto Fundamental.

Finalmente, el Procurador de la Administración solicitó declarar que No Es Inconstitucional el artículo 476 de la Ley 63 de 28 de agosto de 2008, que adopta el Código Procesal Penal, ya que no infringe el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ni el artículo 4, o algún otro de la Constitución Política de la República.

V- FASE DE ALEGATOS.

Según lo dispuesto en el artículo 2564 del Código Judicial, una vez devuelto el expediente por la Procuraduría de la Administración, se fijó en lista el negocio por el término de 10 días, contados a partir de la última publicación del edicto correspondiente en un diario de circulación nacional, para que todos los interesados presentaran argumentos por escrito, oportunidad que fue utilizada por el Demandante.



En el alegato que aparece visible a fojas 28-29 del expediente, el Activador Constitucional refuta la posición del representante del Ministerio Público y reitera su posición de que se declare inconstitucional el artículo 476 del Código Procesal Penal.

VI. CONSIDERACIONES DEL PLENO

Luego de expuestos los argumentos y el alegato de la parte actora y la opinión del Ministerio Público a través de la Procuraduría de la Administración, el Pleno se aboca a considerar la pretensión que se formula en la Demanda.

En este sentido, la competencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia para conocer y resolver de las Acciones de Inconstitucionalidad encuentra sustento constitucional en lo dispuesto en el artículo 206 de la Constitución Nacional, así como en lo dispuesto en el artículo 2559 del Código Judicial, el cual permite que cualquier persona, por medio de apoderado legal, impugne ante este Máximo Tribunal Constitucional las Leyes, Decretos de Gabinete, Decretos Leyes, Decretos, Acuerdos, Resoluciones y demás Actos provenientes de una Autoridad que considere inconstitucionales y pedir, por tanto, su correspondiente declaración de inconstitucionalidad.

Sostiene el Activador Constitucional que el artículo 476 del Código Procesal Penal viola, de forma directa por acción, el artículo 4 de la Constitución Política y el artículo 8.2 h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por cuanto, en su opinión, el artículo 8.2 h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra el derecho fundamental de la "doble instancia" o "derecho a apelación" ante una instancia superior en los procesos penales, por lo que el Presidente de la República que se sigan en la jurisdicción de la



República de Panamá como Estado Parte en la Convención, y el artículo 4 de la Constitución Política reconoce que la República de Panamá acata las normas del Derecho Internacional, como lo es la Convención Americana sobre Derechos de la OEA. Señaló, además, el Accionante que *"Al establecer el artículo 476 del Código Procesal Penal que de ser encontrado culpable el imputado, se dictará la sentencia dentro de los diez días siguientes, que será firmada por el Presidente y el Secretario General de la Asamblea, sin derecho a recurso alguno; y al no establecer dicha norma el derecho a la doble instancia consagrado por el Derecho Internacional, se incurre en violación directa, por acción, de la norma constitucional citada."*

Para mayor claridad, pasamos a transcribir el artículo demandado de inconstitucional:

"Artículo 476: Sentencia. De ser encontrado culpable el imputado, se dictará la sentencia dentro de los diez días siguientes, que será firmada por el Presidente y el Secretario General de la Asamblea Nacional."

Ahora bien, al confrontar los argumentos del Accionante y el artículo que se demanda como inconstitucional, se advierte que lo planteado se fundamenta en que del artículo 476 del Código Procesal Penal se desprende el **"...no permitir el recurso de apelación ante juez o tribunal superior..."** (f.2) según se alcanza a leer en el desarrollo del concepto de la infracción del artículo 8.2 h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Luego, al desarrollar el concepto de la infracción del artículo 4 de la Constitución Política indica que se apoya en que el artículo 476 establece la sentencia contra el Presidente se puede dictar **"...sin derecho a recurso alguno; y al no establecer dicha norma el derecho a la**



doble instancia... se incurre en violación... de la norma constitucional..." (f.2).

De la lectura del memorial de demanda, entonces, se colige que, el censor estima que la inconstitucionalidad se da por el contenido del propio texto de la norma impugnada constitucionalmente pues encuentra una limitación o prohibición del "*recurso de apelación*" o del derecho a "*recurso alguno*" o el "*derecho a doble instancia*".

No obstante, se observa que la Procuraduría de la Administración, mediante su Vista No. 129 de 5 de febrero de 2018, ofrece una interpretación de la lectura de la demanda que contrasta con lo esbozado en ella; enfoque que no compartimos en su totalidad. Esto es, percibe que la demanda de inconstitucionalidad se refiere a una omisión en el texto de la norma atacada, contrario a lo expuesto por el demandante. En este sentido, nos inclinamos a que el cargo guarda relación con una comisión y no a una omisión. De hecho, así es calificado por el propio impulsador del presente debate jurídico, al desarrollar el concepto de la infracción.

