



GACETA OFICIAL

DIGITAL

Año CV

Panamá, R. de Panamá lunes 03 de agosto de 2009

Nº
26337-A

CONTENIDO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Fallo Nº S/N

(De jueves 14 de junio de 2007)

"DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE NULIDAD, INTERPUESTA POR EL LIC. CARLOS E. CARRILLO G., EN REPRESENTACION DE MIGUEL BUSH RIOS, PARA QUE SE DECLARE NULO, POR ILEGAL, EL CONTRATO DE CONCESION DE SALVAMENTO Nº 231 DE 25 DE JULIO DE 2003, SUSCRITO ENTRE EL MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS Y LA SOCIEDAD INVESTIGACIONES MARINAS DEL ISTMO, S.A."

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Fallo Nº S/N

(De lunes 15 de octubre de 2007)

"DEMANDA CONTENCIOSA-ADMINISTRATIVA DE NULIDAD INTERPUESTA POR LA FIRMA FORENSE PATTON, MORENO & ASVAT, EN REPRESENTACIÓN DE LA SOCIEDAD LUNA BRILLANTE, S.A., PARA QUE SE DECLARE NULA, POR ILEGAL, LA RESOLUCIÓN No. 160 DE 22 DE OCTUBRE DE 2004, EXPEDIDA POR EL MINISTRO DE ECONOMÍA Y FINANZAS"

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Fallo Nº S/N

(De jueves 27 de diciembre de 2007)

"DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE NULIDAD, INTERPUESTA POR LA LCDA. GISSETTE MUÑOZ, ACTUANDO EN SU PROPIO NOMBRE Y REPRESENTACIÓN, PARA QUE SE DECLARE NULO POR ILEGAL, EL ARTÍCULO 34 DEL DECRETO EJECUTIVO Nº 106 DE 26 DE DICIEMBRE DE 1995, PUBLICADO EN LA GACETA OFICIAL Nº 22,847 DE 14 DE AGOSTO DE 1996"

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Fallo Nº S/N

(De viernes 28 de septiembre de 2007)

"DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE NULIDAD, INTERPUESTA POR LA LICENCIADA MICHELLE ROBLES EN REPRESENTACIÓN DE PANAMERICANA DE SEGUROS, S.A., PARA QUE SE DECLARE NULA, POR ILEGAL, LA RESOLUCIÓN Nº 0290 DEL 9 DE AGOSTO DE 2004, EMITIDA POR LA SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS Y REASEGUROS DEL MINISTERIO DE COMERCIO E INDUSTRIAS"

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Fallo Nº S/N

(De jueves 8 de febrero de 2007)

"DEMANDA CONTENCIOSA- ADMINISTRATIVA DE NULIDAD, INTERPUESTA POR EL LCDO. OLDEMAR GONZALEZ L., EN REPRESENTACION DE LEONARDO AGUSTIN GUERRA AVILES, PARA QUE SE DECLARE NULO EL ACUERDO MUNICIPAL Nº15 DE 20 DE ENERO DE 1999, EMITIDO POR EL CONSEJO MUNICIPAL DEL DISTRITO DE CHANGUINOLA"

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Fallo Nº S/N

(De viernes 21 de septiembre de 2007)

"DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE NULIDAD, INTERPUESTA POR EL LICDO. SANTANDER TRISTÁN DONOSO, ACTUANDO EN SU PROPIO NOMBRE Y REPRESENTACION, PARA QUE SE DECLARE NULO, POR ILEGAL, EL ACUERDO Nº7 DEL 15 DE SEPTIEMBRE DE 2004, EMITIDO POR EL CONSEJO MUNICIPAL DE SANTA FE, PROVINCIA DE VERAGUAS"

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Fallo N° S/N

(De miércoles 31 de octubre de 2007)

"DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE NULIDAD INTERPUESTA POR EL BUFETE BENNETT, ACTUANDO EN NOMBRE Y REPRESENTACION DE PEDRO ANTONIO LOPEZ GONZALEZ PARA QUE SE DECLAREN NULOS, POR ILEGALES, LOS NUMERALES 10 Y 12 DEL ARTICULO SEGUNDO, LOS NUMERALES 10 Y 12 DEL ARTICULO TERCERO Y EL ARTICULO CUARTO DEL DECRETO N°378 DE 24 DE FEBRERO DE 2005, EMITIDO POR EL ALCALDE MUNICIPAL DEL DISTRITO DE PANAMA".

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Fallo N° S/N

(De lunes 26 de enero de 2009)

“QUE DECLARA QUE ES INCONSTITUCIONAL LA FRASE "...POR EL ÓRGANO EJECUTIVO,POR CONDUCTO DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y TESORO,QUE REGLAMENTARÁ LA MATERIA",CONTENIDA EN EL ÚLTIMO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 99 DE LA LEY 56 DE 27 DE DICIEMBRE DE 1995, MODIFICADO POR EL ARTÍCULO 13 DEL DECRETO LEY NO.07 DE 2 DE JULIO DE 1997".

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Fallo N° S/N

(De lunes 30 de junio de 2008)

"DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADA POR EL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION JOSE A. SOSSA, CONTRA LOS DECRETOS EJECUTIVOS 318 DE 26 DE AGOSTO DE 2004, 317 DE 25 DE AGOSTO DE 2004 Y 321 DE 30 DE AGOSTO DE 2004 EXPEDIDOS POR MIREYA MOSCOSO COMO PRESIDENTA DE LA REPUBLICA".

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA TERCERA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.-

Panamá, catorce (14) de junio de dos mil siete (2007).

VISTOS:

El Licenciado Carlos E. Carrillo G., actuando en representación de **MIGUEL BUSH RIOS**, presentó ante la Sala Tercera de la Corte Suprema, demanda contencioso-administrativa de nulidad para que se declare nulo, por ilegal, el Contrato de Concesión de Salvamento N°231 de 25 de julio de 2003 suscrito entre el Ministro de Economía y Finanzas y la Sociedad Investigaciones Marinas del Istmo, S.A.

Importa destacar, que esta demanda se encontraba originalmente acumulada a otra demanda contencioso-administrativa de nulidad ensayada por la licenciada YIRA CASASOLA contra el mismo acto administrativo, misma que eventualmente fue desistida por la demandante, con lo cual sólo subsiste la acción promovida por el licenciado MIGUEL BUSH RIOS.

I. EL ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO

Mediante el acto impugnado, el Ministro de Economía y Finanzas celebró el Contrato de **Concesión de Salvamento N°231** con la empresa Investigaciones Marinas del Istmo, S.A., a fin de que ésta ejecute *las operaciones necesarias para el salvamento o rescate de los bienes localizados en los sitios especificados dentro las aguas territoriales de la República de Panamá*, según lo establecido en *Decreto de Gabinete N°364 de 26 de noviembre de 1969, modificado por el Decreto de Gabinete N°397 de 17 de diciembre de 1970, la Ley 14 de 5 de mayo de 1982, y el Contrato de Concesión de Exploración N°231, suscrito entre las partes arriba mencionadas.*

Esta concesión le otorgó derecho exclusivo a la contratista de realizar toda clase de estudios en los sitios especificados en el contrato, y salvar o rescatar los bienes localizados, ya sean tesoros, dinero o metales, piedras preciosas, embarcaciones hundidas (incluyendo la carga que se encontrare en su interior), o cualquier otro objeto de valor que se encuentre en las áreas concedidas.

En caso de bienes nacionales (barcos hundidos y su carga, **siempre que no fuesen tesoros**), que la Dirección Nacional de Patrimonio Histórico determine que requieren la aplicación de técnicas arqueológicas subacuáticas *por tratarse de bienes del patrimonio cultural subacuático o por estar ubicados en sitios arqueológicos subacuáticos*, se establece que **"para la concesión de los permisos correspondientes se seguirán los trámites establecidos en los artículos 3, 9 y 12 de la Ley 14 de 5 de mayo de 1982, en concordancia con el artículo 4to. Del Decreto de Gabinete N°364 de 26 de noviembre**

de 1969, modificado por el artículo 1ro. del Decreto de Gabinete N°397 de 17 de diciembre de 1970" (Ver fojas 5-6 de la G.O. N°24,958 de 30 de diciembre de 2003).

En esos casos, se suscribiría el respectivo Contrato de Concesión con el INAC, que debería ser ratificado con el Ministerio de Economía y Finanzas.

Asimismo se estableció que de los bienes que el Contratista lograra rescatar **pagaría al Estado el 35% de su valor comercial neto mediante avalúo**, pactándose otros procedimientos para los casos de los tesoros rescatados, que se determinaran tienen un valor histórico.

II. FUNDAMENTO DE LA DEMANDA.

Conforme arguye el demandante, el Contrato de Concesión de Salvamento N°231 infringe las siguientes normas legales: los artículos 2, 3 y 4 de la Ley 58 de 2003; el artículo 1110 del Código Civil, y los artículos 2 y 27 de la Ley 14 de 1982.

Las normas en comento preceptúan básicamente lo siguiente:

"A. Ley 58 de 2003.

Artículo 2. El artículo 9 de la Ley 14 de 1982 queda así:

Artículo 9. Las solicitudes para la obtención del permiso señalado en el artículo anterior deben presentarse personalmente o por representante debidamente autorizado y reconocido por las autoridades nacionales competentes, ante la Dirección Nacional del Patrimonio Histórico. Dicho permiso, en el caso de las investigaciones, excavaciones y rescates arqueológicos a que se refiere el artículo anterior, podrá otorgarse a las universidades, institutos y museos existentes en el territorio nacional, instituciones científicas y empresas particulares, nacionales o extranjeras, cuya competencia científica y técnica se halle debidamente establecida.

Artículo 3. El artículo 12 de la Ley 14 de 1982 queda así:

Artículo 12. Los permisos se otorgarán a través de contratos firmados por el Director del Instituto Nacional de Cultura y los concesionarios.

Los trabajos arqueológicos que se efectúen en virtud de este permiso serán supervisados por funcionarios especializados de la Dirección Nacional del Patrimonio Histórico.

El Instituto Nacional de Cultura deberá contar con el concepto favorable del Ministerio de Economía y Finanzas para el otorgamiento del referido permiso.

Los honorarios de los inspectores de la Dirección Nacional del Patrimonio Histórico serán cubiertos por el contratista.

El contrato deberá ser refrendado por la Contraloría General de la República.

Artículo 4. El artículo 28 de la Ley 14 de 1982 queda así:

Artículo 28. Ningún particular, agencia o persona está autorizado para realizar investigación o excavación de sitios arqueológicos; no obstante, podrá realizar investigaciones con autorización expresa de la Dirección Nacional del Patrimonio Histórico.

Los infractores sufrirán el decomiso del material de que se trate y serán sancionados con multa de Mil Balboas (B/.1,000.00) a Cincuenta Mil Balboas (B/.50,000.00) por la Dirección Nacional del Patrimonio Histórico, con arreglo a las normas de procedimiento general. La multa se impondrá de acuerdo con el valor del objeto y los daños causados en los sitios arqueológicos.

B. Ley 14 de 1982.

Artículo 2. Son atribuciones de la Dirección Nacional de Patrimonio Histórico:

a)

.....

d)mantener bajo vigilancia los objetos muebles que hacen parte del patrimonio histórico nacional y aplicar las disposiciones que fueren necesarias para prevenir e impedir su salida ilegal del país.

Artículo 27. Las colecciones o piezas arqueológicas nacionales deben permanecer en el país, solo el INAC podrá autorizar su exportación temporal, por razones culturales o científicas y tomará las medidas necesarias que aseguren su retorno a la República.

Esta disposición se refiere, tanto a las colecciones y piezas de propiedad estatal, cuanto a las que se encontraren en manos de particulares. En el caso de transferencia de la posesión de objetos arqueológicos, el INAC tendrá primera opción para su adquisición y todas las operaciones deberán serle comunicadas por escrito y previamente.

A partir de la vigencia de la presente Ley todos los objetos arqueológicos que fueren encontrados serán de propiedad exclusiva del ESTADO y no podrán estar en manos privadas.

C. Código Civil.

Artículo 1110. Ninguno puede contratar a nombre de otro sin estar por éste autorizado o sin que tenga por ley su representación legal.

El contrato celebrado a nombre de otro por quien no tenga su autorización o representación legal será nulo, a no ser que lo ratifique la persona a cuyo nombre se otorgue antes de ser revocado por la otra parte contratante".

III. ARGUMENTOS QUE SUSTENTAN LOS CARGOS DE ILEGALIDAD:

La parte actora sustenta la violación de las normas legales antes enunciadas, argumentando en lo medular lo siguiente:

- Que los **permisos previos para efectuar rescates arqueológicos deben ser solicitados y expedidos por la Dirección Nacional de Patrimonio Histórico**, a tenor de lo que establece la Ley 58 de 2003, mientras que en el caso del Contrato de Salvamento, no existió permiso ni autorización previa por parte de dicha Dirección, pues *todo el trámite se surtió ante el Ministro de Economía y Finanzas, sin que la Dirección de Patrimonio Histórico interviniese* (art. 2 de la Ley 58 de 2003).
- Que los **contratos de rescate arqueológico deben ser firmados por el Director del Instituto Nacional de Cultura** y los concesionarios, mientras que en este caso, el Contrato de Salvamento *fue suscrito por el Ministro de Economía y Finanzas* (art. 3 Ley 58 de 2003).
- Que para la **realización de investigaciones o excavaciones en sitios arqueológicos se requiere autorización expresa de la Dirección Nacional de Patrimonio Histórico**, y en este caso, las autorizaciones y el contrato de salvamento proviene del *Ministro de Economía y Finanzas* (art. 4 Ley 58 de 2003).
- Que el contrato de salvamento *no obliga al concesionario a notificar al Estado, ni a la Dirección de Patrimonio Histórico, de la localización de tesoros dentro de embarcaciones hundidas, pese a que la vigilancia de los objetos muebles que hacen parte del patrimonio histórico nacional le compete directamente a dicha Dirección* (art. 2 Ley 14 de 1982).
- Que **ningún objeto arqueológico que fuere encontrado podrá estar en manos privadas, por ser propiedad exclusiva del Estado**, mientras que el Contrato impugnado *permite que el tercero concesionario se apropie de bienes que son patrimonio del Estado, desde el momento en que se le permite venderle al Estado los bienes (tesoros, dineros, metales etc.), encontrados* (art. 27 de la Ley 14 de 1982).

En atención a estos argumentos, la parte actora solicita la declaratoria de ilegalidad del Contrato de Concesión de Salvamento N°231, por estimar que infringe claramente el ordenamiento legal.

IV. INFORME DE ACTUACIÓN DEL FUNCIONARIO ACUSADO.

De la demanda instaurada se corrió traslado al Ministro de Economía y Finanzas, para que rindiese un informe explicativo de actuación, lo que se materializó a través de la Nota N°501-01-4467 DCBP de 13 de diciembre de 2004.

En dicho informe, la autoridad básicamente realiza una relación cronológica de los hechos vinculados a este caso, indicando que el 26 de junio de 2003, el entonces Ministro de Economía y Finanzas suscribió con la empresa Investigaciones Marinas del Istmo, el Contrato N°231 de Concesión de Exploración y el Permiso de Reconocimiento Superficial en las aguas territoriales panameñas, con el fin de localizar objetos, embarcaciones y tesoros hundidos o abandonados.

Añade que con posterioridad, el 25 de julio de 2003, las mismas partes antes mencionadas suscriben el Contrato de Concesión de Salvamento N°231 (acto impugnado), para ejecutar las operaciones necesarias para el salvamento o rescate de los bienes localizados en sitios específicos en las aguas territoriales panameñas.

Destaca que ambos contratos esgrimieron como fundamento legal, los **Decretos de Gabinete N°346 de 1969 y 397 de 1970, textos legales que fueron modificados por la Ley 58 de 2003**, subrayando que si bien es cierto, la *modificación legal ocurre con posterioridad a la celebración del contrato, dicho contrato no había sido aún publicado en la Gaceta Oficial, hecho que tuvo lugar el 30 de diciembre de 2003.*

V. OPINIÓN DE LA PROCURADORA DE LA ADMINISTRACIÓN.

El Procurador de la Administración emitió concepto con relación a la impugnación presentada, mediante Vista Fiscal N°130 de 4 de mayo de 2005, **en la que solicitó al Tribunal que acceda a la declaratoria de ilegalidad del Contrato de Concesión de Salvamento N°231.**

En el sentido apuntado, el agente colaborador de la instancia analiza los cargos de ilegalidad, destacando por una parte, **que las normas que sirvieron de fundamento jurídico al Contrato de Concesión de Salvamento N°231 de 2003, fueron derogadas por la Ley 58 de 2003**, antes de que el contrato cumpliera el requisito para su vigencia, cual era su publicación en la Gaceta Oficial, por lo que los derechos y obligaciones derivados del mismo carecen de validez jurídica, por infringir el artículo 1110 del Código Civil.

De manera final añade, que el hecho de que el Contrato de Salvamento excluya a los "tesoros" de los bienes que obligatoriamente deben ser notificados al Estado y a la Dirección Nacional de Patrimonio Histórico, infringe el artículo 2 numeral d y el artículo 27 de la Ley 14 de 1982, al impedir que el Estado mantenga vigilancia sobre los objetos muebles que hacen parte del patrimonio histórico nacional, por ser propiedad exclusiva del Estado.

VI. POSICIÓN DEL TERCERO INTERESADO: INVESTIGACIONES MARINAS DEL ISTMO.

La empresa INVESTIGACIONES MARINAS DEL ISTMO, S.A., se opuso a la demanda presentada, destacando entre otros puntos lo siguiente:

En primer término, recalca que la relación entre dicha empresa, y las instituciones del Estado encargadas de velar por el patrimonio y la cultura (como INAC), era de vieja data, pues existían *convenios culturales* entre INVESTIGACIONES MARINAS DEL ISTMO y el Instituto Nacional de Cultura.

Asimismo subraya, que los Contratos de Exploración y Salvamento a que se contrae el proceso de marras, **fueron negociados y suscritos antes de la vigencia de la Ley 58 de 2003**, razón por la cual, se rigen por las normas vigentes al momento de su celebración, mismas que permitían al Ministro de Economía y Finanzas, celebrar dichos contratos, enfatizando que la nueva ley no puede tener efectos retroactivos.

En ese sentido destaca, que el propio Contrato de Salvamento N°231, estableció en su Cláusula Vigésimo Novena, que para su validez se requería la firma y autorización del Estado, de la firma del contratista y del refrendo de la Contraloría General de la República, sin que se contemplara que la publicación en la Gaceta Oficial, era condición para que el contrato fuese válido. De allí, que como esos actos se cumplieron y el contrato se firmó el 25 de julio de 2003, antes de la vigencia de la Ley 58 de 2003, no son atendibles los cargos de ilegalidad invocados en la demanda.

Puntualiza, que la posición jurisdiccional de la Sala Tercera ha sido que la falta de publicidad de un acto de autoridad, mediante su publicación en la Gaceta Oficial, no invalida, ni hace que el acto devenga inexistente, sino que más bien afecta su eficacia, y marca el punto de partida para que el acto surta efectos.

Por todo lo anterior, concluye que el Contrato impugnado no puede violar la normativa invocada en la demanda, pues dichas normas no le son aplicables a la contratación entre la empresa INVESTIGACIONES MARINAS DEL ISTMO y el ESTADO, reiterando que dicho contrato cumplió cabalmente con las normas legales vigentes al momento de su celebración, razón por la cual, solicita que se declare que el acto acusado no está viciado de nulidad.

VII. DECISIÓN DE LA SALA TERCERA.

Una vez atendidos los argumentos de las partes, y analizados los elementos incorporados al expediente, esta Superioridad procede a desatar la litis, de la siguiente manera:

En el negocio de marras se desprende, que el señor Ministro de Economía y Finanzas suscribió con el Presidente y Representante Legal de la Sociedad Investigaciones Marinas del Istmo, S.A., el **Contrato de Concesión de Salvamento N°231 de 25 de julio de 2003**. El objeto del contrato contemplada fundamentalmente las siguientes actividades, y bajo las siguientes condiciones:

- Ejecutar las operaciones necesarias para el salvamento o rescate de los bienes localizados en los sitios especificados dentro de las aguas territoriales de la República de Panamá, *según lo establecido en el Decreto de Gabinete N°364 de 26 de noviembre de 1969, modificado por el Decreto de Gabinete N°397 de 17 de diciembre de 1970, la Ley 14 de 5 de mayo de 1982, y el Contrato de Concesión de Exploración N°231*, suscrito entre las partes arriba mencionadas.
- Se otorgó derecho **exclusivo a la contratista** INVESTIGACIONES MARINAS DEL ISTMO, S.A., *de realizar toda clase de estudios en los sitios especificados en el contrato, y salvar o rescatar los bienes localizados, ya sean tesoros, dinero o metales, piedras preciosas, embarcaciones hundidas (incluyendo la carga que se encontrare en su interior), objetos flotantes en general, o cualquier otro objeto de valor que se encuentre en las áreas concedidas.*
- En caso de que se localizaran hundidas barcasas, embarcaciones o equipo flotante en general, incluyendo **la carga que se encontrare dentro de las embarcaciones, siempre y cuando no fuesen tesoros**, el contratista debía notificarlo al Estado, para que éste lo notificara a la Dirección de Patrimonio Histórico del INAC, en vías de que dicho ente se pronunciara sobre el valor histórico de los bienes.
- En caso de que la Dirección Nacional de Patrimonio Histórico determinase que el rescate o salvamento de las embarcaciones hundidas y su carga (que no fueran tesoros), requería la aplicación de técnicas arqueológicas subacuáticas *por tratarse de bienes del patrimonio cultural subacuático o por estar ubicados en sitios arqueológicos subacuáticos*, se estableció que **"para la concesión de los permisos correspondientes se seguirán los trámites establecidos en los artículos 3, 9 y 12 de la Ley 14 de 5 de mayo de 1982, en concordancia con el artículo 4to.**

del Decreto de Gabinete N°364 de 26 de noviembre de 1969, modificado por el artículo 1ro. del Decreto de Gabinete N°397 de 17 de diciembre de 1970" (ver fojas 5-6 de la G.O. N°24,958 de 30 de diciembre de 2003).

- Los contratos de concesión a que se refiere el acápite anterior, serían suscritos por el INAC y el contratista, y ratificados por el Ministro de Economía y Finanzas.
- Se estableció que de los bienes que el Contratista lograra rescatar **pagaría al Estado el 35% de su valor comercial neto mediante avalúo.**
- En caso que fuesen **tesoros, se pagaría al contratista el mismo porcentaje**, pero el rescate de los mismos sería notificado a la Dirección de Patrimonio Histórico, y si ésta determinaba que se trataba de tesoros con valor histórico que debía retenerse para el Museo Nacional, **el Estado tendría la opción de pagar al contratista el 50% del valor comercial neto; que el contratista le pagara al Estado el 50% del valor comercial neto mediante avalúo, o que se llegara a un acuerdo equitativo de la división de bienes o repartición de ganancias entre ambas partes.** La decisión sobre la opción a seguir debería tomarla el Estado.

Como viene expuesto, el punto medular a que se contrae este proceso, dice relación con la determinación de sí el Contrato de Concesión de Salvamento N°231, suscrito por el Ministro de Economía y Finanzas con la empresa Investigaciones Marinas del Istmo, S.A., infringe los artículos 2, 3 y 4 de la Ley 58 de 2003; el artículo 1110 del Código Civil y los artículos 2, literal d, y 27 de la Ley 14 de 1982.

Estas normas se dicen conculcadas en virtud de lo siguiente:

- a) Porque los **permisos previos para efectuar rescates arqueológicos deben ser solicitados y expedidos por la Dirección Nacional de Patrimonio Histórico**, a tenor de lo que establece la Ley 58 de 2003, mientras que en el caso del Contrato de Salvamento, no existió permiso ni autorización previa por parte de dicha Dirección, pues *todo el trámite se surtió ante el Ministro de Economía y Finanzas, sin que la Dirección de Patrimonio Histórico interviniese* (infracción del artículo 2 de la Ley 58 de 2003).
- b) Porque los **contratos de rescate arqueológico deben ser firmados por el Director del Instituto Nacional de Cultura** y los concesionarios, mientras que en este caso, el Contrato de Salvamento *fue suscrito por el Ministro de Economía y Finanzas* (infracción del artículo 3 Ley 58 de 2003 y del artículo 1110 del Código Civil).
- c) Porque para la **realización de investigaciones o excavaciones en sitios arqueológicos se requiere autorización expresa de la Dirección Nacional de Patrimonio Histórico**, y en este caso, las autorizaciones y el contrato de salvamento proviene del *Ministro de Economía y Finanzas* (infracción del artículo 4 Ley 58 de 2003).
- d) Porque el Contrato de Concesión de Salvamento *no obliga al concesionario a notificar al Estado, ni a la Dirección de Patrimonio Histórico, de la localización de tesoros dentro de embarcaciones hundidas, pese a que la vigilancia de los objetos muebles que hacen parte del patrimonio histórico nacional le compete directamente a dicha Dirección* (infracción del artículo 2 Ley 14 de 1982).
- e) **Porque ningún objeto arqueológico que fuere encontrado podrá estar en manos privadas, por ser propiedad exclusiva del Estado**, mientras que el Contrato impugnado *permite que el tercero concesionario se apropie de bienes que son patrimonio del Estado, desde el momento en que se le permite venderle al Estado los bienes (tesoros, dineros, metales etc.), encontrados* (infracción del artículo 27 Ley 14 de 1982).

Como punto de partida conviene señalar, que la **Ley 14 de 1982**, dicta medidas sobre custodia, conservación y administración del Patrimonio Histórico de la Nación, y que esta Ley sufrió una importante modificación a través de la **Ley 58 de 7 de agosto de 2003**, publicada en la Gaceta Oficial N°24,864 de 12 de agosto de 2003, norma cuyos artículos, 2, 3 y 4 se alegan como infringidos.

No obstante, el Contrato de Concesión N° 231, que se impugna mediante esta acción, fue suscrito el **25 de julio de 2003**, y publicado en la Gaceta Oficial N°24,958 de 30 de diciembre de 2003, y cumplió con todos los trámites para su validez (firma y autorización del Estado, firma del contratista, y refrendo de la Contraloría General de la República, tal cómo lo establece la cláusula vigésima novena del Contrato), en una fecha anterior a la entrada en vigencia de la **Ley 58 de 7 de agosto de 2003**, que apareció publicada en la **Gaceta Oficial N°24,864 de 12 de agosto de 2003**.

Cabe advertir que la publicación del Contrato de Concesiones en la Gaceta Oficial es, como lo reconoce el propio contrato en la cláusula vigésima primera, un parámetro para conocer a partir de cuándo el mismo comenzará a ejecutarse. Algo muy distinto es que el mismo contrato disponga claramente la distinción entre la etapa de validez y la fase de ejecución.

En este sentido, la Ley 58 de 7 de agosto de 2003 no puede ser aplicada con efectos retroactivos con el propósito de privar de efectos legales a un contrato público, como lo es el N°231, ya que esta ley carece de los atributos exigidos en la Constitución para asignarle efectos retroactivos en relación con actos jurídicos cumplidos antes de su entrada en vigencia.

Es decir, que los actos y trámites necesarios para la celebración válida del referido contrato de salvamento surgieron a la vida jurídica al amparo de un ámbito normativo que en ese momento no se encontraba afectado por la Ley 58 de 7 de agosto de 2003, sencillamente porque esa Ley no se encontraba en vigencia.

La circunstancia de que la Ley 58 de 2003 haya dispuesto alguna modificación respecto de la autoridad competente para el tema específico de los tesoros arqueológicos que pudieren ser hallados en la expedición, no es vinculante por la sencilla razón que dicha Ley ha entrado en vigor en una etapa muy posterior y no puede pretenderse que ella invalide las

actuaciones jurídicas pre-existentes, por lo que no se estima vulnerado el artículo 1110 del Código Civil.

Por consiguiente, las violaciones alegadas contra los artículos 2, 3 y 4 de la Ley 58 de 2003, no prosperan por no ser aplicables al Contrato de Concesión N° 231; lo contrario implica asignarle un inadmisibles carácter retroactivo a esta Ley para que afecte actuaciones consolidadas antes de su entrada en vigencia lo cual supone crear una inconveniente y peligrosa inestabilidad en los actos celebrados por el Estado en cumplimiento del ordenamiento que regía a la sazón.

Por otro lado, el contrato de concesiones plantea claramente que si durante los trabajos de salvamento se encuentran bienes o piezas arqueológicas que pertenecen a la Nación, el concesionario tiene la obligación, una vez lo ubica, de informar a la Dirección de Patrimonio Histórico para lo correspondiente. En el caso específico de los tesoros, esta obligación de informar está contemplada en la cláusula quinta del contrato, que establece que *"el rescate de los mismos deberá ser notificada a la Dirección Nacional de Patrimonio Histórico del Instituto Nacional de Cultura (INAC)"*. Ante estas circunstancias, el cargo de infracción al artículo 2 de la Ley 14 de 1982 no ha sido probado.

No obstante lo anotado, la mencionada cláusula quinta del contrato de concesiones que nos ocupa, permite, en el caso de que se determine que los tesoros tienen un valor histórico y que el Estado deba retenerlos para destinarlos al Museo Nacional, la opción al contratista de pagarle al Estado el 50% del valor comercial neto mediante avalúo o la opción de que se llegue a un convenio equitativo de división de bienes o repartición de ganancias entre **el Estado y el contratista**.

Lo anterior supone que se permite al contratista la apropiación privada de objetos arqueológicos que sean encontrados, ya que establece la opción de que el contratista le pague al Estado por los tesoros que se han determinado que tienen valor histórico, en contradicción con lo dispuesto en el último párrafo del artículo 27 de la Ley 14 de 1982, que establece que a partir de la vigencia de esa ley, *"...todos los objetos arqueológicos que fueren encontrados serán de propiedad exclusiva del ESTADO y no podrán estar en manos privadas"*.

Es importante resaltar que para que el objeto o tesoro sea considerado como objetos arqueológicos se requiere de un pronunciamiento del Instituto Nacional de Cultura sobre el valor histórico del mismo, a través de la Dirección de Patrimonio Histórico, entidad que le corresponde por disposición del artículo primero de la Ley 14 de 1982 el reconocimiento, estudio, custodia, conservación y enriquecimiento del Patrimonio Histórico.

Esta situación, hace que el contrato, en su cláusula quinta tenga vicios de ilegalidad en alguna de sus frases, sin embargo dicha anulación no afecta el objeto principal del contrato, lo cual es el salvamento.

En atención a lo anterior, conforme al principio de conservación de los actos, no es dable en este negocio jurídico declarar la nulidad total del contrato. Este principio se encuentra consagrado en el artículo 66 de la Ley 56 de 1995, legislación de contratación pública vigente al momento en que se realiza el contrato, y dispone lo siguiente:

"Artículo 66. Nulidad de los contratos

Son causales de nulidad absoluta de los contratos públicos:

1. Los celebrados por personas inhabilitadas para contratar en los casos determinados por la ley.
2. Los celebrados por servidores públicos que carezcan de competencia absoluta para contratar por la ley.
3. La nulidad de las adjudicaciones decretada por la vía jurisdiccional.

La nulidad de alguna o algunas de las cláusulas no invalidará el resto del contrato, salvo cuando no pudiese ser ejecutado sin las cláusulas anuladas.

Se aplicarán a los contratos públicos, además, las disposiciones pertinentes del Código Civil en materia de nulidad contractual." (el subrayado es nuestro)

De igual forma, este principio se mantiene en la nueva ley de Contrataciones Públicas, Ley 22 del 2006, en su artículo 123, cuyo tenor es el siguiente:

"Artículo 123. Nulidad absoluta de los contratos. Son causales de nulidad absoluta de los contratos públicos:

1. Que se celebren por personas inhabilitadas para contratar en los casos determinados por esta Ley.
2. Que se celebren por servidores públicos que carezcan de competencia absoluta para contratar.
3. Que sean violatorios a la Constitución Política o la ley o cuyo contenido sea imposible o constitutivo de delitos, o que se celebren con prescindencia absoluta del procedimiento legalmente establecido.
4. Que la nulidad de la adjudicación sea decretada por vía jurisdiccional.

La nulidad de alguna o algunas cláusulas no invalidará el resto del contrato, salvo cuando no pudiera ser ejecutado sin las cláusulas anuladas.

Se aplicarán a los contratos públicos, además, las disposiciones pertinentes del Código Civil en materia de nulidad contractual." (el subrayado es nuestro)

Por consiguiente, lo procedente es declarar nula las frases de la cláusula quinta del contrato que están viciadas de ilegalidad y dictaminar cómo debe quedar la misma, luego de anularse los puntos que la hacen ilegal, en cumplimiento de la función de guardiana de la legalidad que ejerce la Sala Tercera de esta alta Corporación, a quien según lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 206 de la Constitución Política la Corte Suprema de Justicia dentro de la jurisdicción contencioso-administrativa, le da la facultad de "...estatuir nuevas disposiciones en reemplazo de las impugnadas...".

En consecuencia, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, hace los siguientes pronunciamientos:

1. **DECLARA QUE ES PARCIALMENTE NULA, POR ILEGAL**, la frase "*que **EL CONTRATISTA** le pague a **EL ESTADO** el 50% del valor comercial neto mediante avalúo de dichos bienes; o que se llegue a un convenio equitativo de división de bienes o repartición de ganancias entre **EL ESTADO** y **EL CONTRATISTA***" contenida en cláusula quinta del Contrato de Concesión de Salvamento N°231 de 25 de julio de 2003, suscrito entre el Ministerio de Economía y Finanzas y la Sociedad INVESTIGACIONES MARINAS DEL ISTMO, S.A.;
2. Como consecuencia de la anterior declaración la Cláusula Quinta del referido Contrato de Concesión de Salvamento quedará así:

"QUINTA: De los bienes que **EL CONTRATISTA** logre rescatar pagará a **EL ESTADO** el 35%de su valor comercial neto mediante avalúo.

En el caso específico de los tesoros- ya sea dinero o metales y piedras preciosas- rescatados **EL CONTRATISTA** pagará a **EL ESTADO** el 35% de su valor comercial neto mediante avalúo, no obstante, el rescate de los mismos será notificado a la Dirección Nacional del Patrimonio Histórico del Instituto Nacional de Cultura (INAC), y si se determinara que dichos tesoros son de un valor histórico que **EL ESTADO** debe retener para destinar al Museo Nacional, **EL ESTADO**, pagará a **EL CONTRATISTA** el 50 % del valor comercial neto mediante avalúo de dichos bienes.

La evaluación de los bienes rescatados será realizada por una Comisión compuesta por tres (3) expertos de reconocida reputación profesional en la materia, uno de ellos designados por **EL ESTADO**, otro por **EL CONTRATISTA**, y un tercero seleccionado por acuerdo entre las Partes, quienes determinarán el valor real de los bienes extraídos del fondo del mar, tomando en cuanto su valor comercial, para los efectos de encontrar un acuerdo satisfactorio para las partes.

Una vez instalada la Comisión Evaluadora, mediante la respectiva acta, ésta tendrá hasta tres (3) meses para emitir su informe o dictamen contentivo del avalúo de los bienes mencionados.

EL CONTRATISTA y **EL ESTADO** pagarán cada uno los emolumentos de sus peritos evaluadores y demás gastos en que incurran los miembros de la Comisión Evaluadora designados por ellos, en ejercicio de sus funciones; y los emolumentos del tercero seleccionado por acuerdo entre las Partes, serán pagados en partes iguales entre **EL CONTRATISTA** y **EL ESTADO**."

3. **ORDENA EL LEVANTAMIENTO** de la medida cautelar impuesta consistente en la suspensión provisional de los efectos del acto recurrido decretada mediante Auto de veintidós (22) de septiembre de dos mil cuatro (2004).

NOTIFÍQUESE Y PUBLÍQUESE EN LA GACETA OFICIAL

HIPÓLITO GILL SUAZO

VICTOR L. BENAVIDES

WINSTON SPADAFORA F.

(CON SALVAMENTO DE VOTO).

JANINA SMALL

SECRETARIA

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

WINSTON SPADAFORA

Respetuosamente, debo manifestar que no comparto la decisión adoptada por mis colegas de la Sala en este contraproyecto, y mantengo el criterio expresado en el proyecto que originalmente sometí a la consideración de la Sala, en calidad de ponente, en el sentido que debe declararse ilegal la totalidad del Contrato de Concesión de Salvamento No. 231

fechado 25 de julio de 2003, suscrito entre el Ministerio de Economía y Finanzas y la Sociedad **INVESTIGACIONES MARINAS DEL ISTMO S.A.**

En ese contexto, debo reiterar que a mi juicio, se han producido las violaciones legales invocadas en la demanda, siendo que el Contrato de Concesión de Salvamento No. 231, fue suscrito con sustento en normas que **se encontraban derogadas al momento de su entrada en vigencia, y por una autoridad que carecía de competencia para ello**, a tenor del nuevo ordenamiento legal. Ello, en adición al hecho de que permite la **apropiación privada de objetos arqueológicos que sean encontrados**, pese a que a tenor de la Ley 14 de 1982, todos los objetos arqueológicos que se encuentren serán de propiedad exclusiva del Estado y no podrán estar en manos privadas.

En efecto, según se desprende de autos, el Contrato de Concesión de Salvamento No. 231 está fechado 25 de julio de 2003. La cláusula Vigésima Novena del mismo contrato establece, que para la validez del contrato se requería la firma y autorización del Estado; la firma del contratista, y del refrendo de la Contraloría General de la República.

No existe constancia en autos, de la fecha en que se lograron las referidas firmas, **pero sí consta que el Contrato fue publicado en la Gaceta Oficial No. 24,958 del martes 30 de diciembre de 2003.**

Esta fecha resulta de orden fundamental, puesto que la **Cláusula Vigésima Primera** del mismo Contrato de Salvamento No. 231 estableció, **que la entrada en vigencia del contrato, sería a partir de su publicación en la Gaceta Oficial**, hecho como ha quedado expuesto, no ocurrió el 25 de julio de 2003 (que aparece como la fecha de firma del contrato), sino el 30 de diciembre de 2003.