En base a lo anterior, la Procuraduría de la Administración le endilga una tesis al demandante, que no es la que en realidad éste expone, y procede a plantear un contra argumento para contradecirla. A dicha tesis la califica como "inconstitucionalidad por omisión" a la cual, inmediatamente, contesta que no es posible como modalidad de declaratoria de inconstitucionalidad en Panamá. De hecho, para apoyarse, cita un aporte doctrinal nacional, a saber:

" En Panamá el control constitucional **sólo se puede dar contra una norma... ya vigente**, pero no por omisión en la función legislativa, porque es requisito que la norma exista..." (MOLINO MOLA, Edgardo. "La Jurisdicción Constitucional en Panamá". Cuarta edición)



actualizada. 2011. Página 377). (Resalta el Pleno).

A juicio del Pleno, asumiendo como bueno el enfoque con el que la Procuraduría de la Administración concibe el argumento de la demanda –esto es, que estamos en una discusión sobre omisión legislativa-, lo cierto es que tampoco compartimos la conclusión categórica y absoluta en relación a la imposibilidad de la aplicación de lo que en doctrina constitucional comparada se conoce como “inconstitucionalidad por omisión legislativa”.

En este sentido, conviene precisar sus presupuestos y sus efectos jurídicos, para luego saber si es necesario relativizar bajo análisis casuístico la considerada imposibilidad en nuestro medio.

Así pues, “la inconstitucionalidad por omisión” es una figura relativamente nueva en el mundo jurídico, impensable hace algunos años. Ha surgido de la doctrina y la jurisprudencia creativa en otros foros, que luego, en algunos países, se ha blindado a nivel de disposición constitucional. Una de las razones para no estar generalmente aceptada es por la crítica que se le hace sobre una posible intromisión del Órgano Judicial en los otros dos Órganos del Estado, en los países donde el modelo de gobierno que se usa es la República. Por ello, ciertamente, donde se ha aplicado y/o institucionalizado, ha representado el replanteamiento del concepto de división de poderes, y el rompimiento de paradigmas sobre la organización política del Estado. Poco a poco se ha tornado pacífica su aceptación, superándose la idea que no debería ser justiciable porque podría producir afectaciones a la estructura política, de separación de poderes del Estado.



Su acogida se basa en que los tres Órganos del Estado están sometidos a la Constitución Política pues en esta última descansa la intención del pueblo que viene a ser el máximo soberano del Estado. De allí que, frente a una directriz expresa de la Carta Magna, el Órgano Judicial, como guardián de la misma, actúa en su defensa sin que ello implique un desborde de sus atribuciones y una invasión en la de los otros Órganos.

Para su mejor comprensión, conviene tener presente la distinción entre "normas constitucionales de eficacia directa" de las "normas constitucionales de eficacia indirecta". Las primeras son las que tienen eficacia jurídica propia e inmediata, sin depender de otro cuerpo legal que las desarrolle o las complete. En tanto, las segundas dependen de un desarrollo o instrumentación posterior por parte del legislador para convertirlas en operativas y eficaces ("*interpositio legislatoris*"); es decir, requieren de una ley ordinaria que detalle su formación, de acuerdo al mandato expresado por el constituyente a través de una potestad reglamentaria o delegación legislativa, siendo una eficacia diferida hasta el momento en que la ley sea promulgada para permitir los plenos efectos de la norma constitucional. Justamente, son en el contexto de las normas constitucionales de eficacia indirecta o diferida en las que transcurre la configuración de la inconstitucionalidad por omisión legislativa.

La doctrina conceptualiza la inconstitucionalidad por omisión legislativa como la inobservancia total o parcial de mandatos concretos contenidos en normas constitucionales de cumplimiento obligatorio, producto de la inacción de los poderes constituidos o funcionarios públicos, dentro del plazo establecido en la Constitución.



de un tiempo razonable, que ocasiona la pérdida de eficacia normativa de la Constitución (CASTRO PATIÑO, Iván. "Definición y Elementos de la Inconstitucionalidad por Omisión, Revista Jurídica, Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Guayaquil, Ecuador, S.A., p. 74).

El Pleno exhorta a no confundir la "inconstitucionalidad por omisión legislativa" con una "laguna legal". Existe una relación de generó a especie donde la primera es la especie y la segunda es el género. Es decir, todas las inconstitucionalidades por omisión legislativa son una laguna legal, pero no todas las lagunas legales tienen como efecto una declaratoria de inconstitucionalidad bajo el concepto de omisión legislativa.

En este sentido, para tener la perspectiva correcta que nos permita distinguir cuándo estamos frente a una u otra -esto es, una laguna legal o una inconstitucionalidad por omisión legislativa- es necesario hacer un repaso de si se cumplen las siguientes condiciones o se presentan los siguientes elementos, a saber: (a) mandato de legislar; (b) omisión legislativa total o parcial; (c) transcurso de un plazo (d) ineficacia de la norma constitucional.