Al 30 de diciembre de 2003, **se había producido una modificación sustancial en el orden normativo panameño, en relación con las medidas de conservación y administración del Patrimonio Histórico de la Nación**, toda vez que mediante la **Ley No. 58 de 7 de agosto de 2003**, publicada en la Gaceta Oficial No. 24,864 de 12 de agosto de 2003, *se modifican aspectos sustanciales de la ley 14 de 1982, a la vez que se derogaron los artículos 2,3,4 y 9 del Decreto de Gabinete No.364 de 26 de noviembre de 1969, modificado por el Decreto de Gabinete 397 de 17 de diciembre de 1970. Estos tres últimos instrumentos legales, constituyeron la base y fundamento legal de la actuación del Ministro de Economía y Finanzas al suscribir el Contrato de Concesión de Salvamento No. 231.*

De allí que, aún cuando la fecha oficial del Contrato de Salvamento No. 231, fuese 25 de julio de 2003, lo cierto es que antes de su vigencia oficial, que sólo quedaría consolidada por la publicación en la Gaceta Oficial, como lo estableció el mismo contrato en su Cláusula Vigésima Primera, se produjo un cambio normativo que tenía la virtud de asignarle **competencias claras a la Dirección de Patrimonio Histórico del Instituto Nacional de Cultura (INAC), y a este último como entidad autónoma, para otorgar los permisos para efectuar investigaciones, excavaciones y rescates arqueológicos, permisos que se otorgarían a través de contratos firmados por el Director del Instituto Nacional de Cultura y los concesionarios, y no por el Ministerio de Economía y Finanzas.** (Cfr. Arts. 2 y 3 de la ley 58 de 2003).

Así lo percibió la Sala, desde la presentación de la primera demanda de nulidad instaurada por la licenciada YIRA CASASOLA contra el Contrato de Concesión de Salvamento, pues al dictar auto de suspensión provisional de los efectos del contrato impugnado, mediante resolución de 22 de septiembre de 2004, el Tribunal ya adelantaba los siguientes criterios preliminares:

"Estas normas contemplan además, **que corresponde a la Dirección Nacional de Patrimonio Histórico** otorgar los permisos para los rescates arqueológicos subacuáticos y que los mismos **se concederán a través de contratos que firmará el Instituto Nacional de Cultura** con los concesionarios; situación que según autos, no se cumplió a través del Contrato impugnado, mismo que fue suscrito por el Ministro de Economía y Finanzas con la empresa concesionaria.

De lo anterior, se desprende prima facie, una violación ostensible al ordenamiento jurídico, en la medida que la autoridad pública suscriptora del Contrato de Salvamento impugnado, aparentemente carecía de competencia para realizar el acto contractual."

En ese orden de ideas, y aún cuando el análisis de la Sala en aquel momento era preliminar y no de fondo, en la etapa decisoria en que nos encontramos se puede apreciar que el Contrato de Salvamento No. 231 (que no había entrado en vigencia al momento de expedirse la **Ley 58 de 2003**), infringe los artículos 2, 3 y 4 de esta última, desde el momento en que era ante la Dirección de Patrimonio Histórico que debía presentarse la solicitud del permiso para efectuar investigaciones, excavaciones y rescates arqueológicos, y los permisos se otorgarían a través de contratos firmados por el Director del Instituto Nacional de Cultura, con el concepto favorable del Ministerio de Economía y Finanzas.

Según consta en la documentación que fue admitida como prueba en el proceso, ni la Dirección Nacional de Patrimonio Histórico, ni el INAC otorgaron permisos o concesiones a INVESTIGACIONES MARINAS DEL ISTMO S.A. para realizar concreta y específicamente, las actividades a que se contrae el Contrato No. 231. Por ello, resulta irrelevante la existencia de una relación previa entre la empresa INVESTIGACIONES MARINAS DEL ISTMO y el Instituto Nacional de Cultura, a través de convenios culturales, cuyos propósitos eran distintos a los enmarcados concretamente en el Contrato de Concesión de Salvamento No. 231.

En el negocio sub-júdice, es claro que el Contrato de Salvamento, fue suscrito directamente por el Ministro de Economía y Finanzas, lo que colisiona con lo previsto en los artículos 2, 3 y 4 de la Ley 58 de 2003, normas que se encontraban en plena vigencia, al momento en que el Contrato de Concesión de Salvamento No. 231 comenzó a surtir sus efectos legales.

El tercero interesado en el proceso, la sociedad INVESTIGACIONES MARINAS DEL ISTMO S.A., ha señalado, que en este caso no tendría aplicación la Ley 58 de 2003, toda vez que el Contrato de Concesión de Salvamento fue firmado antes de la entrada en vigencia de dicha excerta legal. Es evidente entonces, que el argumento del demandante en el fondo, gira en torno a la interpretación sobre el alcance del artículo 32 del Código Civil, que forma parte del Título Preliminar, Capítulo III, que trata sobre la "Interpretación y Aplicación de la ley en el tiempo" habida cuenta de que a juicio del demandante la ley que rige el Contrato No. 231 y sus efectos, eran las normas vigentes al momento de la firma del contrato.

El suscrito hubiese podido coincidir con tal planteamiento, si el Contrato de Concesión de Salvamento No. 231 no fuese un contrato de naturaleza administrativa, que además había incluido entre su propio clausulado, que el contrato tendría vigencia, esto es, efectos para las partes y para terceros, a partir de la publicación en la Gaceta Oficial, hecho que aconteció cuando ya se encontraba en vigencia la ley 58 de 2003.

Lo anterior cobra mayor sentido, desde el momento en que el mismo contrato contempla una serie de trámites, procedimientos y gestiones que debían cumplirse y surtir sus efectos ante diversas instancias del Estado, a partir de su vigencia, y ello tuvo lugar, bajo el imperio de la Ley 58 de 2003.

El segundo aspecto fundamental de este proceso, dice relación con el objeto del contrato, y de las obligaciones contraídas por las partes, siendo que dichos compromisos en ningún momento pueden contravenir los textos legales.

Dentro de este contexto, considero que el Contrato de Concesión de Salvamento infringió los artículos 2 y 27 de la Ley 14 de 1982, que establecen claramente la obligación de custodia por parte de la Dirección Nacional de Patrimonio Histórico, de los bienes que hacen parte del patrimonio histórico nacional, y de las colecciones o piezas arqueológicas nacionales, estableciéndose que las mismas deben permanecer en el país; que sólo el INAC podrá autorizar su salida temporal por razones culturales o científicas, asegurando además su posterior retorno a la República; **y que todos los objetos arqueológicos que fueran encontrados serán propiedad exclusiva del Estado y no podrán estar en manos privadas.**

El texto citado, contrasta notoriamente con el clausulado del Contrato de Concesión de Salvamento No. 231, que permite al contratista mantener la propiedad de los bienes, principalmente en el caso de tesoros, pagando al Estado el 35% de su valor comercial neto mediante avalúo. Incluso en los casos en que los **tesoros sean de valor histórico**, el contratista mantiene la opción de pagarle al Estado el 50% del valor comercial neto mediante avalúo de los bienes; de que el Estado le pague el 50% del valor comercial neto de los bienes, o de que haya un reparto equitativo de los mismos entre Estado y contratista.

Siendo que el artículo 27 de la Ley 14 de 1982 señala explícitamente que los objetos arqueológicos que se encuentren **serán propiedad exclusiva del Estado**, resulta palmaria la violación de dicha previsión legal, por parte del Contrato de Salvamento No. 231, que permite la apropiación de dichos bienes, por parte del contratista.

Es de añadir, que los artículos 2 y 27 de la Ley 14 de 1982, se encontraban vigentes al momento de la firma del contrato, y permanecieron inalterables con la ley 58 de 2003, de lo que se extrae que, aún si en gracia de discusión hubiese aceptado que las reformas de la Ley 58 de 2003, no eran aplicables a su contrato, no existe duda que la ley 14 de 1982 estaba vigente durante la firma del mismo (incluso se cita como fundamento legal del contrato), y se ha mantenido en vigente en lo que respecta a los artículos 2 y 27 antes comentados.

De ello se sigue, que la violación de las normas en cita, conlleva irremisiblemente la nulidad de la totalidad del contrato impugnado, y así debió declararlo este Tribunal.

Lamentablemente, como esta no ha sido la posición adoptada por mayoría, de la manera más enfática y respetuosa,

SALVO MI VOTO.

Fecha ut supra.

MAGDO. WINSTON SPADAFORA

JANINA SMALL

SECRETARIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA TERCERA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

Panamá, quince (15) de octubre de dos mil siete (2007)

VISTOS:

La firma forense Patton, Moreno & Asvat, en representación de la sociedad **LUNA BRILLANTE, S. A.**, interpuso demanda contenciosa-administrativa de plena jurisdicción para que se declare nula la Resolución No. 160 de 22 de octubre de 2004 y el acto confirmatorio, expedidos por el Ministro de Economía y Finanzas (en adelante MEF).

Por medio del acto demandado, el MEF negó a la sociedad LUNA BRILLANTE, S. A. una concesión sobre un terreno baldío (ribera y fondo de mar), ubicado en la Avenida Balboa, para la construcción de una rampa de acceso vial al Centro Turístico Internacional Multicentro. Además, ordenó la remoción del relleno en el término de treinta días y la devolución del área ocupada al estado en que estaba, o de lo contrario se le impondría una multa de cinco veces el valor del área ocupada (fs. 1-2).

LAS NORMAS VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE LA INFRACCIÓN

● Numeral 2 del artículo 1 de la Ley 35 de 1963:

La parte pertinente de esta norma autoriza al Órgano Ejecutivo para celebrar contratos administrativos con personas naturales o jurídicas, para la construcción, instalación o establecimiento de "Balnearios, rampas, piscinas, cooperativas y otras obras destinadas a fines deportivos o de atracción turística, con excepción de concesiones para instalaciones portuarias y marítimas..."

De acuerdo con la actora, esta norma se infringió porque el MEF negó la petición tras considerar que la obra no es de orden público o interés social, perdiendo de vista que su génesis no es otra que la construcción de una obra de atracción turística (rampa) que la norma permite. Al respecto, menciona una serie de documentos a través de los cuales pretende acreditar el carácter turístico de la obra.

● Artículo 1-A de la Ley 35 de 1963:

Esta disposición sanciona la ocupación y utilización de playas, riberas y fondos del mar sin la autorización expresa del MEF o de la Autoridad Marítima Nacional. De igual modo, establece que se podrá ordenar la demolición de las obras realizadas en los bienes antes expresados, restaurándose a su condición original, o arrendarlos a sus ocupantes, según convenga a los intereses públicos.

Según la apoderada de la actora, el MEF violó esta norma porque estableció un plazo para la demolición de la obra, que la disposición legal no consagra. Además, mal puede ordenarse la demolición del relleno, si su petición de concesión está encaminada precisamente a que se le otorgue en concesión un globo de terreno existente con anterioridad a su petición, el cual no estaba siendo utilizado por LUNA BRILLANTE, S. A.

● Penúltimo párrafo del artículo 1 de la Ley 35 de 1963:

Esta norma autoriza al Órgano Ejecutivo para celebrar contratos con personas naturales o jurídicas para la ocupación de playas para uso especial, cuando se trate de construcción, instalación o establecimiento de obras tales como balnearios, rampas, piscinas, cooperativas y otras obras destinadas a fines deportivos, de atracción turística, con excepción de aquellas instalaciones que compete concesionar a la Autoridad Marítima Nacional. La parte de la norma que la actora dice violada establece que el MEF, al tramitar las solicitudes de concesión, de acuerdo con su naturaleza, consultará y coordinará con la ANAM o con otras entidades públicas.

En el concepto de la infracción se aduce que el MEF dictó el acto impugnado basado en una presunta potestad discrecional, sin consultar a la ANAM, al IPAT ni a ninguna otra entidad relacionada con la concesión. No obstante ello y de haberse obtenido el visto bueno de éstas y otras entidades públicas como el MOP, el MIVI y la Autoridad Marítima Nacional, el MEF negó la petición argumentando un inexistente poder discrecional no amparado en ninguna disposición legal.

● Artículo 34 del Decreto Ejecutivo 205 de 298 de diciembre de 2000:

Señala la actora que mediante el citado Decreto se aprobó el Plan de desarrollo urbano de las áreas metropolitanas del Pacífico y del Atlántico. Aduce que el artículo 34 ibídem derogó todas las disposiciones legales y reglamentarias contrarias a lo establecido en dicho Decreto, entre ellas, **la Resolución No. 124-94 de 18 de agosto 1994**, por la cual se declara como zona restringida el área del litoral en el inicio de la Avenida de Los Poetas, incluyendo el Casco Viejo, hasta la desembocadura del Río Abajo. En síntesis, la violación se dio porque el MEF empleó como fundamento de su decisión la Resolución No. 124-94, que se estima derogada.

● Artículo 34 de la Ley 38 de 2000:

Esta norma alude a los principios en que deben basarse las actuaciones administrativas de las entidades públicas, entre ellos, el debido proceso. Según la apoderada judicial de la actora, las infracciones descritas en los cargos anteriores representan a su vez una violación del debido proceso, como también lo constituye el hecho de que en el expediente administrativo no conste la totalidad de los folios que lo componen, como es el caso de las Resoluciones No. 205 y 206 de 29 de octubre de 2003, a través de las cuales el MEF negó las oposiciones a la concesión. Pero además, se violó ese derecho fundamental porque en la Resolución No. 188 de 30 de noviembre de 2004 (acto confirmatorio), el MEF ordenó el archivo del expediente, no obstante, que en ese mismo acto confirma la imposición de sanciones a LUNA BRILLANTE, S. A. y dispone remitir la actuación a la Dirección de Catastro y Bienes Patrimoniales para los fines pertinentes. Por razones similares, se infringieron los artículos 47 y 69 de la Ley 38 de 2000.

● **Artículo 3 de la Ley 8 de 14 de junio de 1994:**

Esta norma declara al **turismo** como una industria de utilidad pública y de interés nacional. Según la actora, el MEF violó esta norma por ignorancia inexcusable al sostener que la rampa de acceso al Multicentro no constituye una obra de orden público e interés social, pese a que la finalidad turística de ésta obra fue corroborada mediante acto motivado por el IPAT.

Cabe anotar, que el entonces Ministro de Economía y Finanzas rindió su informe explicativo de conducta mediante Nota No. 101-01-1479-DMEF de 21 de abril de 2005 (fs. 131-137), mientras que el Procurador de la Administración contestó la demanda mediante Vista No. 484 de 22 de diciembre de 2005, en la que pide a la Sala que niegue las pretensiones de la demanda (fs. 138-154).

DECISIÓN DE LA SALA TERCERA

Después de examinar las constancias procesales, esta Superioridad considera que no existen elementos de juicio que permitan concluir que la resolución atacada es ilegal.

En tal sentido, lo primero que cabe expresar es que la Ley 35 de 1963 ciertamente autoriza al MEF a celebrar contratos para la construcción, instalación o establecimiento de una diversidad de obras destinadas al **turismo**, como balnearios, rampas, piscinas, cooperativas y otras obras destinadas a fines deportivos o de atracción turística. En cambio, cuando se trata de obras relacionadas con **instalaciones portuarias y marítimas**, la potestad para otorgar las concesiones corresponde a la AMP. Obviamente, el otorgamiento de tales concesiones está sujeto al cumplimiento de una serie de condiciones o requisitos previos por parte del interesado, normalmente regulados en leyes y reglamentos.

En el caso bajo estudio, la concesión solicitada por LUNA BRILLANTE, S. A. tenía como propósito la construcción de una rampa de acceso vial al Centro Turístico Internacional conocido como Multicentro. Conforme se infiere del contenido de los actos impugnados, la negativa del MEF de otorgar aquella concesión obedeció a dos consideraciones esenciales: por un lado, **las restricciones contenidas en la Resolución No. 124-94 de 18 de agosto de 1994**, a través de la cual el Ministerio de Vivienda declaró como zona restringida el área que va desde el inicio de la Avenida de Los Poetas, incluyendo el Casco Viejo, hasta la desembocadura del Río Abajo, prohibiendo las construcciones que obstruyan la vista hacia la Bahía de Panamá. Por otra parte, consideró el MEF que la obra a construir no era de orden público o interés social (ver fs. 1-2).

Conforme se colige de los autos, la apoderada judicial de LUNA BRILLANTE, S. A. cuestiona la vigencia de la Resolución No. 124-94 de 18 de agosto de 1994 y por ende, la existencia de la restricción que este acto supuestamente establece, al punto de expresar entre los cargos de ilegalidad que "*Dicha Resolución y su subsiguiente restricción se mantendría vigente, según la Resolución 5-94 de 11 de julio de 1994 expedida por el Ministerio de Vivienda, hasta tanto se concluyera y adoptara el Plan Metropolitano*".

No obstante esas afirmaciones de la parte actora, la realidad que emerge de las constancias procesales permite colegir que ni en el expediente principal ni en los dos antecedentes que lo acompañan reposa copia autenticada de las Resoluciones No. 124-94 de 18 de agosto de 1994 y No. 5-94 de 11 de julio de 1994. Como resulta lógico, al no haber aportado la actora copia autenticada de estos actos, mal puede la Sala dilucidar si éstas fueron efectivamente derogadas por el artículo 34 del Decreto Ejecutivo 205 de 28 de diciembre de 2000 (citado como violado en la demanda), que no especifica qué normas quedan sin efectos, ya que emplea una fórmula derogatoria genérica en virtud de la cual se derogan "todas las disposiciones legales y reglamentarias contrarias a lo establecido en el presente Decreto."

Es importante agregar, que la carga de la prueba respecto de la inexistencia de las restricciones que sirvieron de base al MEF para negar la concesión, correspondía exclusivamente a la parte actora. Con mayor razón debió ser así, si consideramos los argumentos que sobre el mismo punto expusieron el MEF y el Procurador de la Administración, los que a juicio de la Sala, controvierten razonablemente la comentada tesis de la parte actora. Así, en la Vista No. 484 de 22 de diciembre de 2005 el Procurador de la Administración, manifestó lo siguiente:

"Sobre la supuesta infracción del artículo 34 del Decreto Ejecutivo 205 de 28 de diciembre de 2000, debemos señalar que dicho Decreto define, en su artículo 3, numeral 1, como "áreas especiales", aquellas "zonas que requieren de estudios más detallados para asegurar que el carácter y la función del desarrollo futuro, sean compatibles con el resto del área del Plan Metropolitano." Al tenor del artículo 13, "el litoral", que abarca las "... fronteras litorales de las ciudades de Panamá y Colón, los lagos y el Canal", está calificado como un área especial. Conforme a esta norma, **las áreas especiales**

ameritan un tratamiento por separado dentro del Plan de desarrollo urbano local metropolitano y dispondrán de planes y normas especiales.

En el mismo sentido, la Resolución No. 188 de 30 de noviembre de 2004, por medio de la cual se confirma el acto original, dice lo siguiente:

"Que es cierto que en la Resolución recurrida se cita parte de lo señalado en la Resolución No. 124-94 de 18 de agosto de 1994, expedida por el Ministerio de Vivienda... no es menos cierto que no compartimos la opinión vertida en la Nota DMV-470-2003 expedida por el Ministerio de Vivienda, porque según el artículo 34 del Decreto Ejecutivo N0. 205 de 28 de diciembre de 2000, solamente se derogan las "disposiciones legales y reglamentarias contrarias a lo establecido en el presente Decreto Ejecutivo." Que toda vez que **lo establecido en la Resolución No. 124-94 no va en contra de lo estipulado en dicha excerta, mal podría alegarse la derogatoria de la misma**, como tampoco puede alegarse la temporalidad de dicha resolución, toda vez que en la misma no se expresa esa intención, como se quiere alegar."

Desde la perspectiva planteada, la Sala es del criterio que la Resolución No. 160 de 22 de octubre de 2004 no viola el artículo 1, numeral 2, de la Ley 35 de 1963, pues, se aprecia a primera vista que el MEF negó la concesión válidamente fundado en una restricción impuesta a través de una norma reglamentaria dictada por el Ministerio de Vivienda, **cuya derogatoria no ha logrado demostrar la parte actora**. Por iguales motivos, se descarta la violación del artículo 34 del Decreto Ejecutivo No. 205 de 28 de diciembre de 2000.

Lo anterior lleva a la Sala a desvirtuar también los cargos de violación del artículo 1-A, así como del penúltimo párrafo del artículo 1 de la misma excerta legal y del artículo 3 de la Ley 8 de 14 de junio de 1994, pues, independientemente de las apreciaciones que el acto atacado hace sobre la naturaleza de la rampa de acceso al Multicentro, o de que el otorgamiento de la concesión opere o no en base a una facultad discrecional del MEF (aspectos que resulta innecesario dilucidar), la realidad procesal demuestra que la negativa de la concesión sí tuvo sustento jurídico en normas vigentes, especialmente, en la Resolución 124-94 de 18 de agosto de 1994, tantas veces mencionada.

Otro de los extremos cuestionados por la apoderada judicial de la actora guarda relación con el otorgamiento de un plazo de 30 días para la remoción del relleno que ésta había empezado a realizar. En este punto, la Sala tampoco concuerda con el criterio de la demandante, pues, precisamente por el hecho de no contener el artículo 1-A de la Ley 35 de 1963 un plazo para llevar a cabo la demolición de la obra (en este caso la **remoción**), el MEF se vio precisado a fijar un plazo prudencial a fin de que pudiese cumplirse lo prescrito en esa norma. Admitir la errónea tesis de la demandante, conduciría a consecuencias irrazonables y contrarias al texto y espíritu del precepto citado, pues, se dejaría al libre albedrío de quien ha ocupado ilegalmente un bien del Estado, la decisión del momento en que ha de remover las obras, con lo cual, muy probablemente, se extendería de forma indefinida el período de ocupación que el artículo 1-A de la Ley 35 de 1963 pretende evitar. Por estos motivos, se desestima la infracción de esta norma.

Finalmente, no advierte la Sala infracción alguna al debido proceso, en primer lugar, porque contrario a lo expresado por la actora, consta de la foja 25 a 30 del antecedente, que el MEF giró los oficios pertinentes para consultar a distintas entidades públicas relacionadas con el proyecto, siendo contestados dichos oficios por la ANAM (ver f. 38), el MIVI (f. 39, 60, 61), el IDAAN (f. 42), el IPAT (fs. 53-53), la AMP (f. 57) y al MOP (f. 58).

En segundo lugar, el hecho de que no se incluyeran en el expediente administrativo las dos resoluciones mediante las cuales se decidieron la oposiciones a la concesión, si bien constituye una irregularidad procesal censurable, no configura una violación al debido proceso en la medida en que el MEF ponderó la existencia y contenido de estas resoluciones en el momento de emitir su decisión, según se aprecia en el tercer considerando del acto impugnado, en el que se expresa que tales oposiciones fueron debidamente resueltas de acuerdo con los procedimientos legales (ver f. 1).

Por último, no explica la demandante en qué medida se violó el debido proceso por razón de lo resuelto en el punto segundo de la Resolución No. 188 de 30 de noviembre de 2004 (acto confirmatorio). En todo caso, la expedición de este acto conlleva el agotamiento de la vía gubernativa, siendo obvio entonces que una vez cumplido el trámite de notificación de este acto y hechas anotaciones correspondientes, el expediente debía ser archivado en la Dirección de Catastro y Bienes Patrimoniales.

Para concluir, es pertinente recordar que conforme ha indicado la jurisprudencia de esta Sala, el derecho constitucional al debido proceso sólo se infringe "cuando se desconocen o pretermiten trámites esenciales del proceso que, efectivamente, conlleven a la indefensión de los derechos de cualesquiera de las partes" (Sentencia de 10 de febrero de 2006, Epiménides Díaz Salazar contra la Comisión Nacional de Valores). Esta orientación jurisprudencial, encuentra amplio respaldo en la Ley 38 de 2000, en cuyo texto se encuentran normas encaminadas a conservar la actuación administrativa, por ejemplo, al hacer viable su nulidad únicamente cuando el acto administrativo se haya expedido "**con prescindencia absoluta de trámites fundamentales que impliquen violación del debido proceso legal**" (numeral 3 del artículo 52), circunstancia que la parte actora no ha logrado acreditar en el presente caso. Como corolario, la Sala conceptúa que tampoco se violaron los artículos 47 y 69 de la Ley 38 de 2000.

En resumen, luego del examen de los cargos de ilegalidad que se señalan en la demanda, esta Superioridad considera que los actos acusados no son ilegales, pues, de acuerdo con lo que consta probado en autos, su expedición tuvo fundamento en la reglamentación vigente expedida por el MIVI, cuya derogatoria no logró demostrar la parte actora. En consideración a todo lo expuesto, procede negar las pretensiones de la demanda.

En consecuencia, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **DECLARA QUE NO SON ILEGALES** la Resolución No. 160 de 22 de octubre de 2004 ni su acto confirmatorio, expedidas por el Ministro de Economía y Finanzas y por tanto, niega las restantes pretensiones de la demanda.

Notifíquese,

JACINTO A. CARDENAS M.

HIPÓLITO GILL S.

VÍCTOR L. BENAVIDES P.

JANINA SMALL

SECRETARIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA TERCERA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

Panamá, veintisiete (27) de diciembre de dos mil siete (2007).

V I S T O S:

La Lcda. Gisette Muñoz, actuando en su propio nombre y representación, ha presentado demanda contencioso administrativa de nulidad, a fin de que la Sala declare que es nulo, por ilegal, el Artículo TRIGÉSIMO CUARTO del Decreto Ejecutivo N°106 de 26 de diciembre de 1995, por el cual se reglamenta la constitución, administración y supervisión de los fondos de cesantía que se establezcan en virtud del Capítulo III del Título VI del Libro I del Decreto de Gabinete 252 de 1971 (Código de Trabajo) y que fue publicado en la Gaceta Oficial N°22,944 de 4 enero de 1996.

El artículo 34 del Decreto Ejecutivo N°106 de 26 de diciembre de 1995 impugnado dice:

"ARTICULO 34: Los fondos captados a través de los fideicomisos de cesantía en base a la Ley 44 y a este Decreto, podrán invertirse en los siguientes instrumentos:

1. Hipotecas, cédulas hipotecarias, participantes en hipotecas, bonos hipotecarios para financiamientos de vivienda y otros instrumentos hipotecarios emitidos por bancos oficiales y demás bancos con Licencia General.
2. Depósitos en bancos oficiales y demás bancos con Licencia General.
3. Títulos valores emitidos por el Estado o por entidades del Sector Público con aval del Estado.
4. Títulos valores registrados en la Comisión Nacional de valores que permita una negociación pública, abierta, líquida y transparente."

FUNDAMENTO DE LA DEMANDA

Entre los hechos u omisiones fundamentales de la demanda, quien recurre alega que esta disposición señala los instrumentos en los cuales pueden invertir los fondos captados a través de los fideicomisos de cesantía en base a la Ley 44 de 1995, en franca violación de lo dispuesto en el artículo 229 literal D del Decreto de Gabinete 252 de 1971, pues en el mismo se hace indicación que "para el manejo de las cotizaciones confiadas en fideicomiso, los administradores calificados las invertirán de acuerdo con las estipulaciones de la Ley 10 de 1993 y sus reglamentos" y que la Ley 10 de 1993 señala que los fondos captados por los planes "deberán ser invertidos por su administrador de inversiones de conformidad con los objetivos y las políticas de inversión establecidos en los términos del plan".

Como disposiciones legales infringidas, la Lcda. Muñoz aduce de manera directa por omisión el artículo 229-D del Código de Trabajo y el artículo 8 de la Ley 10 de 1993 que dicen:

CODIGO DE TRABAJO

"ARTICULO 229-D: Para el manejo de las cotizaciones confiadas en fideicomiso, los administradores calificados las invertirán de acuerdo con las estipulaciones de la Ley 10 de 1993 y sus reglamentos, y desempeñarán sus funciones siguiendo principios universales de diversificación de cartera y preservación de capital.

De conformidad con lo establecido en el párrafo anterior, los administradores procurarán la inversión en títulos hipotecarios o con respaldo hipotecario, para viviendas e inversión en actividades que generen mano de obra intensiva en el país o que propicien la diversificación de la economía.

Los administradores podrán, a través de las instituciones de crédito, asignar parte de las cotizaciones del fondo de programa de préstamos personales de menor cuantía para los trabajadores, a intereses competitivos del mercado."

LEY 10 DE 1993

"ARTICULO 8: Los fondos captados por los planes deberán ser invertidos por su administrador de inversiones de conformidad con los objetivos y las políticas de inversión establecidos en los términos del plan e indicados en el prospecto. La Comisión de Valores podrá mediante acuerdo dictar parámetros de inversión para asegurar que los objetivos y las políticas de inversión de los planes son cónsonos con los objetivos y los fines de planes de jubilación y pensión."

La Lcda. Muñoz afirma que la disposición impugnada no tiene en cuenta lo dispuesto en el artículo 229-D del Código de Trabajo, al obviar el hecho de que la política de inversiones de los fondos de cesantía debe respetar la política de inversión contenida en la Ley 10 de 1993. Bajo ese mismo argumento sustenta la violación que alega al artículo 8 de la Ley 10 de 1993.

OPINIÓN DEL PROCURADOR DE LA ADMINISTRACIÓN

Por su parte, el Procurador de la Administración mediante la Vista Fiscal N° 086 de 1 de febrero de 2006, solicita a la Sala declare que es nulo por ilegal, el artículo Trigésimo Cuarto del Decreto Ejecutivo 106 de 26 de diciembre de 1995, publicado en la Gaceta Oficial N° 22,944 de 4 de enero de 1996.

En su opinión, el artículo 34 impugnado viola lo dispuesto en el artículo 229-D del Código de Trabajo, al recomendar la inversión de los fondos de cesantía en una serie de instrumentos financieros, sin tomar en cuenta que esta es atribución de la Comisión Nacional de Fondo de Jubilaciones y Pensiones creada por la Ley 10 de 1993.

También es de la opinión que la norma impugnada viola el artículo 8 de la Ley 10 de 1993, dado que igualmente pasa por alto los objetivos y las políticas de inversión establecidas en esta norma, para guiar la utilización de los fondos de cesantía.

EXAMEN DE LA SALA

Evacuados los trámites legales de rigor, se procede entonces a resolver lo que en derecho corresponde.

Se ha visto que se somete a la consideración de la Sala la demanda contencioso administrativa de nulidad contra el artículo TRIGÉSIMO CUARTO del Decreto Ejecutivo N°106 del 26 de diciembre de 1995, "por el cual se reglamenta la Constitución, Administración y Supervisión de los Fondos de Cesantía que se establezcan en virtud del Capítulo III del Título VI del Libro I del Decreto de Gabinete N°252 de 1971 (Código de Trabajo), publicado en la Gaceta Oficial N°22,944 de 4 de enero de 1996, por ser violatorio de lo dispuesto en los artículos 229-D del Código de Trabajo y el artículo 8 de la Ley 10 de 1993 al rebasar el marco de la legalidad.

El artículo 229-D que se alega infringido, la Sala observa que, en efecto, atiende a la política de inversión de los fondos de cesantía, cuando entra a regular el manejo de las cotizaciones confiadas en fideicomisos. Se ha visto que esta disposición figura contenida en el Capítulo III, sobre Fondo de Cesantía, que fue adicionado a través del artículo 37 de la Ley 44 de 12 de agosto de 1995, al Título VI del Libro I del Decreto de Gabinete 252 de 1971 (Código de Trabajo), de modo que ha de analizarse para los efectos del caso que se somete a consideración, dentro de ese contexto. Así vemos que el Artículo 229-A plantea que los fondos de cesantía están destinados para pagar al trabajador al cesar la relación de trabajo, la prima de antigüedad y la indemnización por despido injustificado o renuncia justificada, y que para el establecimiento de ese fondo, según los Artículo 229-B y 229-C, el empleador cotizará trimestralmente sumas que se depositarán a través de fideicomisos en entidades privadas autorizadas por la Ley 10 de 1993, para la administración de fondos complementarios de retiros y jubilaciones.

Ha de tenerse en cuenta que mediante la Ley 10 de 1993, "por la cual se establecen incentivos para la formación de fondos para jubilados, pensionados y otros beneficios" se crea en el Artículo 1, la Comisión Nacional de Fondo de Jubilaciones y Pensiones, adscrita al Ministerio de Hacienda y Tesoro hoy Ministerio de Economía y Finanzas, "con el fin de asesorar al Organismo Ejecutivo en la reglamentación y desarrollo de esta Ley, mediante el establecimiento periódico de parámetros de inversión coincidentes con los principios universales de seguridad para la diversificación de las inversiones". La misma norma prevé que la Comisión estará integrada por el Ministro de Hacienda y Tesoro ahora Ministro de Economía y Finanzas, o el funcionario que el designe; un miembro de la Asociación Bancaria Nacional; un miembro de la Junta Directiva de una de las Bolsas de Valores; un miembro de la Asociación de Aseguradores; y un miembro de la Comisión de Comercio, Industrias y Asuntos Económicos de la Asamblea Legislativa. Dentro de ese mismo cuerpo legal, la parte actora señala violado el artículo 8, que ciertamente, regula lo referente a la política de inversión de esos fondos y hace indicación que será la Comisión Nacional de Jubilaciones y Pensiones la autorizada para hacerlo. En este punto resulta oportuno indicar, en cuanto al artículo 8 de la Ley 10 de 1993, que en la demanda fue erróneamente citado por la parte

actora, de modo que la Sala procede a citar el texto tal como aparece publicado en la Gaceta Oficial N°22267 de 20 de abril de 1993:

"ARTICULO 8: Los fondos captados a través de los planes a los que se refiere esta ley podrán invertirse en depósitos en Bancos de Licencia General, en hipotecas, en cédulas hipotecarias, en participaciones en hipotecas o bonos respaldados por garantías hipotecarias emitidos por Bancos Comerciales o Bancos Hipotecarios con Licencia General, y en títulos valores de calidad de inversión, que hayan sido debidamente autorizados por la Comisión Nacional de Valores del Ministerio de Comercio e Industrias (MICI); para su venta en oferta pública, y en aquellos otros activos, que de tiempo en tiempo autorice la Comisión Nacional de Jubilaciones y Pensiones."

A. La potestad reglamentaria

Para dilucidar el problema jurídico planteado resulta necesario formular algunos comentarios en torno a la llamada potestad reglamentaria.

El ejercicio de la potestad reglamentaria la Constitución Nacional la atribuye al Órgano Ejecutivo para reglamentar la Leyes que lo requieran, a fin de facilitar su mejor cumplimiento, sin apartarse de su texto ni de su espíritu (Artículo 184, numeral 14).

La jurisprudencia ha manifestado que el ejercicio de la potestad reglamentaria se justifica en la necesidad de auxiliar el alcance regulatorio de la Ley formal y en la autonomía de que gozan las entidades públicas autónomas, mas sólo puede ser ejercida en el marco específico de los servicios y prestaciones que brindan. Sobre este particular el Pleno expresó en sentencia de 27 de febrero de 2007, lo siguiente:

El reconocimiento de la potestad reglamentaria a las autoridades que integran el Órgano Ejecutivo encuentra su justificación racional en el hecho de que la Ley formal no siempre puede agotar en su contenido apriorístico todo el variopinto conjunto de complejidades técnicas que ofrece la realidad, y ello deja ver, la necesidad de auxiliar el alcance regulatorio de la misma, a través de la utilización de un instrumento normativo ágil, como es el Reglamento, a fin de lograr que los objetivos que impulsaron la creación de la Ley logren cristalizar a plenitud.

El reconocido administrativista RAFAEL BIELSA describe los objetivos que persigue la potestad reglamentaria en los siguientes términos:

"...por una parte, ordenar los principios de la Ley en preceptos particulares más analíticos y precisos con referencia a la actividad administrativa, cuando ello es necesario o conveniente para la mejor o más oportuna aplicación de aquella; y por otra, en precisar, aclarar e interpretar -a los fines de su mejor comprensión y aun vulgarización- el alcance de la Ley, es decir, de sus principios más generales, proveer por normas específicas a la ejecución de sus mandatos, lo que se hace en circulares e instrucciones" (cfr. DERECHO ADMINISTRATIVO. Editorial LA LEY, Buenos Aires, 1964, Sexta Edición, Pág. 306 Tomo I.)

La doctrina científica en un esfuerzo de clasificación distingue, fundamentalmente, cinco especies de Reglamentos, a saber: a) los de subordinación o ejecución de las leyes, a los cuales alude el numeral 14 del artículo 184 de la Constitución Nacional; b) los autorizados o de integración; c) los delegados; d) los autónomos; y e) los de necesidad o urgencia.

(cfr.DROMI,ROBERTO,DERECHO ADMINISTRATIVO,Editorial Ciudad Argentina, España,1998, 7ª Edición, Pág. 317)

En lo que atañe al especial interés que concita la temática particular del presente caso, es de notar que la atención debemos concentrarla en los denominados Reglamentos de Subordinación o Ejecución de las Leyes que, como su nombre lo indica, son normas secundarias de contenido objetivo y general, cuya expedición tienen como finalidad específica facilitar el cumplimiento de la Ley sin que puedan, en forma alguna, rebasar el texto o espíritu de esta última.

La función de optimización asignada a los Reglamentos de Ejecución de las Leyes, en cuanto al cumplimiento de las finalidades perseguidas por estas, tiene que manifestarse con estricto apego a las exigencias de subordinación, desarrollo y complementariedad, notas éstas que deben ser identificadas con vista en una lectura atenta del contenido y alcance de la Ley que se pretende reglamentar..."

A. Decisión

Ante el marco de referencia expuesto, la Sala coincide entonces con lo manifestado por el Procurador de la Administración, cuando afirma que el artículo TRIGÉSIMO CUARTO (34) del Decreto Ejecutivo 106 de 26 de diciembre de 1995, que reglamenta al Libro I, Título VI, Capítulo III del Código de Trabajo, en lo referente a la constitución, administración y supervisión de los fondos de cesantía, excede los parámetros de Ley previsto en el artículo 229-D del Código de Trabajo, en la medida que recomienda la inversión de estos fondos en instrumentos financieros sin tomar en consideración que es una atribución de la Comisión Nacional de Fondo de Jubilaciones y Pensiones creada por la Ley 10 de 1993. La Sala igualmente estima que la disposición impugnada excede los parámetros de Ley previstos en el artículo 8 de la Ley 10 de 1993, ya que su texto desconoce que la política de inversiones contemplada en la Ley Laboral está sujeta a

la política general de inversiones prevista en la Ley 10 de 1993 y a los parámetros dictados por la Comisión Nacional de Fondos de Jubilaciones y Pensiones.