Así pues, en cuanto al elemento de *mandato* se refiere a la existencia de una instrucción expresa del constituyente, a través de la redacción del texto constitucional, para la expedición de normas que completen y desarrollen la disposición constitucional; encomienda que debe ser de carácter obligatorio y no una suerte de recomendación al Órgano que debe legislar. Caso contrario, dicha omisión no sería objeto de control de constitucionalidad bajo esta figura, toda vez que supondría una intromisión de un Órgano en las funciones del otro.



46

Solo con el mandato expreso de la Constitución, bajo el principio de supremacía constitucional que es de donde emerge, justamente, la estructura de poder político ejercida por los tres Órganos del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) es como se aceptaría esta acción, basado filosóficamente en una jerarquía supra institucional. Se comportaría como un "*recorderis*" o un aviso o hasta una alarma que un tribunal constitucional, como guardián de la integridad constitucional, hace por considerar que existe algún aspecto que se encuentra desnudo o vulnerable en la legislación positiva por lo que la supremacía constitucional se encuentra estéril de eficacia.

Si bien la característica o condición esencial y fundamental, que distingue esta figura del resto de lagunas o carencias legales, lo cierto es que, además, debe converger los otros tres elementos destacados anteriormente, pero que bien pueden ser el efecto o consecuencia del incumplimiento del mandato.

Habiendo puesto en su justa y adecuada perspectiva lo que debe entenderse por "Inconstitucionalidad por Omisión", resulta oportuno, ahora, referirnos al Proceso en sí, establecido en nuestro país, para juzgar al Presidente de la República.

Nuestra Constitución Política, en su artículo 160, le atribuye a la Asamblea Nacional la competencia para conocer de las acusaciones o denuncias que se presenten contra el Presidente y para juzgarlo cuando a ello haya lugar.

En ese sentido, en el artículo 146 de Constitución Política se describe a la Asamblea Nacional como una corporación cuyos miembros serán elegidos mediante postulación partidista o libre postulación, mediante votación popular directa. En tanto en el



artículo 147 establece que la Asamblea Nacional se compondrá de setenta y un (71) Diputados que resulten elegidos de conformidad con la Ley.

En desarrollo del artículo 160 de la Constitución Política, el artículo 467 del Código Procesal Penal, reitera la competencia de la Asamblea Nacional para conocer de las denuncias y querellas que se promuevan contra el Presidente de la República por actos ejecutados en el ejercicio de sus funciones en perjuicio del libre funcionamiento del poder público o violatorios de la Constitución Política o las leyes.

De acuerdo con el artículo 468 del mismo Código, las denuncias o las querellas que se interpongan contra el Presidente de la República deberán presentarse ante la Secretaría General de la Asamblea Nacional. Presentada la denuncia o querella, la Secretaría General debe pasarla al conocimiento de la Comisión de Credenciales, Reglamento, Ética Parlamentaria y Asuntos Judiciales, que es la Comisión Permanente de que habla este artículo 468, con competencia para conocer, en primer lugar, de tales denuncias, según el artículo 50 del Reglamento Orgánico del Régimen Interno de la Asamblea Nacional (RORI). En caso que la Comisión decida admitir la denuncia o querella, designará a una Subcomisión de Garantías, compuesta de tres miembros de dicha instancia legislativa para que asuma la responsabilidad de ejercer las funciones que el Código Procesal Penal le asigna al Juez de Garantías. Por último, el artículo 468 habilita a los suplentes de los Diputados que formen parte de la Subcomisión de Garantía para actúen en el Pleno de la Comisión, en la etapa de juicio oral.



El artículo 469 del Código Procesal Penal protege el derecho del Presidente de la República a contar con defensa técnica de un profesional del derecho, desde la presentación de la denuncia o la querrella y en todas las actuaciones procesales ante la Asamblea Nacional. Mediante este precepto, se brinda al denunciado o querrellado el mismo tratamiento de un imputado en el proceso penal ordinario regulado por el Código Procesal Penal, donde se concibe el derecho a la defensa como inviolable e irrenunciable. La asistencia letrada es una garantía del proceso penal prevista en el artículo 10 de dicha excerta legal, cuyo fundamento viene dado por el artículo 22 de la Constitución Política. Este derecho comprende, además, la posibilidad material que el Presidente mantenga comunicación inmediata, libre y privada, con su defensor.

Por su parte, el artículo 470 del Código Procesal Penal, faculta al Pleno de la Asamblea Nacional para la designación del Fiscal que intervendrá en la investigación de los hechos querrellados o denunciados, excluyendo de la lista de candidatos, para ser designados como Fiscal, a los miembros de la Comisión Permanente (Comisión de Credenciales). Además, esta norma impone al Fiscal el deber de procurar el equilibrio en sus actuaciones, dando igual tratamiento a la práctica de diligencias a favor o contra el imputado. Por último, también faculta al Fiscal a pedir autorización a la Subcomisión de Garantías para practicar, en casos de urgencia, pruebas anticipadas para prevenir que la demora en su acopio comprometa la eficacia del proceso penal.