En tales circunstancias, y como quiera que la violación emerge de manera clara de la confrontación del texto reglamentario con el texto de rango legal, se aceptan los cargos de infracción a los artículos 229-D del Código de Trabajo y el artículo 8 de la Ley 10 de 1993.

En consecuencia, la Sala Tercera (Contencioso Administrativa) de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECLARA QUE ES NULO POR ILEGAL, el Artículo TRIGÉSIMO CUARTO del Decreto Ejecutivo N°106 de 26 de diciembre de 1995, "por el cual se reglamenta la constitución, administración y supervisión de los fondos de cesantía que se establezcan en virtud del Capítulo III del Título VI del Libro I del Decreto de Gabinete N°252 de 1971 (Código de Trabajo).

NOTIFIQUESE, CUMPLASE Y PUBLIQUESE EN LA GACETA OFICIAL

VICTOR L. BENAVIDES P.

WINSTON SPADAFORA F.

ADÁN ARNULFO ARJONA L.

JANINA SMALL

SECRETARIA

ORGANO JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

SALA TERCERA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

Panamá, veintiocho (28) de septiembre de dos mil siete (2007).

VISTOS:

La licenciada Michelle Robles, actuando en representación de al sociedad denominada PANAMERICANA DE SEGUROS, S.A., ha interpuesto Demanda Contencioso-Administrativa de Nulidad, para que se declare nula, por ilegal, la Resolución N° 0290 del 9 de agosto de 2004, emitida por la Superintendencia de Seguros y Reaseguros del Ministerio de Comercio e Industrias.

Admitida la demanda, se corrió en traslado a la Procuraduría de la Administración y a la entidad demandada, para que rindiera el informe explicativo de conducta contemplado en el artículo 33 de la Ley 33 de 1946.

I. ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO

Mediante el acto administrativo impugnado contenido en la Resolución N° 0290 de 9 de agosto de 2004, se autorizó a la sociedad UNISEGUROS, S.A., autorización para contratar en el exterior "Pólizas de Salud" con suma asegurada igual o superior a cinco millones de balboas (B/.5,000,000.00). Además, se ordenó a esta empresa, el reporte a esta dependencia del Estado, del nombre y número de cédula de cada cliente que adquiriera el producto, así como el nombre de la compañía en el exterior que ofrece el mismo, a efectos de registrar las autorizaciones concedidas.

II. ARGUMENTOS DE LA PARTE ACTORA

La parte actora pretende que esta Sala declare nula, por ilegal, la Resolución N° 0290 de 9 de agosto de 2004, emitida por la Superintendencia de Seguros y Reaseguros, mediante la cual se autoriza a la compañía UNISEGUROS, S.A., a contratar en el exterior pólizas de salud con suma asegurada igual o superior a cinco millones de balboas (B/.5,000,000.00).

III. HECHOS EN QUE SE FUNDAMENTA LA DEMANDA

La parte actora basa sus pretensiones en los siguientes hechos:

"**PRIMERO:** Que el día siete (7) de mayo de dos mil tres 2003, el Ing. **JOSEPH HOMSAANY**, Presidente y Representante Legal de la sociedad **UNISEGUROS, S.A.**, presentó nota por medio de la cual solicitó, a **LA SUPERINTENDENCIA**, autorización para poder gestionar en el exterior Pólizas de Salud con sumas aseguradas de DOS MILLONES DE BALBOAS CON 00/100 (B/.2,000,000.00) a CINCO MILLONES DE BALBOAS CON 00/100 (B/.5,000,000.00).

SEGUNDO: Que mediante Circular N° 061 de seis (6) de junio de dos mil tres (2003), **LA SUPERINTENDENCIA** procedió a efectuar una encuesta en las compañías de seguros autorizadas para comercializar pólizas en el ramo de vida, con el fin de constatar si las "Pólizas de Salud" con límites máximos de coberturas de DOS MILLONES DE BALBOAS CON 00/100 (B/.2,000,000.00) a CINCO MILLONES DE BALBOAS CON 00/100 (B/.5,000,000.00) se ofrecen o no en el mercado local.

TERCERO: Que el resultado de dicha encuesta reflejó que, de las compañías de seguros encuestadas, tres (3) contestaron que mercadean seguros de salud con deducibles y sumas aseguradas altas, las cuales son Pan American de Panamá, S.A., Capital de Seguros, S.A. y Compañía Internacional de Seguros, S.A.

CUARTO: Que **UNISEGUROS, S.A.**, llevó a cabo las consultas en las compañías aseguradoras mencionadas en el hecho **TERCERO**.

QUINTO: Que **UNISEGUROS, S.A.**, proporcionó a **LA SUPERINTENDENCIA** las certificaciones por medio de las cuales las empresas mencionadas en el hecho **TERCERO** daban constancia de que no ofrecen "Pólizas de Salud" con sumas aseguradas de DOS MILLONES DE BALBOAS CON 00/100 (B/.2,000,000.00) a CINCO MILLONES DE BALBOAS CON 00/100 (B/.5,000,000.00).

SEXTO: Que el nueve (9) de agosto de dos mil cuatro (2004), la Superintendente, Lic. Ana Lorena Broce, profirió la Resolución N° **0290**, por medio de la cual resuelve autorizar a **UNISEGUROS, S.A.**, para contratar en el exterior Pólizas de Salud con suma asegurada igual o superior a cinco millones (B/.5,000,000.00) de balboas y ordena a la sociedad reportar a la institución el nombre y número de cédula de cada cliente que adquiriera el producto, así como el nombre de la compañía en el exterior que ofrece el mismo, a efectos de registrar las autorizaciones concedidas, fundamentándose en el artículo 26 de la ley 59 del 29 de julio de 1996."

IV. NORMAS LEGALES INFRINGIDAS Y EL CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

La parte actora considera infringido el artículo 23 de la Ley 59 de 29 de julio de 1996, publicado en la Gaceta Oficial N° 23,092, el cual señala:

"**Artículo 23.** Los modelos de pólizas requerirán autorización previa de la Superintendencia antes de ser comercializadas entre el público consumidor. Procurando la protección del consumidor, la Superintendencia estudiará los derechos y obligaciones estipulados para las partes contratantes para determinar su carácter equitativo y que cumplan con lo estipulado en todas las leyes vigentes. La Superintendencia contará con un plazo de treinta días para comunicar las objeciones del modelo de póliza en estudio. Transcurrido dicho período sin mediar objeciones, el modelo de póliza se considerará autorizado para su comercialización.

Cuando se trate de una autorización inicial a una entidad aseguradora o de la correspondiente para la explotación de un nuevo ramo, el período con el que contará la Superintendencia, para aprobar o rechazar, será de setenta días."

Bajo su prisma, el demandante estima que la entidad demandada violó directamente, por omisión la norma transcrita, ya que al expedir el acto impugnado, autorizó a una sociedad a comerciar pólizas extranjeras, sin que previamente presentara, en forma obligatoria ante dicha institución, los modelos de pólizas a mercadear.

Por otro lado, la disposición contenida en el artículo 26 de la Ley 59 de 29 de julio de 1996, es otra norma que el recurrente califica de vulnerada en concepto de aplicación indebida por la Resolución atacada, veamos:

"**Artículo 26.** Es obligatorio para las entidades, empresas y personas domiciliadas en la República de Panamá, contratar con las compañías de seguros autorizados para operar en el país, todos los seguros sobre bienes y personas situados en Panamá. La Superintendencia, previa comprobación de que no es posible obtener tales seguros en compañías de seguros autorizadas para operar en el país, podrá autorizar su contratación en el exterior y, para tal efecto, llenará los registros correspondientes.

A este efecto, tales entidades, empresas o personas deberán registrar en la Superintendencia las autorizaciones concedidas."

Ante este escenario, el actor aduce que viola el artículo citado puesto que las empresas corredoras de seguros, no pueden ser intermediarias entre el solicitante de la póliza y la empresa extranjera; ya que la comercialización de dichas pólizas está reservada únicamente a las empresas aseguradoras nacionales.

V. INFORME DE CONDUCTA

Mediante Nota N° DSR-0328 de 13 de mayo de 2005 (Fs. 66 a 68), el Superintendente de Seguros y Reaseguros de Panamá, rinde informe explicativo de conducta, manifestando lo siguiente:

"...

1. Que ante este Despacho se recibió la solicitud de la empresa UNISEGUROS, S.A., a través de su Director, el señor Joseph Homsany, a fin de que se le concediera autorización para contratar con la empresa AMEDEX compañía americana, ubicada en Miami Florida pólizas de salud con sumas aseguradas de dos (B/.2,000,000.00) a cinco millones (B/.5,000,000.00) de balboas deducible de veinte mil balboas (B/.20,000.00), toda vez que las compañías de seguros del mercado local no ofrecían este tipo de pólizas.
2. Que mediante la circular distinguida con el N° 060 de 6 de junio de 2003, la Superintendencia de Seguros solicitó a todas las compañías aseguradoras certificaran si ofrecían pólizas de salud con los límites y deducibles indicados.
3. Que como consecuencia de lo anterior, las empresas Pan American de Panamá, Compañía Internacional de Seguros y Capital de Seguros, contestaron que sí ofrecían pólizas de salud con sumas aseguradas altas.
4. Que mediante la nota DSR-0868 de 26 de agosto de 2003, la Superintendencia conforme a la contestación de las empresas aseguradoras mencionadas en el numeral anterior, sugirió a la empresa UNISEGUROS, S.A., que gestionará a través de las mismas, la adquisición de las referidas pólizas y que si fuese el caso de que no pudiesen estas empresas ofrecerle el producto con las especificaciones que se requiere, entonces debían enviar prueba escrita a este Despacho, para así continuar con el trámite de la autorización de emisión de las pólizas en el exterior.
5. Que la empresa UNISEGUROS, S.A., indicó que las compañías Pan American de Panamá y Capital de Seguros habían creado planes con sumas aseguradas altas, no obstante, ninguna ofrecía una suma asegurada de cinco millones de balboas (B/.5,000,000.00). Además, indicaron que Pan American de Panamá, lanzaría el día 8 de octubre de 2004, su nuevo plan médico individual por una suma asegurada de dos millones (B/.2,000,000.00), sin embargo, antes de esta fecha no ofrecían la referida póliza y que por otro lado Capital de Seguros, S.A., este Despacho le había aprobado un plan médico de dos millones (B/.2,000,000.00) no obstante, todavía no se había presentado a los corredores de seguros para su mercadeo, por lo que solicitaban a esta Superintendencia que se evaluara nuevamente la solicitud y se les permitiera ofrecer a sus clientes pólizas de cinco millones, a través de compañía extranjera, toda vez que el tipo de pólizas requeridas por sus clientes no se ofrecían en el mercado local.
6. Que una vez evaluada la documentación compulsada por las empresas UNISEGUROS, S.A., se profirió la Resolución N° 0290 de 9 de agosto de 2004, notificada el 13 de agosto del mismo año, mediante la cual se autorizó a la empresas UNISEGUROS, S.A., para contratar en el exterior "pólizas de salud" con suma asegurada igual o superior a cinco millones de balboas y adicionalmente se le ordenó a la empresa a reportar a este Despacho el nombre y número de cédula de cada cliente que adquiría el producto, así como el nombre de la compañía en el exterior que ofrecía el mismo, a efecto de registrar en esta Institución las autorizaciones concedidas.
7. Que posterior a la autorización otorgada, mediante la Resolución N° 0290 la empresa UNISEGUROS por medio de la nota de 17 de agosto de 2004, remitió a este Despacho un detalle de las pólizas que actualmente se encontraban vigentes con la compañía de seguros AMEDEX.
8. Que producto de una revisión al expediente que contienen toda la documentación que motivó la autorización concedida a la empresa UNISEGUROS, S.A., el Licenciado Ricardo E. García P., actual Superintendente, mediante nota distinguida con el DSR-0268 de 21 de abril de 2005, dirigida a la empresa precitada se refiere a la forma como se dio la autorización y explica en qué consiste el hecho de que este Despacho pueda conceder autorización para contratar pólizas en el extranjero, con fundamento en el artículo N° 26 de la Ley 59 de 29 de julio de 1996.
9. Que finalmente en contestación a la nota DSR-0268 la empresa UNISEGUROS, S.A., aclara como sucedieron lo hechos, respecto al detalle de las pólizas emitidas para sus clientes por la empresa AMEDEX, en período anterior a la autorización concedida por la Superintendencia.

..."

VI. CRITERIO DE LA PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN

Mediante Vista N° 274 de 29 de agosto de 2005 (Fs. 69 a 74), el representante del Ministerio Público solicitó a los Honorables Magistrados integrantes de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, se declare que no es ilegal la Resolución N° 0290 de 9 de agosto de 2004, emitida por la Superintendencia de Seguros y Reaseguros del Ministerio de Comercio e Industrias.

En el documento en mención, la Procuraduría de la Administración hace de conocimiento de esta Sala un estudio pormenorizado, tanto los hechos, las circunstancias fácticas y las normas jurídicas que dieron lugar a la expedición de la actuación recurrida.

VII. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

Surtidas las etapas procesales, en relación a los hechos acreditados en el proceso, la Sala procede a resolverlo en el fondo, previo las siguientes consideraciones.

Tenemos, en primer término, que en nota calendada el día 7 de mayo de 2003 (F. 1 del expediente de antecedentes), por medio de la cual, el ingeniero Joseph Homsany, en su condición de director de la sociedad denominada UNISEGUROS, S.A., gestionó ante la Superintendencia de Seguros y Reaseguros del Ministerio de Comercio e Industrias, autorización para negociar en el exterior, "pólizas de salud" cuyas sumas aseguradas ascendían entre los dos millones de balboas (B/.2,000,000.00) a cinco millones de balboas (B/.5,000,000.00).

En razón de lo anterior, visible a foja 2 del expediente de antecedentes, se muestra la circular número CIR-060 de 6 de junio de 2003, en la que la Superintendente de Seguros y Reaseguros de Panamá, licenciada Ana Elena Broce, solicita a las distintas compañías de seguros establecidas en el país, información sobre el ofrecimiento de pólizas de salud con límites máximos de coberturas de dos millones de balboas (B/.2,000,000.00) a cinco millones de balboas (B/.5,000,000.00), con deducibles de veinte mil balboas (B/.20,000.00).

Luego de cumplidos los trámites inherentes al asunto en cuestión, en cuanto a consultas y resultados de las mismas, se determinó que no existía otra compañía aseguradora en la República de Panamá, que ofreciera pólizas cuyos montos oscilaran entre dos a cinco millones de balboas (B/.2,000,000.00 y B/.5,000,000.00); y fue en virtud de esto, que, por medio del acto impugnado, Resolución N° 0290 de 9 de agosto de 2004, que se le concedió a la empresa denominada UNISEGUROS, S.A., la contratación en el extranjero de las llamadas "*pólizas de salud*", con suma asegurada igual o superior a cinco millones de balboas (B/.5,000,000.00). Además, en el mismo acto se le ordenó a dicha empresa, reportar a la Superintendencia de Seguros y Reaseguros, el nombre y cédula de cada cliente adquiriente del producto, así como el nombre de la compañía que en el exterior ofrece el mismo, a efectos de registrar las autorizaciones concedidas.

Con fundamento en el artículo 26 de la Ley 59 de 29 de julio de 1996, la Superintendencia de Seguros y Reaseguros basó la resolución recurrida, en la excepción promovida por esta norma:

"Artículo 26. Es obligatorio para las entidades, empresas y personas domiciliadas en la República de Panamá, contratar con las compañías de seguros autorizadas para operar en el país, todos los seguros sobre bienes y personas situados en Panamá. La Superintendencia, previa comprobación de que no es posible obtener tales seguros en compañías de seguros autorizadas para operar en el país, podrá autorizar su contratación en el exterior y, para tal efecto, llenará los requisitos correspondientes.

A este efecto, tales entidades, empresas o personas deberán registrar en la Superintendencia las autorizaciones concedidas."

Observamos así, que la norma en cuestión contempla una regla de carácter general, no obstante, también contempla una excepción. Veamos la primera de estas observaciones: La regla general es que las empresas aseguradoras que comercialicen pólizas de bienes o personas establecidas en Panamá, deben ser panameñas. Y la excepción se configura, al poder estas personas o propietarios de los bienes, pactar pólizas de seguros con compañías extranjeras, siempre y cuando las compañías ubicadas dentro del territorio nacional no brinden estas coberturas a los riesgos pretendidos. Opera esta excepción, al solicitarse la respectiva autorización a la Superintendencia de Seguros y Reaseguros.

Dicho en otras palabras, la Ley 59 de 29 de julio de 1996 en su artículo 26 establece que es obligatorio para todas las entidades, empresas y personas domiciliadas en la República de Panamá contratar los seguros con Compañías Aseguradoras autorizadas por la Superintendencia de Seguros y Reaseguros de la República de Panamá para operar en el país.

La norma en cuestión establece, a manera de excepción aquellos supuestos de que, haciendo alusión a los términos de oferta y demanda, quien demanda un seguro específico no puede obtener el mismo de una aseguradora autorizada por la Superintendencia de Seguros. Sin embargo, para que esta excepción pueda ser considerada válida, la misma estará sujeta a un requisito y es que el solicitante del seguro previamente debe comprobar a la Superintendencia que efectivamente ninguna empresa puede brindarle tales servicios. Cumplido con esto la Superintendencia podrá autorizar dicha contratación en el exterior, para cuyo caso se requiere que la persona, empresa o entidad que realizará dicha transacción registre ante la Superintendencia la autorización concedida.

Bajo este argumento, la Sala aprecia que en el presente proceso no existe una violación a la norma en referencia, pues, al cumplirse con cada una de las etapas que la excepción del artículo 26 señala, se le permitió a la sociedad UNISEGUROS, S.A., asesorar a su clientela al momento de celebrar el contrato de seguros con una empresa aseguradora foránea.

De igual forma, en el artículo 3 de la Ley 59 de 1996, inciso 3.2, se estipula que las sociedades corredoras o productoras de seguros, están autorizadas por la Superintendencia de Seguros y Reaseguros para que, de conformidad con esta ley, medie en la celebración de los contratos de seguros, fianzas y demás productos contemplados en esta Ley. Así las cosas, mal puede el actor deducir que las empresas corredoras de seguros no pueden ser intermediarias entre el solicitante de la póliza y la empresa extranjera, puesto que sólo la comercialización le está privativamente asignada a las compañías aseguradoras nacionales.

En razón de lo anterior, tampoco esta Magistratura encuentra conculcado el artículo 23 de la Ley 59 de 1996, ya que la autorización a la sociedad UNISEGUROS, S.A., versaba sobre la facultad para contratar en el extranjero pólizas de salud, con una suma asegurada igual o superior a los cinco millones de balboas (B/.5,000,000.00), siendo únicamente intermediaria entre las personas que soliciten dichas pólizas y las empresas extranjeras oferentes de las mismas.

Por lo expuesto, debe declararse que no es ilegal el acto impugnado y negarse las pretensiones de la demanda contencioso administrativa de nulidad instaurada.

De consiguiente, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **DECLARA QUE NO ES ILEGAL** la Resolución N° 0290 de 9 de agosto de 2004, proferida por la Superintendencia de Seguros y Reaseguros del Ministerio de Comercio e Industrias.

NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y PUBLÍQUESE EN LA GACETA OFICIAL.

VICTOR L. BENAVIDES P.

WINSTON SPADAFORA F.

ADÁN ARNULFO ARJONA L.

JANINA SMALL

Secretaria

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA TERCERA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

Panamá, ocho (8) de febrero de dos mil siete (2007)

VISTOS:

El Lcdo. Oldemar González L., en representación de **LEONARDO AGUSTÍN GUERRA AVILÉS**, interpuso ante la Sala Tercera demanda contenciosa-administrativa de nulidad para que se declare nulo el Acuerdo Municipal No. 15 de 20 de enero de 1999, emitido por el Consejo Municipal del Distrito de Changuinola.

Mediante el acto acusado el cuerpo edilicio demandado adjudicó un terreno de 224.90 metros cuadrados a favor del señor **Martín Ábrego Jované** y autorizó al Alcalde para la celebración del respectivo contrato de compraventa.

Según el actor, el Acuerdo Municipal No. 15 de 1999 violó el artículo 39 de la Ley 106 de 1973, en el concepto de **"quebrantamiento de las formalidades legales"**, pues, como quiera que este acto adjudicó un terreno municipal, requería ser promulgado tanto en las tablillas de la Secretaría del Consejo Municipal, como en las de la Alcaldía y las Corregidurías, al igual que en la Gaceta Oficial, para surtir efectos jurídicos.

De igual modo, se violó el artículo 42 de la misma Ley porque la decisión adoptada mediante el acto impugnado, siendo de índole particular, debió adoptarse mediante una resolución (fs. 9-12).

Cabe anotar, que el Presidente del Consejo Municipal rindió su informe explicativo de conducta mediante el documento que reposa a foja 7, mientras que el Procurador de la Administración contestó la demanda a través de la Vista No. 147 de 8 de marzo de 2006, donde pidió a la Sala que acceda a las pretensiones de la demanda (fs. 11-12).

DECISIÓN DE LA SALA TERCERA

Después de examinar las constancias procesales, corresponde a esta Superioridad emitir la decisión de fondo.

En lo que respecta al cargo inicial, la Sala observa que pese a que el actor alega que el Acuerdo Municipal No. 15 de 20 de enero de 1999 no fue promulgado ni en la Gaceta Oficial ni en las tablillas, no ha aportado al proceso ninguna prueba que acredite esta afirmación, pese a que es sobre él quien recae la carga de la prueba. Es más, lo que se aprecia del examen de los expedientes principal y del administrativo, es que la actividad de la parte actora durante la etapa probatoria se limitó a aportar copia del expediente relacionado con la venta del lote al cual alude el acto demandado, en el que no consta si se realizó o no dicha publicación. En todo caso, el Lcdo. González debió aportar o al menos pedir a la Sala, que se requiriera una certificación del funcionario correspondiente de la Dirección de la Gaceta Oficial, al igual que de la Secretaría General del Consejo Municipal de Changuinola, para probar de forma fehaciente la omisión que él alega en el trámite de adopción del Acuerdo demandado.

No está de más expresar, que la omisión del apoderado judicial del demandante cobra mayor relevancia al apreciar lo expresado por el propio Presidente del Consejo Municipal de Changuinola en el sentido de que en sus **"archivos consta que el señor Martín Abrego Jované, con cédula de identidad personal número 1-43-47, compró de manera lícita (sic) el globo de terreno objeto del presente proceso"** (f. 22 del expediente principal) y del mismo modo, que el Director del Departamento de Ingeniería Municipal en su nota de 9 de agosto de 2005, indicó que **"los trámites de la venta de este bien siguieron los procedimientos establecidos por el Consejo Municipal"** (f. 23).

En las anotadas circunstancias, en que no se ha probado la alegación central de la demanda, esta Superioridad estima que debe desestimar parcialmente el primer cargo de ilegalidad. Sin embargo, debe reconocer que el contenido del artículo tercero del acto impugnado sí resulta palmariamente ilegal porque establece que dicho Acuerdo entrará a regir a partir de su **sanción**, lo cual es contrario a los artículos 38 y 39 de la Ley 106 de 1973, de los cuales se desprende que los acuerdos municipales sólo pueden entrar en vigencia una vez sean promulgados.

En lo que respecta al segundo cargo de ilegalidad, la Sala estima que no le asiste razón al Lcdo. González. Sobre el particular, debe recordarse que de conformidad con el numeral 9 del artículo 17 de la Ley 106 de 1973, los Consejos Municipales tienen facultad para "Reglamentar el uso, arrendamiento, venta y adjudicación de solares o lotes y demás bienes municipales que se encuentren dentro de las áreas o ejidos de las poblaciones y de los demás terrenos municipales." Con fundamento en esta norma, el Consejo Municipal de Changuinola dictó el precitado Acuerdo No. 77 de 12 de noviembre de 1997, el cual faculta al Consejo Municipal para intervenir en el trámite de venta de terrenos municipales, con el fin de autorizar al Alcalde a celebrar con el interesado un contrato de promesa de compraventa (artículo 12) y adjudicar, mediante Acuerdo Municipal, el terreno o lote municipal, una vez el interesado haya cumplido todos los requisitos que dicho acuerdo establece (artículo 23).

Lo anotado en el párrafo anterior, precisamente, se cumplió en el presente caso, ya que a través de la Resolución No. 10 de 8 de abril de 1998, el cuerpo edilicio demandado autorizó al Alcalde del Distrito a celebrar un contrato de promesa de compraventa con el señor **Martín Ábrego Jované** sobre un globo de terreno cuyos linderos se describen a foja 1 del expediente administrativo. Dicho contrato fue celebrado el 22 de mayo de 1998, según se aprecia a fojas 13 y 14 del mismo expediente y una vez que el comprador canceló el precio del terreno, conforme consta en los recibos de pago visibles a fojas 4-A y 4-B, fue expedido el Acuerdo Municipal que ahora se demanda.

Como corolario, la Sala conceptúa que no existe ilegalidad alguna en que se haya adjudicado un lote municipal mediante el Acuerdo No. 15 de 1999, ya que con ello no se ha hecho más que cumplir la reglamentación que el organismo demandado dictó con base en el numeral 12 del artículo 17 de la Ley 106 de 1973.

Los razonamientos expuestos llevan a este Tribunal a acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda.

En consecuencia, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **DECLARA QUE ES NULO, POR ILEGAL, ÚNICAMENTE** el artículo tercero del Acuerdo Municipal No. 15 de 20 de enero de 1999, dictado por el Consejo Municipal del distrito de Changuinola; **QUE NO SON ILEGALES** los artículos primero y segundo del mismo Acuerdo y por tanto, **NIEGA** las restantes pretensiones de la demanda.

Notifíquese,

WINSTON SPADAFORA F.

ADÁN ARNULFO ARJONA L.

VICTOR L. BENAVIDES P.

JANINA SMALL

SECRETARIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA TERCERA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

Panamá, veintiuno (21) de septiembre de dos mil siete (2007)

VISTOS:

El licenciado SANTANDER TRISTÁN DONOSO, actuando en su propio nombre y representación, ha interpuesto Demanda Contencioso Administrativa de Nulidad, para que se declare nulo, por ilegal, el Acuerdo No. 7 del 15 de septiembre de 2004, emitido por el Concejo Municipal de Santa Fé, Provincia de Veraguas.

I. CARGOS DE NULIDAD

El representante de la parte actora, fundamenta la demanda sobre las siguientes consideraciones de hecho:

Mediante Acuerdo No. 5 de 31 de mayo de 2000, el Consejo Municipal del Distrito de Santa Fe, Provincia de Veraguas, exonera a la Cooperativa de Servicios Múltiples La Esperanza de los Campesinos, del pago de impuestos municipales.

No obstante lo anterior, el Consejo Municipal instalado el 1º de septiembre de 2004, anuló mediante Acuerdo de 15 de septiembre de 2004, el Acuerdo No. 5 de 31 de mayo de 2000, conminando a la Cooperativa la Esperanza de los Campesinos a pagar impuestos municipales.

Aunado a lo anterior, señala el letrado, mediante nota suscrita por la Tesorera Municipal de Santa Fe de Veraguas, se le informa a la Cooperativa la Esperanza de los Campesinos, R.L. , que debía pagar mensualmente tales impuestos, "bajo la amenaza de defraudación Fiscal al Municipio", al mismo tiempo que se le advirtió que todas las actividades de dicha cooperativa que requirieran trámite administrativo municipal, estarán paralizadas hasta tanto se produzca el pago de los impuestos municipales.

Señala también, que el monto a pagar en concepto de impuestos municipales, es de novecientos cincuenta y tres balboas mensuales, "suma que amenaza con el cierre de las operaciones de la Cooperativa, en especial por el carácter social de las actividades de la cooperativa." (f. 16)

Con base en lo anterior, consideró violados de manera directa por omisión, los artículos 6 y 106 de la Ley 17 de mayo de 1997 y el artículo 2 de la Ley 24 de 1980, en el sentido que se ha establecido una medida sin solicitarle al IPACCOOP (Instituto Panameño Autónomo Cooperativo) si la naturaleza jurídica de la Cooperativa La Esperanza de los Campesinos se había distorsionado, situación que legitimaría el gravamen municipal.

Así también considera, que con la emisión del acto demandado se soslaya la existencia de un régimen especial para las cooperativas, y se desconoció la naturaleza jurídica no lucrativa de las mismas, toda vez que, si bien las cooperativas de servicios múltiples, ocupan diversos ramos de la actividad económica, social o cultural, ésta se desarrolla en función del interés social cooperativo. (f.23)

II. INFORME DE CONDUCTA

Al respecto, la Sala observa que mediante Despacho No. 76 de nueve (9) de septiembre de dos mil cinco (2005), se procedió con el traslado de la demanda a fin de poner en conocimiento de la misma al señor Presidente del Consejo Municipal del Distrito de Santa Fe, al mismo tiempo que le fue solicitado rindiera informe de conducta.

No obstante, existe constancia en el proceso que la notificación fue llevada a cabo por el Juez Municipal del Distrito de Santa Fe, Provincia de Veraguas, sin que el funcionario demandado contestara ni remitiera el respectivo informe de conducta requerido por este Tribunal.

III. OPINIÓN DE LA PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN.

Mediante Vista No. 677 de 25 de septiembre de 2006, el señor Procurador de la Administración, emite su opinión respecto a los cargos de violación alegados señalando, que en lo pertinente a la infracción del artículos 106 de la Ley 17 de 1 de mayo de 1997, la norma no guarda relación con lo que se discute en el presente proceso.

Según el representante del Ministerio Público, el artículo 106 de la Ley 17 de mayo de 1997, al señalar que las asociaciones cooperativas están exoneradas de todo impuesto nacional, contribución, gravamen, derechos, tasas y arancel de cualquier clase o denominación, que recaiga o recayera sobre a constitución, reconocimiento, inscripción y funcionamiento de las mismas, excluye los tributos municipales. (f. 56), motivo por el cual las cooperativas no están exentas del pago de los mismos.

En relación a la supuesta violación del literal "e" del artículo 2 de la Ley No. 24 de 21 de julio de 1980, señala que lo que se debate es la legalidad del cobro de impuestos municipales que deben ser pagados al ente autorizado por la Ley para fijarlo y cobrarlo, por tanto, resulta ajeno a la facultad que dicha norma confiere al Instituto Autónomo Cooperativo, respecto a la fiscalización de la operación de las asociaciones cooperativas.

Al respecto de la alegada infracción del artículo 6 de la Ley 17 de 1997 que señala que las cooperativas son empresas sin fines de lucro, manifiesta el señor Procurador que también el artículo 12 de la Ley 17 de 1997, establece que éstas "pueden realizar toda clase de actividades lícitas ...", que si una cooperativa realiza actividades lucrativas de tipo comercial e industrial, como ocurre en este caso, la cooperativa quedaría sujeta al pago de los impuestos municipales correspondientes. (f.57)

Por último manifiesta que los artículos 74 y 75 de la Ley 106 de 1973, sobre el Régimen Municipal, contemplan las actividades lucrativas ejercidas por la Cooperativa de Servicios Múltiples La Esperanza de los Campesinos, motivo por el cual el municipio demandado podía proceder a gravar dichas actividades.

Con base en lo expuesto, solicita al Tribunal, declare que no es ilegal el acto acusado.

IV. DECISIÓN DE LA SALA

Una vez surtidos todos los trámites establecidos para este tipo de procesos, procede la Sala Tercera a resolver el presente negocio previas las siguientes consideraciones.

Observa el Tribunal que la pretensión de fondo de la parte demandante estriba en que esta Superioridad declare la nulidad del Acuerdo Municipal del Distrito de Santa Fe, No. 07 de 15 de septiembre de 2004, mediante el cual **se aplica el pago de tributos municipales** a la Cooperativa de Servicios Múltiples la Esperanza de los Campesinos R.L Santa Fe, lo que a su parecer deviene en un acto ilegal en virtud de que éstas entidades son de naturaleza no lucrativa.

El referido acuerdo municipal, establece en su artículo segundo, que la Cooperativa de Servicios Múltiples La Esperanza de los Campesinos R.L. Santa Fe, *"se tipifica en las disposiciones del Art. 74 del Cáp. III de la Ley 106 del 8 de octubre de 1973, modificada por la Ley 52 del año 1984, especificado en el punto 4 del considerando"* (sic), motivo por el cual está obligada al pago de impuestos municipales.

En ese sentido, resulta oportuno referirnos al contenido del artículo 74 del Capítulo III de la Ley 106 del 8 de octubre de 1973, mediante el cual se establece lo siguiente:

"Artículo 74. Son gravables por los Municipios con impuestos y contribuciones todas las actividades industriales, comerciales o lucrativas de cualquier clase que se realicen en el Distrito".

No obstante lo anterior, mediante el artículo 6 de la Ley 17 de 1997, se establece la naturaleza no lucrativa de las cooperativas, cuando señala lo que a continuación transcribimos:

*"Artículo 6. Las cooperativas son asociaciones formadas por personas naturales que, **sin perseguir fines de lucro, tienen por objeto planificar y realizar actividades de trabajo o de servicio, de beneficio económico y social**, encaminadas a la producción, distribución y consumo cooperativo de bienes y servicios con la aportación económica, intelectual y moral de sus asociados". (énfasis nuestro)*

Una vez analizadas las circunstancias de la presente controversia, la Sala procede a externar lo siguiente:

El artículo 6 de la Ley 17 de 1997, establece claramente el concepto y fines de las asociaciones cooperativas. Tal y como lo señala la referida norma, los objetivos de las empresas cooperativas están encaminados a procurar el **"beneficio económico y social"** de sus participantes o adherentes, a través de la *"aportación económica, intelectual y moral de sus asociados"*.

A juicio del Tribunal, cuando la norma se refiere a la **aportación de los asociados**, ésta contempla la realización de todo tipo de actividad, ya sea ésta mercantil o no, siempre que resulte lícita, sin excluir aquellas operaciones comerciales que persiguen un fin lucrativo, y lo que realmente define el hecho que éstas actividades mercantiles son llevadas a cabo por la sociedad cooperativa sin fines lucrativos, es que las mismas sean el resultado de *la conexión o comunicación directa de sus miembros en el ejercicio de operaciones mercantiles, y cuyos beneficios obtenidos sean distribuidos a favor de sus asociados*. (cfr. Diccionario Jurídico Elemental, G. Cabanellas, pág. 297)

Es decir, si bien la norma no prohíbe a la sociedad cooperativa ejercer operaciones comerciales lucrativas, tampoco las exime del pago de tributos por el ejercicio de las mismas, ya que aún cuando es comprensible que la iniciativa de ejercer el comercio con fines lucrativos, tiene como propósito que ésta redunde en mayores beneficios para los asociados cooperativistas, es una actividad que se aleja de su naturaleza no lucrativa.

Partiendo de estos planteamientos, se arriba a la conclusión, que es posible gravar las actividades mercantiles llevadas a cabo por las cooperativas, pero solamente aquellas que resulten lucrativas.

Desde el punto de vista de la Sala, debe prevalecer el concepto de asociación sin fines de lucro que se le atribuye a las cooperativas, el cual permite que en el ejercicio de querer lograr los beneficios económicos y sociales de sus asociados, sus actividades comerciales puedan ser exoneradas del pago de impuestos nacionales y cualquier otro tributo, siempre que sea precisado que tales actividades no representan un lucro o ganancia para dicha asociación.

Lo anterior aplicado al caso que nos ocupa, nos indica que el Concejo Municipal del Distrito de Santa Fe, al momento de dictar el Acuerdo Municipal No. 07 de 15 de septiembre de 2004, mediante el cual obliga a la Cooperativa La Esperanza de los Campesinos al pago de tributos municipales, se basó en normas contenidas en la Ley 106 de 8 de octubre de 1973, que fueron aplicadas desconociendo la naturaleza no lucrativa de esta sociedad cooperativa en virtud de lo cual resulta necesario precisar el tipo de actividad mercantil que fue gravada. Esto aunado a que, en materia tributaria, es un requisito imprescindible para el cobro de tales impuestos, que el hecho generador del mismo, en efecto, sea susceptible de ser gravado.

Por tal motivo, el referido acuerdo se constituye en un acto violatorio al orden legal en virtud de que resulta ambiguo e impreciso, al no especificar las actividades lucrativas que quedaron sujetas al pago de tributos municipales con su emisión, permitiendo el cobro de tributos sobre actividades que están exentas del pago de tales impuestos, quedando probado con ello los cargos de infracción al artículo 106 de la Ley 17 de 1997, mediante el cual se exonera a las cooperativas del pago de contribuciones o gravámenes sobre actividades inherentes a su funcionamiento.

En un negocio similar, la Sala se pronunció en los siguientes términos:

"Este Tribunal, una vez analizadas íntegramente las circunstancias de derecho que rodean al negocio, considera que el punto 1.2.5.61 del Acuerdo Municipal No. 18 de 26 de febrero de 1987 emitido por el Consejo Municipal del Distrito de David, de la manera en que aparece expresado en este Acuerdo, es ilegal, pues su imprecisión y ambigüedad permite la aplicación del mismo a clínicas y laboratorios privados que no son comerciales o industriales, y que sólo desarrollan sus actividades dentro del marco del ejercicio profesional, lo que les exime del pago de gravámenes o impuestos, tal y como lo ha previsto la Constitución Nacional en su artículo 40."(sic)(Fallo de 21 de julio de 1993, Mag. Ponente Edgardo Molino Mola, Carlos Rodrigo Ortiz VS Consejo Municipal del Distrito de David)

Así también consideramos probados los cargos de infracción contra el artículo 6 de la Ley 17 de mayo de 1997, toda vez que, con la imposición tributaria establecida mediante el acto impugnado, se ha obviado el carácter no lucrativo de las cooperativas.

Resulta innecesario en estas condiciones, y por razones de economía procesal continuar con el análisis de los restantes cargos de ilegalidad.

En consecuencia, la Sala Tercera de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECLARA QUE ES NULO, por ilegal, el Acuerdo No. 7 de 15 de septiembre de 2004, emitido por el Consejo Municipal del Distrito de Santa Fe, Provincia de Veraguas.

Notifíquese.

WINSTON SPADAFORA F.

HIPÓLITO GILL S.

VICTOR L. BENAVIDES P.

JANINA SMALL

SECRETARIA

ORGANO JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

SALA TERCERA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

Panamá, treinta y uno (31) de octubre de dos mil siete (2007).