Cuando el Fiscal concluya la investigación debe presentarla a la consideración de la Subcomisión de Garantías, en la forma que



49

establece el artículo 471 del Código Procesal Penal. Junto con la investigación, debe elevar solicitud de apertura a juicio (debe ser de formulación de la acusación) o de desestimación de los cargos. En este último supuesto, la Subcomisión ordenará inmediatamente el archivo de la causa penal.

En cambio, si la petición del Fiscal es de formulación de la acusación, la Subcomisión de Garantías decidirá si hay causa para remitirla al Pleno de la Comisión Permanente.

Según lo dispone el artículo 472 del Código Procesal Penal, una vez recibida la acusación, la Comisión Permanente le dará traslado al imputado, al defensor y al querellante, junto con los elementos probatorios. Una vez surtido el traslado la Comisión Permanente fijará fecha de audiencia y concederá un plazo de veinte días a las partes para la presentación de pruebas, las que se practicarán en la audiencia. Audiencia sujeta al procedimiento previsto en el artículo 345 del Código Procesal Penal.

La decisión de someter el proceso penal a juicio oral está prevista en el artículo 473 del Código Procesal Penal. Al concluir el acto de audiencia, la Comisión Permanente (Comisión de Credenciales) debe pasar a una fase de deliberación entre sus miembros para acordar si eleva a juicio oral la causa penal. Para adoptar esta decisión, será preciso el voto favorable de la mayoría absoluta de sus miembros. La decisión de apertura de juicio oral deberá pasarse entonces al Pleno de la Asamblea Nacional, con petición de que se declare en sesión judicial (artículo 152 de la Constitución Política).

Constituido el Pleno en sesión judicial para debatir el juzgamiento del Presidente de la República, el artículo 474 del Código



Procesal Penal establece las reglas especiales concernientes al tiempo que se le concede al Diputado-Fiscal para sustentar su acusación, que es hasta un máximo de una hora y en igual término lo harán el querellante y el defensor.

Otra regla especial dispuesta en este artículo para aplicar al juicio oral, es que las intervenciones de los Diputados, cuando correspondan, deberán sujetarse a las reglas generales contenidas en el Reglamento Orgánico del Régimen Interno de la Asamblea Nacional (RORI).

Lo anterior resulta supremamente revelador sobre el tipo o naturaleza del juzgamiento del Presidente el cual es de índole político y no jurídico. Por lo menos, se trata de un juzgamiento con jurados de conciencia, de 71 jurados pero que representan intereses políticos, muchas veces adversos a los del justiciable. De hecho, el título del artículo 474 del Código Procesal Penal es "Debate para juzgamiento". Es decir, los diputados reunidos en el Pleno de la Asamblea Nacional, deliberarán a través de discursos, tal cual es la dinámica para la discusión de una ley.

El artículo 475 del Código concierne al trámite de adopción de la decisión de mérito dentro del proceso realizado en la Asamblea Nacional. En este punto, se refiere a la conclusión de los alegatos de las partes y a la intervención de los Diputados, que coloca el asunto en estado de determinación por parte del Pleno acerca de la declaratoria de culpabilidad o no de la persona acusada, a través de una votación.

De acuerdo al mencionado precepto, la votación será secreta, en el sentido de que no revele la voluntad individual del Diputado, sino que exprese únicamente la voluntad colectiva del Órgano Legislativo.



La votación secreta, según el artículo 197 numeral 2 del Reglamento Orgánico del Régimen Interno de la Asamblea Nacional (RORI), se lleva a cabo mediante urna cerrada en la que los Diputados depositan su voto escrito en papeletas previamente distribuidas por la Secretaría General o también mediante procedimiento electrónico que acredite el resultado de la votación y omita la identidad de los votantes.

Para dictar sentencia condenatoria, establece también el artículo 475 del Código Procesal Penal, será necesario el voto favorable a la propuesta de las dos terceras partes (2/3) de los miembros que integran la Asamblea Nacional. Concluye estableciendo, el artículo 475, si no se logra el voto favorable de dicha mayoría especial o calificada, el Presidente será declarado no culpable o absuelto; y que, tanto el Diputado-Fiscal como los miembros de la Comisión Permanente, no podrán tomar parte de la votación final del pleno, por lo que, para este efecto, quedarán habilitados sus suplentes para ejercer el voto.

Conforme al artículo 476 del Código Procesal Penal, la Asamblea Nacional, de haber encontrado culpable al imputado, debe dictar la sentencia condenatoria dentro de un término de diez días siguientes, la cual debe ser firmada por el Presidente y el Secretario General.

De la evolución constitucional que ha tenido nuestra Carta Magna, se advierte que en las mismas se dispone que la Ley reglamentará los trámites que deban seguirse en los juicios especiales ante la Asamblea Nacional, incluyendo el de los Presidentes de la República.

En este sentido, en la Constitución de 1904, en el artículo 66, numeral 1 se establecía la competencia a la Asamblea Nacional (Poder



52

Legislativo) para que el juzgamiento al Presidente y a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Esta norma indicaba que *"...la ley señalará los trámites que deban seguirse y las penas que hayan de aplicarse"*.

Con igual delegación legal se refería el constituyente en el artículo 89, numeral 1 de la Constitución de 1941. Fórmula de redacción que se mantuvo en el artículo 120 de la Constitución de 1946. Reiteración de redacción que se encuentra en el artículo 142 de la Constitución de 1972.

Ahora bien, al haberse hecho el repaso del procedimiento que rige en la actualidad para juzgar a un Presidente en la República de Panamá, corresponde que atendamos los argumentos de la censura constitucional que ocupa nuestra atención en esta oportunidad.

Desde este momento vale destacar que no es lo mismo el derecho a la "doble instancia" y/o "apelación" que el derecho a "recurrir" o "impugnar". El Activador Constitucional se refiere en su memorial de demanda a una "doble instancia" como sinónimo de "apelación"; además, estima que el derecho a recurrir que reclama debe ser ante una "instancia superior". Sin embargo, la aplicación del artículo 8.2 h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no debe impulsar, necesariamente, que el derecho a la doble instancia debe entenderse solo como un derecho a recurrir en apelación ante una instancia superior o de mayor jerarquía. Esto es una interpretación para los juzgamientos de carácter común y ordinario pero que debe ser ajustado cuando de procesos especiales de aforaros se trata, como lo es el del Presidente de la República.



53

Lo que nos hace sentido es que en estos procesos especiales el derecho a recurrir debe ser entendido de forma horizontal y no vertical como sería el recurso de apelación. Nótese el carácter especial y con características distintas, pero no por ello discriminatorias, del juzgamiento de un Presidente de la República, con relación al resto de los justiciables, por la prerrogativa o fuero que le brinda la Constitución Política, juzgamiento que es de carácter político y no judicial. Sin soslayar que, incluso, no se le juzga ante la Asamblea Nacional por cualquier causa penal, de acuerdo al catálogo de tipicidad que se encuentran en el Código Penal, sino solo por las conductas que establece el artículo 191 de la Constitución Política, a saber: (1) Por extralimitación de sus funciones constitucionales; (2) Por actos de violencia o coacción en el curso del proceso electoral; por impedir la reunión de la Asamblea Nacional; por obstaculizar el ejercicio de las funciones de esta o de los demás organismos o autoridades públicas que establece la Constitución; (3) Por delitos contra la personalidad internacional del Estado en contra la Administración Pública.

Una interpretación de la Sentencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, en el *Caso Herrera Ulloa vs Costa Rica* en su párrafo 158 y en el *Caso Mohamed vs Argentina*, párrafo 97, en las que dicho Tribunal Internacional manifestó que el derecho a impugnar el fallo “busca proteger el derecho de defensa, en la medida en que otorga la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión adoptada en un procedimiento viciado y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona” (el subrayado es nuestro), permite concluir que reiteramos, que el derecho a recurrir una condena puede ser en forma



horizontal; sobre todo, si se toma en cuenta, que el Pleno de la Asamblea Nacional no tiene un superior jerárquico, en base a la arquitectura política constitucional de nuestro país.

Hay que recordar que a los jueces se nos exige interpretar en base a la convencionalidad por eso es que se arriba a la conclusión que todo el proceso que consta en la Constitución, en el Código Procesal Penal, y en el Reglamento de la Asamblea Nacional debe ser entendido que no puede prohibir ni limitar el derecho a recurrir la condena que tenga un Presidente de la República al ser juzgado. Es un aspecto intrínseco en este procedimiento especial porque debe ser enfocado a la luz de las normas sobre derechos humanos. Y por eso no es inconstitucional la norma en la que se ha fijado la censura. Ahora bien, el punto a reflexionar versa sobre la conveniencia de materializar una redacción normativa que lo exprese y que no quede en modo tácito. Sobre todo, porque no fluye tan fácil esta posición interpretativa; además que deberá entenderse que sería aplicable hacia futuro, para tener una referencia cronológica del momento en que se hizo el ajuste para reconciliar el derecho interno con la convencionalidad.

Consideramos sano que sí se construya una norma expresa que lo establezca. En consecuencia, bajo esta convicción y en estas circunstancias nos correspondería promoverlo, como corporación de justicia en sede constitucional, apoyados doctrinalmente en la aplicación de la figura de la "inconstitucionalidad por omisión legislativa".

Ahora bien, mientras ello ocurre, es necesario dejar sentado el criterio que el derecho a recurrir ya existe, aunque no en la norma *



55

escrita, atendiendo la debida adecuación de nuestro ordenamiento interno a los Convenios sobre Derechos Humanos. Por tal motivo, de existir en el futuro una situación de juzgamiento de un Presidente, sin que se haya podido construir la norma expresa que lo señale puntualmente, los organismos con competencia para juzgar a un Presidente deberán ajustar "ad hoc" o al caso concreto el procedimiento para garantizar el derecho a recurrir en caso de condena.