VISTOS:

El Bufete Bennett, actuando en nombre y representación de Pedro Antonio López González, ha interpuesto demanda contencioso administrativa de nulidad con la finalidad que se declaren nulos por ilegales, los numerales 10 y 12 del Artículo Segundo, los numerales 10 y 12 del Artículo Tercero y el Artículo Cuarto del Decreto N° 378 de 24 de febrero de 2005, emitido por el Alcalde Municipal del Distrito de Panamá.

La demanda fue admitida por la Sala Tercera mediante Auto de 30 de marzo de 2006, en la que igualmente se ordenó correr traslado de la misma a las partes involucradas.

LA PRETENSIÓN Y SU FUNDAMENTO.

En la demanda se formula una pretensión contencioso administrativa de nulidad consistente en una petición dirigida a la Sala Tercera para que ésta declare la nulidad por ilegal de los numerales 10 y 12 del Artículo Segundo, los numerales 10 y 12 del Artículo Tercero y el Artículo Cuarto del Decreto N° 378 del 24 de febrero de 2005, emitido por la Alcaldía de Panamá, que a la letra expresan:

Artículo Segundo: Las personas jurídicas deberán adjuntar a la solicitud los siguientes documentos: ...

10. Depósito de garantía por un monto de Cincuenta Mil Balboas (B/.50,000) el cual podrá consistir en dinero en efectivo, cheque certificado a favor de la Dirección Municipal de Aseo Urbano y Domiciliario, hipotecas, bonos del Estado, fianza de compañías de seguro o carta de crédito bancaria.
11. ...
12. Seguro de responsabilidad civil ambiental

Artículo Tercero: Las personas naturales deberán adjuntar a la solicitud los siguientes documentos: ...

10. Depósito de garantía por un monto de Cincuenta Mil Balboas (B/.50,000) el cual podrá consistir en dinero en efectivo, cheque certificado a favor de la Dirección Municipal de Aseo Urbano y Domiciliario, hipotecas, bonos del Estado, fianza de compañías de seguro o carta de crédito bancaria.
11. ...
12. Seguro de responsabilidad civil ambiental.

Artículo Cuarto: Los prestadores de los servicios de almacenamiento, recolección y transporte de los desechos sólidos no peligrosos, a que se refiere el presente Decreto, deberán obtener un permiso de operación el que tendrá un costo de Diez Mil Balboas (B/.10,000.00) anuales, pagaderos en su totalidad dentro de los diez (10) primeros días de cada año.

Sostiene el apoderado judicial del demandante que el acto impugnado ha infringido los artículos 2, 4, 23 de la Ley N° 41 de 27 de agosto de 1999; los artículos 9, 17, 44 de la Ley N° 106 de 8 de octubre de 1973; los artículos 7 y 32 de la Ley N° 41 de 1 de julio de 1998 y el artículo 24 de la Ley N° 6 de 22 de enero de 2002.

Las normas que se alegan infringidas son del siguiente tenor literal:

LEY N° 41 DE 27 DE AGOSTO DE 1999.

Artículo 2: Dicha transferencia de la Dirección Metropolitana de Aseo (DIMA) a los municipios de Panamá, San Miguelito y Colón conlleva la dirección, planificación, investigación, operación y explotación de los servicios relacionados con el aseo urbano y domiciliario en la región metropolitana.

Para los efectos de esta Ley se entiende por región metropolitana, la que comprende los distritos de Panamá, Colón y San Miguelito.

Artículo 4: Para el cumplimiento de los objetivos establecidos en el artículo 2 de la presente Ley, los municipios están facultados para fijar y cobrar tasas y tarifas razonables por los servicios ordinarios y especiales que presten, de manera que permitan sufragar el costo de su funcionamiento. Estas tarifas y tasas serán fijadas y revisadas periódicamente, por cada municipio, mediante una fórmula matemática que tome en cuenta los factores de la tarifa anual, el índice de precios al por mayor y una cantidad establecida en concepto de penalización por mora de usuario de manera que en todo tiempo se provean los fondos suficientes para mantener el servicio a la comunidad.

Igualmente, cada municipio podrá celebrar convenios relativos a los servicios administrativos de apoyo para el cumplimiento de sus objetivos y funciones, tales como el de cobro de tarifas y cualquier otra función necesaria.

Artículo 23: Los alcaldes de los distritos de Panamá, San Miguelito y Colón, tendrán la facultad de reglamentar, mediante decretos, los servicios señalados en el artículo 2 de esta Ley.

LEY 106 DE 8 DE OCTUBRE DE 1973.

Artículo 9: La jurisdicción del Municipio se extiende al respectivo distrito, el cual será denominado y delimitado por la Ley.

Artículo 17: Artículo 17. Los Consejos Municipales tendrán competencia exclusiva para el cumplimiento de las siguientes funciones:

1. ...
8. Establecer impuestos, contribuciones, derechos y tasas, de conformidad con las leyes, para atender a los gastos de la administración, servicios e inversiones municipales;

Artículo 44: Los Alcaldes tienen el deber de cumplir y hacer cumplir la Constitución y las Leyes de la República, los Decretos y órdenes del Ejecutivo y las Resoluciones de los Tribunales de Justicia ordinaria y administrativa. Los Alcaldes son jefes de policía en sus respectivos Distritos. Los Alcaldes cuando actúen como agentes del Gobierno, en desempeño de actividades ajenas a la autonomía municipal, quedarán subordinadas en tales casos, al Gobernador de la Provincia y a los organismos superiores de la jerarquía administrativa.

LEY N° 41 DE 1 DE JULIO DE 1998:

Artículo 7: La Autoridad Nacional del Ambiente tendrá las siguientes atribuciones:

1. ...
- 2.
3. Dictar normas ambientales de emisión, absorción, procedimientos y de productos, con la participación de la autoridad competente correspondiente en cada caso.

Artículo 32: La Autoridad Nacional del Ambiente dirigirá los procesos de elaboración de propuestas de normas de calidad ambiental, con la participación de las autoridades competentes y la comunidad organizada.

LEY N° 6 DE 22 DE ENERO DE 2002:

Artículo 24: Las instituciones del estado en el ámbito nacional y local, tendrán la obligación de permitir la participación de los ciudadanos en todos los actos de la administración pública que puedan afectar los intereses y derechos de grupos de ciudadanos, mediante las modalidades de participación ciudadana que al efecto establece la presente Ley. Estos actos son, entre otros, los relativos a construcción de infraestructuras, tasas de valoración, zonificación y fijación de tarifas y tasas por servicios.

Estima la parte demandante que los artículos 2, 4 y 23 de la Ley N° 41 de 27 de agosto de 1999 y 17 de la Ley 106 de 8 de octubre de 1973 han sido infringidos porque el Alcalde Municipal mediante el acto impugnado ha decretado tasas, impuesto o tarifas, cuando de acuerdo a la normativa antes citada al Alcalde solamente se le permite la dirección, planificación, investigación, operación y explotación del ase urbano y domiciliario, no así la capacidad de imponer tasas, impuestos o pagos de servicios a los asociados, pues esta función está destinada para la Asamblea Legislativa y los Concejos Municipales. En adición, considera el demandante que se ha violado el artículo 44 de la Ley 106 de 8 de octubre de 1973, pues el Alcalde ha dictado un decreto sin tener facultad o capacidad para ello.

Sostiene la parte actora que el acto impugnado viola el artículo 9 de la Ley 106 de 8 de octubre de 1973, pues la recolección de los desechos, actividad gravada por el acto impugnado, se da también en el Distrito de San Miguelito, es decir, dicha actividad se ejerce fuera de la jurisdicción del Municipio de Panamá.

Loas artículos 7 y 32 de la Ley N° 41 de 1 de julio de 1998, según el demandante, han sido infringidos por el acto administrativo, toda vez que la autoridad que emitió el acto no era la competente para dictar normas de calidad ambiental, pues es la Autoridad Nacional del Ambiente la competente para elaborar y reglamentar normas relacionadas con el tema ambiental.

Por último, se indica que el acto impugnado viola el artículo 24 de la Ley N° 6 de 22 de enero de 2002, toda vez que "la autoridad que emitió la norma no llamó a las personas que pudieran ser afectadas con la tasa, impuesto o tarifa de servicios para escucharlas en audiencia pública, por tanto no cumplió con el precepto que claramente indica la norma transcrita."

INFORME EXPLICATIVO DE CONDUCTA.

Mediante Nota No.D.S. 474 de 12 de abril de 2006, el Alcalde del Distrito de Panamá rindió el respectivo informe explicativo de conducta en donde expone que lo numerales impugnados "no imponen tasas ni tarifas para el uso del relleno sanitario de Cerro Patacón, debido a que dichos numerales sólo se refieren a requisitos, como el de un depósito de garantía y un seguro de responsabilidad, que nada tienen que ver con lo establecido en el artículo que se dice violado." Advierte el señor Alcalde que dicho decreto no hace más que ajustarse a lo que la Ley 41 de 1999 autoriza, pues solamente se circunscribe a reglamentar "el permiso de operación de los servicios de almacenamiento, recolección y transporte de desechos sólidos no peligrosos, con la participación del sector privado." Indica que el decreto objeto de impugnación "no crea ninguna norma ambiental, sino que establece como requisito, la presentación de un seguro de responsabilidad civil ambiental, expedido por una compañía aseguradora existente en la República de Panamá, para la obtención del permiso de operación."

OPINIÓN DE LA PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN.

Por su parte, el Procurador de la Administración, mediante Vista N° 881 de 7 de diciembre de 2006, advierte que "el acto administrativo demandado ha dejado de surtir efectos jurídicos al haber sido expedido el acuerdo 124 de 31 de octubre de 2006, publicado en la gaceta oficial 25,672 de 15 de noviembre de 2006, el cual versa sobre la misma materia..." Por tal motivo, señala el señor Procurador que se ha producido la desaparición del objeto litigioso y generado el fenómeno jurídico denominado "sustracción de materia".

DECISIÓN DE LA SALA.

La Sala pasa a examinar los cargos que se le atribuyen al acto administrativo impugnado, con la finalidad de resolver la presente controversia.

Observa esta Superioridad, que se impugnan los numerales 10 y 12 del Artículo Segundo, los numerales 10 y 12 del Artículo Tercero y el Artículo Cuarto del Decreto N° 378 de 24 de febrero de 2005, emitido por el Alcalde Municipal del Distrito de Panamá. Mediante el Decreto en cuestión se reglamenta el permiso de operación para la prestación de los servicios de almacenamiento, recolección y transporte de desechos sólidos no peligrosos, con la participación del sector privado.

Examinadas las constancias procesales, y analizados los argumentos de las partes, la Sala observa que los numerales 10 y 12 del Artículo Segundo y los numerales 10 y 12 del Artículo Tercero del Decreto N° 378 de 24 de febrero de 2005, emitido por el Alcalde Municipal del Distrito de Panamá no violentan las normas que se estiman infringidas por las razones que a continuación externamos:

1. En cuanto al numeral 10 del artículo segundo y del artículo tercero que hace referencia al Depósito de Garantía por un monto de Cincuenta Mil Balboas (B/.50,000) que las personas jurídicas o naturales deberán adjuntar a la solicitud para obtener el permiso de operación para la prestación de los servicios de almacenamiento, recolección y transporte de desechos sólidos no peligrosos, esta Superioridad sostiene que contrario a lo señalado por la parte demandante, el depósito de garantía no es un tributo, sino que constituye un instrumento mediante el cual se procura dotar de una mayor seguridad al cumplimiento de una obligación. En ilación, vemos que el Diccionario de la Real Academia Española define "garantía" como cosa que asegura y protege contra algún riesgo o necesidad.

2. En cuanto al numeral 12 del artículo segundo y del artículo tercero del Decreto N° 378 de 24 de febrero de 2005, que se refiere al seguro de responsabilidad civil ambiental que las personas naturales o jurídicas deberán adjuntar a la solicitud para obtener el permiso de operación para la prestación de los servicios de almacenamiento, recolección y transporte de desechos sólidos no peligrosos, este Tribunal Colegiado observa que a través del artículo 19 del Acuerdo 205 de 23 de diciembre de 2002 "Por el cual se establece y reglamenta el servicio de Aseo Urbano y Domiciliario y se dictan otras disposiciones relativas al manejo de los desechos sólidos no peligrosos en el Distrito de Panamá" el Consejo Municipal de Panamá establece:

Artículo 19: Seguro. Previo a la expedición del Permiso de Operación, el solicitante deberá hacer entrega al Municipio de Panamá de un seguro de responsabilidad civil ambiental, expedido por una compañía aseguradora existente en la República de Panamá, como medida de seguridad para el resarcimiento económico del daño que pueda causar por la mala práctica de sus operaciones y obligaciones. El Municipio de Panamá fijará el monto a asegurar y la respectiva póliza deberá mantenerse vigente durante todo el período que cubra la prestación de los servicios.

Vemos pues que este documento que enumera el Alcalde del Municipio Capitalino, es decir, el seguro de responsabilidad civil ambiental, es un requisito que con prioridad había sido establecido por el Consejo Municipal de Panamá. Asimismo, esta Superioridad estima que en relación a este tema, relativo a la documentación que se debe presentar para solicitar el referido permiso de operación, no se está elaborando ni dictando norma alguna sobre calidad ambiental.

En lo que respecta a la infracción de las normas supracitadas por parte del Artículo Cuarto del Decreto N° 378 de 24 de febrero de 2005, emitido por el Alcalde Municipal del Distrito de Panamá, quienes suscriben advierten que el Acuerdo 124 de 31 de octubre de 2006, emitido por el Consejo Municipal de Panamá, publicado en la Gaceta Oficial 25,672 de 15 de noviembre de 2006, versa sobre la misma materia a que se refiere este artículo cuarto, estableciendo un costo anual de Diez Mil Balboas (B/.10,000.00) por participar en la prestación del servicio de almacenamiento, recolección o transporte de los desechos sólidos no peligrosos de carácter comercial o industrial. En estas circunstancias, no puede emitirse un pronunciamiento de fondo en relación con el artículo cuarto del Decreto N° 378, pues al ser el Consejo Municipal de Panamá, la autoridad competente para imponer este tributo y quien efectivamente lo ha instituido mediante el Acuerdo 124, se ha producido la desaparición del objeto contencioso, y se ha constituido el fenómeno procesal conocido como sustracción de materia.

Sobre este tema, consideramos de importancia destacar lo expresado por el Magistrado Edgardo Molino Mola en Fallo de 12 de diciembre de 1994:

La naturaleza jurídica de la sustracción de materia implica una absoluta imposibilidad de pronunciarse de manera efectiva en relación a la pretensión del recurrente. Según el destacado procesalista panameño JORGE FÁBREGA, la sustracción de materia es un instituto poco examinado en la doctrina, pero debe ser entendido 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.

Por las razones explicadas, la Sala considera que lo procedente es declarar legales los numerales 10 y 12 del Artículo Segundo y los numerales 10 y 12 del Artículo Tercero del Decreto N° 378 del 24 de febrero de 2005, emitido por la Alcaldía de Panamá y, declarar sustracción de materia en lo que respecta al Artículo Cuarto del Decreto N° 378 del 24 de febrero de 2005.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Contencioso Administrativa, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECLARA LEGALES los numerales 10 y 12 del Artículo Segundo y los numerales 10 y 12 del Artículo Tercero del Decreto N° 378 del 24 de febrero de 2005, emitido por la Alcaldía de Panamá, y DECLARA SUSTRACCIÓN DE MATERIA en cuanto al Artículo Cuarto del Decreto N° 378 del 24 de febrero de 2005.

Notifíquese.

VICTOR L. BENAVIDES P.

WINSTON SPADAFORA F.

HIPOLITO GILL SUAZO

JANINA SMALL

Secretaria

REPUBLICA DE PANAMA

ÓRGANO JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA -PLENO- PANAMÁ, VEINTISÉIS (26) DE JUNIO DE DOS MIL SIETE (2007).

Vistos:

El licenciado JUAN CARLOS HENRÍQUEZ CANO, ha presentado acción de Inconstitucionalidad en contra del último párrafo del artículo 99 de la Ley 56 de 27 de diciembre de 1995, modificado por el artículo 13 del Decreto Ley N°7 de 2 de julio de 1997.

Indica el recurrente que la disposición objeto de inconstitucionalidad, es la que a continuación detallamos:

"Los bienes de dominio público son indisponibles, salvo que previamente sean desafectados por el Órgano Ejecutivo, por conducto del Ministerio de Hacienda y Tesoro, que reglamentará la materia".

Se indica que dicha normativa contraviene el artículo 258 de la Constitución Nacional al tenor de las razones que a continuación citamos:

2. Que el Artículo 99 de la Ley N°56 de 1995 crea una lesión letal a todo el abanico de Bienes de Dominio blico(sic) consagrados en el Artículo 258 de la Constitución Política, al delegar en el Órgano Ejecutivo, y más concretamente en el Ministerio de Economía y Finanzas la Desafectación, por vía ejecutiva o de gabinete, de un bien constitucionalmente reconocido como de Dominio Público y, por tanto, intransferible e inadjudicable. Con la inteligencia de la norma que acusamos, todo bien de dominio, contemplado en nuestra Constitución Política dejará de serlo y pasará a ser un bien patrimonial del Estado, y por ende, susceptibles de apropiación privada, mediante una simple disposición ejecutiva y reglamentario(sic) de menor jerarquía que la propia Constitución Política.

3. Nuestros Constituyentes jamás quisieron que los bienes de dominio público perdieran ese atributo o característica. Por esa razón, no existe norma alguna en nuestra Constitución Política que autorice la Desafectación de Bienes de Dominio Público y menos aún, la delegación de esa facultad a una ley ordinaria de menor jerarquía o a una reglamentación del Órgano Ejecutivo.

4.la Constitución Política....ha determinado cuáles son los bienes de dominio público y cuáles los de naturaleza patrimonial. No es entendible ni permisible que una Ley Ordinaria (jerárquicamente inferior a la Constitución) faculte al Órgano(sic)

para que modifique o desafecte esta categoría de bienes de dominio público, simplemente porque la Constitución no lo permite y es consabido que una ley común o una reglamentación del Órgano Ejecutivo no tiene la capacidad jurídica de modificar ni el contenido ni el espíritu de la Constitución Política. **En virtud de que el dominio público fue creado por un acto constitucional, su extinción o desincorporación solamente puede efectuarse por un acto de la misma naturaleza.**en el fallo.de 30 de diciembre de 2004, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia sentenció:

‘Debido a la importancia que implica lo anterior, **una norma de cualquier rango legal no puede transformar los bienes de dominio público en privados**’.

5. Concretamente, tratándose de la desincorporación de un bien del dominio público que está consagrado como tal en la Constitución Política, su ‘dominialidad’ sólo puede darse a través de una reforma a dicha Carta Magna con base al principio de la jerarquía y autoridad formal de la ley.

Como han afirmado los juristas Delgadillo y Lucero:

‘En principio es de mencionarse que, en virtud de que el dominio público fue creado por un acto legislativo, su extinción debe efectuarse por un acto de la misma naturaleza con base en el principio de autoridad formal de la ley’ (DELGADILLO GUTIERREZ, Luis Humberto y LUCERO ESPINOSA, Manuel. Op Cit. Página 72).