Y ese derecho, en ausencia de norma expresa, debe por lo menos consistir en un recurso de reconsideración ante el propio Pleno de la Asamblea Nacional, sin perjuicio de mejores criterios que brinden otra fórmula, tomando en cuenta que no existe en la estructura política constitucional del país un organismo del Órgano Legislativo de una jerarquía superior al Pleno de la Asamblea Nacional.

Con el razonamiento que aquí estamos incluyendo quedaría superada cualquier censura con relación a que el procedimiento debe existir con anterioridad al juzgamiento y que no puede ser aplicado al caso concreto sino a cualquier caso. Además, una adecuación ad hoc para garantizar un derecho fundamental se sostendría en que es para dar más beneficio y no para suprimírselo.

Evidentemente, este mismo tratamiento habría que brindárselo a cualquier justiciable, en calidad aforado, cuya competencia para conocer de su causa lo sea la Asamblea Nacional.

Para tener una referencia de cómo podría darse este impulso legislativo desde esta sede de juzgamiento constitucional, valdría tener en cuenta los modelos que en el derecho comparado existen, a saber:



56

1- La Denuncia

El Artículo 377 de la Constitución de 1974, de la desaparecida Yugoslavia, señalaba que cuando el órgano competente no hubiere dictado normas de ejecución de la constitución de la República Socialista Federativa de Yugoslavia, procedería informar a la Asamblea de la República.

2- La Recomendación

El Artículo 279 de la Constitución de Portugal de 1976, señalaba por su parte que, en caso de omisión legislativa el Consejo de la Revolución podría recomendar al Órgano Legislativo que dictara la norma en un tiempo razonable. Después de la reforma de 1982 de la Constitución de Portugal esta figura se modificó por la figura conocida como llamado de atención al Órgano Legislativo omiso.

3- Intimación.

El Artículo 103.2 de la Constitución de Brasil, permite declarar la inconstitucionalidad por omisión dándose conocimiento al Órgano Legislativo para que tome las medidas correspondientes. Similar figura es recogida en los Estados de Tlaxcala y Chiapas en México. Lo mismo que la Constitución de Venezuela.

4- Cobertura.

La Constitución de la Provincia de Río Negro en Argentina, permite que por la vía de acción de inconstitucionalidad se supla el vacío normativo para reparar el daño de la omisión.

5- Resarcimiento.

La vía del resarcimiento contemplada en la constitución de Río



57

Negro en Argentina, por su parte señala que en caso de omisión legislativa y negativa del Órgano competente de dictar la norma se fije un resarcimiento como indemnización al afectado.

6- Compulsión Constitucional.

A través de este mecanismo se establece que, a falta de actividad legislativa, las autoridades estatales deberán hacer cumplir las normas constitucionales y convencionales sin poder alegar falta de reglamentación como ocurre en la República de Guatemala. Según el artículo 15 de la Ley Orgánica Judicial. (Cfr. La inconstitucionalidad por omisión legislativa: análisis teórico y práctico. Sara María Fernanda Larois Hernández y Jorge Gabriel Jiménez Barillas, Universidad Francisco Marroquín, Guatemala, año 2015, pág. 27-30).

Vemos entonces, que la historia constitucional de las omisiones legislativas ha encontrado en cada país una fórmula para resolver el tema.

En el *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, párrafo 161, la Corte Interamericana determinó que *"una verdadera garantía de reconsideración del caso será aquella que se configura ante un órgano jurisdiccional superior que atienda las exigencias de competencia, imparcialidad e independencia que la Convención establece"*.

En el *caso López Mendoza vs Venezuela* (Sentencia de 1 de septiembre de 2011), la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló en su párrafo 120 lo siguiente *"el Tribunal considera que no es*



58

per se contrario a la Convención Americana que se establezca en el derecho interno de los Estados que en determinados procedimientos, ciertos actos de trámite no son objeto de impugnación”.

En el caso que ocupa nuestra atención la Constitución Política ha señalado que es el Pleno de la Asamblea Nacional quien juzga al Presidente de la República, siendo este el ente con mayor jerarquía, por tanto, no hay un superior.

La Corte Suprema de Justicia se inclina a conciliar con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que haya un derecho a impugnar o recurrir, aunque sea a nivel horizontal y no vertical.

Es importante establecer que la Corte Interamericana propugna porque los Estados adecuen su legislación para garantizar el derecho a recurrir o impugnar la condena. Estima el Pleno que, evidentemente, la posición de la Corte Interamericana es en función de la regla general y no en el caso especial de aforados, quienes tienen un tratamiento distinto, pero no discriminatorio. Por lo tanto, el ajuste debe ser en consideración a estas características particulares de procesos especiales y a partir de este momento. Se debe entender que por Panamá acatar las normas de derecho internacional, compartiendo los valores que de ellas surgen, debe adecuar su normativa interna a los derechos humanos. Por ello, se hace conveniente pasar de la interpretación de la Constitución no escrita a la aplicación de la Constitución escrita.

Cabe señalar que, en el caso *Mohamed vs Argentina*, el cual se usa frecuentemente como fundamento para enarbolar el derecho a la “doble instancia” o derecho de apelación, el contexto de ausencia de derecho a recurrir. Paradójicamente se trató de un caso



59

donde la persona fue absuelta en primera instancia y condenada en segunda instancia y esto trajo como consecuencia que la Corte Interamericana considerara la violación al artículo 8.2 h) porque el derecho a recurrir solo puede ser al condenado, pero no al absuelto. No era una situación del juzgamiento de un aforado.

Esto debemos atenderlo con precaución y prudencia porque pudiéramos estar desatendiendo el derecho a las víctimas, quienes también son sujetos del derecho de la Convencionalidad.

El ajuste debe hacerse hasta donde no haya una colisión entre las normas del Estado, con derecho soberano a crear sus propias reglas de conducta en base a cultura, antropología, sistema de gobierno etc. Sin que con ello queramos decir que se tiene que desatender los derechos humanos.

Frente a esta situación, bajo el afán de mayor claridad y transparencia para el ciudadano Presidente de la República, que no quede a la merced de interpretaciones constitucionales, sería sano que se legislara. En el caso que ocupa nuestra atención, el Procurador de la Administración estimó que esta discusión giraba en torno a una especie de Omisión Legislativa, por lo que concluyó que la norma enunciada no era inconstitucional, basado en que no es posible declarar inconstitucional lo que materialmente no existe como norma.

Desde un punto de vista lógico tiene todo sentido dicho razonamiento. Ha sido una costumbre que el Tribunal Constitucional tenga una potestad negativa en los procesos de inconstitucionalidad. Ello quiere decir que su función es eliminar o anular, como norma, acto o disposición, aquella que al confrontarla con la constitución, la colisione. Lo que explica la Procuraduría de la Administración es que



60

al declarar una inconstitucionalidad por omisión legislativa, el Tribunal Constitucional tendría una atribución positiva porque podría declarar que la constitución es violada porque no hay una norma que regule un precepto constitucional.

Es como comparar una norma constitucional que existe con una norma legal que no existe. Es como comparar el ser con la nada.

El Pleno estima que un análisis casuístico de la situación que se nos ha encomendado dilucidar en sede constitucional, hace concluir que el criterio de la Procuraduría de la Administración si bien es lógico, no es absoluto. Por lo que puede perfectamente ser matizado o relativizado.

En base a la interpretación del derecho a la Convencionalidad, los tribunales y jueces a la hora de interpretar cualquier disposición deben hacerlo acorde y en sincronía con la Convención sobre los Derechos Humanos. Es por ello que el artículo 476 del Código Procesal Penal no es inconstitucional porque al interpretarlo se debe hacer bajo el tamiz y el espíritu del artículo 8.2 h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De hecho, si se declara inconstitucional el artículo 476 sí se estaría provocando un aprieto jurídico institucional porque se dejaría en acefalia y constituiría una laguna, eliminando el término que se tiene para dictar la sentencia correspondiente.

Y es que, efectivamente, como dice el representante del Ministerio Público, si esta Corporación de Justicia incurriera en el desacierto pretendido por el Activador Constitucional, no se solucionaría nada, ya que el vacío aludido se mantendría.

Como efecto práctico veamos, que de entrar a dictar la inconstitucionalidad del artículo 476 del Código Procesal Penal, esto no



61

implica que a partir del fallo se permita el derecho a impugnar la decisión tomada en los procesos especiales contra el Presidente de la República; lo que sí ocurriría es que desaparece el artículo que establece que de ser encontrado culpable el Presidente de la República, se dictará la sentencia dentro de los diez (10) días siguientes a la audiencia, la cual será firmada por el Presidente y el Secretario General de la Asamblea Nacional, situación que sí sería contraria a lo dispuesto en nuestra Constitución Política, toda vez que por disposición del artículo 160, se le atribuye de manera expresa a la Asamblea Nacional la función judicial de *"conocer de las acusaciones o denuncias que se presenten contra el Presidente de la República..., y juzgarlos, si a ello diere lugar, por actos ejecutados en el ejercicio de sus funciones en perjuicio del libre funcionamiento del poder público o violatorios de esta Constitución o las leyes."*

Este artículo 476 del Código Procesal Penal debe ser interpretado en concordancia con el artículo 475 del mismo Código, el cual establece una cantidad calificada de votos de la Asamblea Nacional para condenar (dos terceras 2/3 partes). Por ello, en todo caso, lo conveniente sería legislar para introducir de una manera clara y prístina cuál sería el método para que, en el juzgamiento del Presidente de la República, éste tuviese garantizado su derecho a recurrir frente a una posible condena.

Insistimos, el artículo 476 no contiene una disposición que sea contraria a la Constitución. En todo caso, el procedimiento, visto de forma integral, que guarda relación con el juzgamiento por causas penales descritas en el Constitución Política para el Presidente de la República no incluye una norma expresa o escrita que diga que dicho



62

derecho se tiene en caso de condena y en qué consiste. Sin embargo, de acuerdo a la interpretación conforme al Derecho a la Convencionalidad, debe comprenderse que sí se tiene.

Ahora bien, este mismo tratamiento, en base al principio y derecho de igualdad, debe ser entendido, aplicado y legislado para cualquier otro aforado cuya competencia para ser juzgado también lo sea la Asamblea Nacional.

Si bien el Pleno de la Corte Suprema de Justicia tiene iniciativa legislativa, tal como lo establece el artículo 165 numeral C de la Constitución Política, para la expedición y reformas de los Códigos Nacionales y como quiera que el artículo 476 del Código Procesal Penal, está dentro de un Código de la República de Panamá, lo cierto es que, es más sano que la construcción de esta legislación deba hacerse en el escenario natural que asegure la mayor participación. Y ese lugar lo es el Órgano Legislativo.

Con fundamento en las anteriores consideraciones estima el Pleno de la Corte Suprema de Justicia que en el presente caso, el artículo 476 del Código Procesal Penal no es contrario al artículo 4 de la Constitución Nacional, ni al artículo 8.2 h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; razón por la cual, procederemos a declarar que no se ha producido la transgresión constitucional endilgada.

No obstante, para alcanzar el objetivo de adecuación de la norma escrita con la Convención, es que pudiera ser útil la Inconstitucionalidad por Omisión, que no implica un pronunciamiento en cuanto a declarar que algo es o no inconstitucional, toda vez que se necesitaría la existencia de una norma contraria a la Constitución y al



63

no existir una redacción de dicha norma, no se puede declarar la inconstitucionalidad de la misma. La Inconstitucionalidad por Omisión Legislativa se refiere a la ausencia de una regulación necesaria para completar de blindar determinado derecho; por tanto, esta inconstitucionalidad tiene como efecto identificar dicha ausencia y promover a los Órganos del Estados a que ejerzan una dinámica conforme a sus facultades para llenar dicha ausencia de redacción legislativa.

Se debe expedir un acto legislativo que reconcilie a la Convención Americana, extienda la garantía de la doble instancia o derecho a recurrir de los aforados cuya competencia de juzgamiento lo sea la Asamblea Nacional, con cuidado a no deformar la estructura política constitucional del Estado panameño.

De igual manera cabe señalar que este tema sería apropiado que se atendiera en una eventual reforma constitucional. Es un debate que tiene que hacer el país como soberano que crea su propia norma de comportamiento.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Pleno, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **DECLARA QUE NO ES INCONSTITUCIONAL** el artículo 476 del Código Procesal Penal demandado por el Licenciado Rogelio Cruz Ríos en su propio nombre y representación.

NOTIFÍQUESE,


OLMEDO ARROCHA OSORIO
Magistrado




JOSÉ E. AYÚ PRADO CANALS
Magistrado


CECILIO CEDALISE RIQUELME
Magistrado


HERNÁN A. DE LEÓN BATISTA
Magistrado


HARRY A. DÍAZ
Magistrado


LUIS RAMÓN FÁBREGA S.
Magistrado


JERÓNIMO E. MEJÍA E.
Magistrado


ANGELA RUSSO DE CEDEÑO
Magistrada

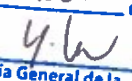

ABEL AUGUSTO ZAMORANO
Magistrado


YANIXSA Y. YUEN
Secretaría General

Arg. -
Exp. 643-17

SECRETARÍA GENERAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
En Panamá a los 22 días del mes de noviembre
de 20 19 a las 2:12 p.m. de la tarde
Notifico al Procurador de la Resolución anterior.

Firma del Notificado

LO ANTERIOR ES FIEL COPIA
DE SU ORIGINAL
Panamá 12 de NOV de 20 19

Secretaría General de la
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
Licda. YANIXSA Y. YUEN C.
Secretaría General
Corte Suprema de Justicia



FE DE ERRATA

ASAMBLEA NACIONAL

PARA CORREGIR ERROR INVOLUNTARIO EN LA PUBLICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN NO. 105 DE 4 DE DICIEMBRE DE 2019, DE LA ASAMBLEA NACIONAL. PUBLICADA EN LA GACETA OFICIAL DIGITAL NO. 28915-B DE 5 DE DICIEMBRE DE 2019.

Resolución N°105 de 4 de diciembre de 2019, la parte resolutive

Donde dice:

1. Aprobar el nombramiento de Juan Francisco Castillo Canto como magistrado suplente de la Corte Suprema de Justicia, en la Sala Segunda de lo Penal, por el mismo periodo de la principal, efectuado por el Consejo de Gabinete mediante Resolución de Gabinete N°130 de 25 de noviembre de 2019;

Debe decir:

1. **Aprobar el nombramiento de Juan Francisco Castillo Canto como magistrado suplente de la Corte Suprema de Justicia, en la Sala Segunda de lo Penal, por el resto del periodo de la principal María Eugenia López Arias, efectuado por el Consejo de Gabinete mediante Resolución de Gabinete N°130 de 25 de noviembre de 2019.**