En nuestro país, tales bienes de dominio público han sido creados y consignados en el artículo 258 de nuestra Constitución Política Nacional, por lo que, toda extinción de dicha característica debe provenir por un acto de la misma naturaleza, es decir, Constitucional, y no a través de una simple Ley Ordinaria o un reglamento del ejecutivo como la que ahora se impugna".

Posterior a la interposición de la acción constitucional, la misma fue admitida y en consecuencia se le dio en traslado a la señora Procuradora General de la Nación, quien a través de la vista N°2 de 23 de enero de 2006, externó lo siguiente:

"La controversia constitucional planteada y presentada en esta oportunidad, gira en torno a la facultad del Estado en desafectar bienes de dominio público para luego ser convertidos en bienes patrimoniales y preserve su posible traspaso a particulares.

el dominio público, atendiendo al dominio que se ejerza sobre los bienes puede distinguirse entre: los de dominio eminente (poder del Estado sobre la totalidad del territorio de su jurisdicción), dominio público (bienes en los cuales se manifiesta la propiedad especial del Estado), y el dominio privado del Estado (bienes que pertenecen a las personas públicas y que no ostentan la categoría de bienes públicos).

arribamos a la conclusión que los bienes de dominio público son aquellos que literalmente pertenecen a todos los ciudadanos, siendo destinados al uso, goce y disfrute de la colectividad o para un servicio público, y que inclusive pueden haber sido considerados así, por afectación o destinación del Estado.

es oportuno preguntarnos, qué pasaría si por un lado, el uso de los bienes de dominio público que el Estado en su momento destinó, ya no son necesarios para el uso de la colectividad; o en su defecto, por cambios propios de la naturaleza se produzca que un bien pierda las características propias que lo constituyeron de dominio público. Antes esta disyuntiva, se presenta la figura jurídica denominada desafectación.

si los bienes que por su naturaleza constituyen de dominio público, por los embates de la propia naturaleza pierden estas características, el Estado tendría que pronunciarse, al respecto de la desafectación de los mismos, pues su razón de ser, es decir, sus particularidades naturales se han perdido; más palpable aún, resulta en los

casos de los bienes que el Estado destinó como de uso público, ya sea por vía constitucional o a través del legislador, y pierden su función para un servicio público o deja de ser utilizado por la colectividad, correspondería igualmente al Estado enunciarse en cuanto a su desafectación.

no comparto la afirmación del demandante en cuanto a que, se viola el principio de la jerarquía de las leyes, pues si observamos detenidamente el numeral 5 del artículo 258 de la Constitución Política, se establece, que inclusive a través de una Ley se puede estatuir un bien como de dominio o uso público; de manera contraria, entonces una Ley puede, atendiendo a las consideraciones que hemos desarrollado en párrafos anteriores, plasmar el procedimiento o regulación para desafectar los bienes de uso o dominio público, y luego convertirlos en Bienes Patrimoniales del Estado".

En consecuencia de lo anterior, todo aquel interesado en esta acción de Inconstitucionalidad podía hacer uso de la palabra por medio de los correspondientes escritos de alegatos, dentro de los que podemos mencionar los representantes de las firmas de abogados, Alfaro, Ferrer & Ramírez y Galindo, Arias y López. En el primer caso se manifestó:

"La norma constitucional anteriormente invocada (art. 258) lo que expresamente no permite es la apropiación privada sobre los bienes de uso público, mas no prohíbe que un bien de uso público pueda transformarse (por dejar de estar destinado al uso general) en un bien patrimonial del Estado. En este sentido, que si bien la Constitución Nacional no permite que un bien de uso público pueda ser objeto de apropiación privada, se puede, sin embargo, hacer cese el uso al cual esta(sic) destinado un bien, y conseguir así que pase de una categoría a otra. Lo que no es posible, por mandato constitucional, es que manteniendo su categoría de dominio público, sea traspasado a un particular.

El demandante.....desarrolla una novedosa teoría.....que es posible resumir así: En vista de que nuestra Constitución señala cuáles son los bienes de dominio público, sólo es posible desafectarlos, a fin de que se constituyen en bienes de dominio privado, a través de un acto de igual jerarquía, es decir a través de una reforma constitucional. En realidad, la tesis del demandante equivale a decir que nuestro actual régimen constitucional y legal no permite la desafectación y que, por ende, ésta es sólo posible a través de una reforma constitucional que expresamente la permita. Tal argumento llevaría, asimismo, a la conclusión de que las normas del Código Civil que contemplen la desafectación son inconstitucionales puesto que admiten un supuesto que la Constitución proscribe.

Por su parte la firma Galindo, Arias y López considera lo siguiente:

"...una vez que el bien de dominio público cambie su naturaleza o destino, esa desafectación o desgravamen coloca al bien de dominio público en la categoría de bien patrimonial y, por tanto, puede entrar al dominio privado por los mecanismos de la licitación pública o el concurso o la contratación directa.

en la sentencia de 1970, la Corte llegó a la conclusión, a nuestro juicio correcta, de que el Estado puede desafectar bienes de dominio público por medio de un acto administrativo. Si ello es así con mayor razón lo pudo hacer a través de una ley, como en efecto aconteció con al Ley 5 de 1988 sobre Concesiones Administrativas, específicamente el artículo 2 de la misma, y como también se dispone en el último párrafo del artículo 99 de la Ley 56 de 1995.

La disposición cuestionada prevé la modificación de la condición de un bien de dominio público a través de la desafectación. De suerte que entramos en el análisis de que la determinación de la naturaleza de un bien como de dominio público o como bien patrimonial del Estado es opción de política legislativa.

en nuestro derecho positivo es aceptable y de recibo la figura jurídica de la desafectación como medio legal de variar la naturaleza de los bienes de dominio público, sin que ello implique infracción de norma constitucional alguna. De allí que la pretendida inconstitucionalidad propuesta por el actor no tenga sustento alguno, y por lo mismo, debe ser negada".

Consideraciones y Decisión del Pleno:

Expresadas las opiniones tanto del recurrente, la señora Procuradora General de la Nación y los demás interesados, se procede a dirimir la encuesta constitucional que nos ocupa.

Recordemos que lo que se impugna a través de este medio, lo es el último párrafo del artículo 99 de la Ley 56 de 27 de diciembre de 1995, modificado por el artículo 13 del Decreto Ley N°7 de 2 de julio de 1997, que a la letra dispone, "Los bienes de dominio público son indisponibles, salvo que previamente sean desafectados por el Órgano Ejecutivo, por conducto del Ministerio de Hacienda y Tesoro, que reglamentará la materia".

En este contexto, quien recurre a través de la acción de Inconstitucionalidad considera que dicha disposición contraviene el artículo 258 de la Constitución Nacional, ya que se pretenden transformar bienes de dominio público en privados por medio de una disposición de rango legal menor a la que los creo, o sea la Carta Magna. Es decir, que según criterio del recurrente, la desincorporación de bienes de dominio público sólo puede realizarse mediante una reforma constitucional.

Esta tesis es adversada tanto por la señora Procuradora General de la Nación, como por el resto de los interesados que plasmaron su opinión al respecto, ya que según ellos, es perfectamente viable la desafectación de bienes de dominio público mediante mecanismos distintos a la norma constitucional.

Por lo expuesto, resulta evidente que es éste el tema medular a debatir, analizar y decidir, sin olvidar la obligación de verificar si lo impugnado vulnera cualquier otra norma constitucional.

A fin de cumplir a cabalidad con esta tarea de guarda de la constitución, resulta de imperiosa necesidad aclarar una serie de conceptos que dan lugar a ciertas discrepancias entre las partes intervinientes en el caso que nos ocupa. En ese sentido, conviene indicar lo que debe entenderse por desafectar o desafectación, siguiendo para ello lo que en ocasión previa manifestó la Procuraduría de la Administración:

"Considera la Procuradora de la Administración que el dominio público tiene características muy propias que lo excluyen del comercio; que existe una figura jurídica que permite que los bienes puedan formar parte del dominio privado y esta es la desafectación, la cual opera por voluntad del Estado a través de un acto público..". Fallo de 5 de diciembre de 1997. Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo. Mag Edgardo Molino Mola.

En ese sentido, es oportuno hacer alusión a las citas traídas a colación por los terceros interesados, quienes se valieron de distintos autores y pronunciamientos jurisprudenciales para sustentar su postura:

"56. 'Desafectar' un bien significa sustraerlo de su destino al uso público, haciéndolo salir, por lo tanto, del dominio público para ingresar al dominio privado, sea del Estado o de los administrados.

57. La naturaleza jurídica de la desafectación es correlativa a la de la afectación, de la cual no difiere.

Como lo expresaré al referirme a las 'formas' de la desafectación (N°62), ésta en definitiva y según la índole del bien que se considere, puede efectuarse por una 'manifestación de voluntad' del poder público (ley o acto administrativo) o por 'hechos' (naturales o humanos).

Los efectos de la desafectación pueden resumirse así: a) el bien o cosa sale del dominio público y pasa al dominio privado; b) como corolario de ello, cesan los derechos de uso-común o especial-que se ejercían sobre la dependencia desafectada; c) cesan igualmente todas las consecuencias derivadas del carácter de 'inalienables' que revestía la dependencia dominial desafectada; d) los 'accesorios' pierden su carácter dominial.

59. Cualquier bien público puede ser desafectado, ya se trate de bienes que integren el llamado dominio público 'natural' o de bienes que integren el llamado dominio público 'artificial'.

No existe, pues razón, alguna que se oponga a la desafectación de cualquier bien público, ya se trate de los que integran el dominio llamado 'natural' o de los que integran el dominio llamado 'artificial', desafectación que puede efectuarse por cualesquiera de los medios reconocidos al respecto por el derecho-compatibles con la índole del respectivo bien.

En consecuencia, la desafectación de un bien o dependencia dominial, lograda o efectuada por cualquier medio reconocido al respecto por el derecho, siempre y cuando la efectúe o disponga la autoridad competente para ello, importa el ejercicio legítimo de una potestad legal." (Marienhoff, Miguel. Tratado del Dominio Público. Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1960. pág 175).

el fenómeno de la desafectación que consiste en que un bien que tenía la calidad de bien de uso público deja de serlo por decisión de autoridad competente, cuando ya no es necesario para la comunidad.

Finalmente, parece predominar el aspecto de la afectación o desafectación formal, en el sentido de que el carácter de uso público de un bien dependerá en últimas del régimen jurídico al cual sea sometido, lo que implica en el fondo una decisión expresa o tácita de la autoridad para considerar dicho bien como de uso público o para dejar de considerarlo como tal". (Rodríguez R, Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano. Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá-

Colombia. Séptima Edición, 1994. pág 177).

En cuanto a la definición de bienes de dominio público, podemos traer a colación los siguientes conceptos:

"Bien de dominio privado: Aquel cuya propiedad pertenece (o es susceptible de pertenecer) a un particular.

Bien de dominio público: El destinado al uso o servicio público; tales como los caminos, los ríos, las playas.

Dominio del Estado: Es el que el Estado ejerce sobre su territorio o, según otros autores, el conjunto de bienes de todas clases y de derechos patrimoniales de que dispone y que se encuentran destinados a asegurar directa o indirectamente el funcionamiento de los servicios públicos o la realización de fines de utilidad pública. El dominio del Estado puede ser: a) público, que recae sobre bienes que, por resultar indispensables a las necesidades de utilidad pública, se encuentran sometidos a un régimen jurídico excepcional (inalienabilidad, imprescriptibilidad, inembargabilidad), tendiente a impedir que se desvíen de los fines a que están destinados.". (Ossorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1996. págs 126 y 362).

Del último de los conceptos citados, emergen ciertos principios que regulan la materia que es objeto de esta iniciativa constitucional y de los que en relación a la inalienabilidad e imprescriptibilidad se ha indicado lo siguiente, " La inalienabilidad nace con la afectación y dura mientras el bien está afectada al dominio público. Esto quiere decir que la inalienabilidad y afectación son nociones conceptuales interdependientes y que si con relación a un bien determinado se sostiene la necesidad de su afectación, se está predicando también la imposibilidad de su enajenación. La inalienabilidad es un medio jurídico a través del cual se tiende a hacer efectiva la protección de los bienes dominiales, a los efectos de que ellos cumplan el fin que motivó su afectación. Se trata, además, de reservar los bienes del dominio público a las generaciones futuras, de allí que la venta de un bien perteneciente al dominio público resulta ser un acto jurídico inexistente por falta de objeto lícito. La inalienabilidad garantiza la inseparabilidad de los bienes de la función pública, manteniendo la titularidad administrativa" (www.todoel_derecho.com). En cuanto a la imprescriptibilidad se ha manifestado, " Este principio tiene por objeto conservar el dominio público en su integridad. Se trata de que el dominio público que de y sea en todo el momento dedicado a uso directo o indirecto de la colectividad. La imprescriptibilidad subsiste en tanto los bienes mantienen la dominialidad, pero si se produce la desafectación, pasarán a constituir bienes privados y aquel principio desaparecería. La desafectación nunca podrá ser tácita, en el sentido de que la posición de un particular que intenta prescribir, no puede llegar a producir esa desafectación".

De esta serie de conceptos generales, se pueden aclarar una serie de ideas presentes en el caso que nos ocupa , así como arribar a diversas consideraciones relacionadas a la presente controversia constitucional.

En ese orden de ideas, podríamos indicar que la figura de la afectación vendría a constituir el medio por el cual se crean bienes de uso de la colectividad o también denominados de dominio público. No obstante, esta calidad o clasificación de los bienes puede desaparecer, es decir, los bienes que han sido considerados como de uso público, pasan al dominio privado del Estado o de los particulares, perdiendo por consiguiente ese carácter de dominio público a través de la figura de la desafectación. A ello se podría agregar que "La desafectación puede concretarse a un acto legislativo o en un acto administrativo. También pueden los hechos servir de base a la desafectación, pudiendo estos ser naturales o humanos"

.(www.todoelderecho.com).

De lo antes expuesto, resulta evidente que la desafectación de un bien de dominio público no está sujeta única y exclusivamente a la vía constitucional, es decir, por medio de una reforma constitucional; sino que ello también puede ser el resultado de un pronunciamiento de alguno de los órganos del Estado e incluso de hechos provenientes de la naturaleza.

Ante este planteamiento, quedaría en evidencia que no puede aceptarse el argumento del recurrente, en el sentido que la **única forma** de desafectación de los bienes de dominio público es a través de una autorización de una norma de orden constitucional, como afirma en el hecho quinto numeral tras de su demanda, toda vez que como veremos seguidamente, no todos los bienes de dominio público son creados por la vía constitucional (cfr fj 2 y 3 del expediente).

Indicado lo anterior, habría que determinar si los bienes de dominio público que han sido enumerados en el artículo 258 de la Constitución Nacional, sólo pueden ser desafectados a través de una reforma constitucional o ello puede llevarse a cabo a través de una normativa de menor jerarquía.

Ante este panorama, iremos desglosando todos y cada uno de los aspectos que encierra la redacción tanto de la norma considerada inconstitucional, como la disposición de la Carta magna que se considera infringida, sin olvidar con ello lo externado por el recurrente, la señora Procuradora General de la Nación y los terceros interesados en el caso que nos ocupa.

Primeramente debemos indicar, que por la forma en que ha sido redactado el último párrafo del artículo 99 de la Ley 56 de 27 de diciembre de 1995, modificado por el artículo 13 del Decreto Ley N° 7 de 2 de julio de 1997, que dispone, " Los bienes de dominio público...", pareciese referirse a **todos y cada uno de los bienes de dominio público** , tanto los

creados y enumerados por la Constitución Nacional en el artículo 258, como los demás a los que se ha dado nacimiento por disposiciones legales de menor rango, tal y como lo permite el numeral 5 de dicha disposición. Situación que a consideración de este Máximo Tribunal de Justicia, constituye uno de los puntos ejes en esta controversia, tal y como veremos a medida que desarrollemos nuestras explicaciones constitucionales.

En relación a la redacción de las normas que se estudian en este caso, debemos recordar que en cuanto al artículo 258 de la Constitución Nacional, el desarrollo de la misma, principalmente el numeral 5, es un ejemplo claro de una normativa marco, ya que da las pautas para su posterior desarrollo, ello es así porque permite que a través de normas legales de menor rango, se creen nuevos bienes de dominio público, y que son distintos y aparte de los descritos en los numerales que lo preceden. Precisamente por esta razón, podría permitirse su desafección a través de disposiciones o actos de menor rango que la Carta Magna.

Tomando en consideración lo que se ha indicado sobre la redacción tanto de la norma considerada inconstitucional, como del artículo 258 de la Norma Fundamental, habría que determinarse si los bienes de dominio público creados a través de los numerales 1,2, 3 y 4 del citado artículo constitucional, merecen un trato distinto a los que se creen por disposiciones de menor jerarquía que la Constitución Nacional (numeral 5 de este artículo). Es decir, que si la declaratoria de desafección de unos y otros, varía por el hecho de ser creados por disposiciones de distinto rango jerárquicos. Y si de ser así, cómo operaría la disposición impugnada de inconstitucional, toda vez que hemos arribado a la conclusión que en su redacción se incluyen ambas categorías de bienes de dominio público, por así indicarlo.

Concretizando, si de poderse desafectar los bienes de dominio público, hay que recordar que en el caso de la legislación patria, parte de ellos han sido dispuestos por la Constitución Nacional y otros por normativas inferiores a ésta, y que por este hecho, estos últimos pudiesen ser desafectados por actos de organismos del Estado, y no necesariamente a través de una reforma Constitucional. Es decir, que esta Corporación de Justicia no desconoce el hecho que los bienes de dominio público puedan ser desafectados por otros medios distintos a la reforma constitucional. Sin embargo, hay que entender en debida forma y respetar el verdadero sentido de la pirámide de Kelsen, y su correlativa aplicación al ordenamiento jurídico panameño:

a) Constitución.

b) Tratados o Convenios Internacionales.

c) Leyes formales-decretos leyes-decretos de gabinete.Decretos de gabinete sobre aranceles y tasas aduaneras-jurisprudencia obligatoria

d) Reglamentos constitucionales.

e)Decretos.ejecutivos-decretos.de.gabinete-resoluciones.de.gabinete-estatutos reglamentos ordinarios-reglamentos autónomos. Acuerdos de órganos del Estado. Acuerdos de instituciones autónomas-resueltos ministeriales-resoluciones generales.

f) Acuerdos municipales-decretos alcaldicios-reglamentos alcaldicios

g).Decisiones.administrativas-sentencias.judiciales-contratos-actos.de.autoridad-órdenes-laudos arbitrales.

h) Doctrina constitucional-reglas generales de derecho.

Costumbres conforme a la moral cristiana.

(* Dictados en épocas de facto

** Tomado de: Molino Mola, Edgardo. La Jurisdicción Constitucional en Panamá en el Estudio.de.Derecho.Comparado.Biblioteca.Jurídica.Dike.Primer.Edición 1998.pág110).

De lo anterior resulta claro y evidente, que la Constitución Nacional se ubica en la cima de la pirámide, es decir por encima de las leyes formales y demás normativas legales o reglamentarias. Ante este hecho, y en adición a que existen bienes de dominio público creados a través de la Carta Magna y otros no, resulta evidente que unos y otros no pueden ser tratados en igualdad de condiciones, ya que podría incurrirse en contravenciones de la Norma Fundamental, al aceptarse que normativas de menor rango desafecten aquellos bienes de dominio público que han sido creados constitucionalmente. Situación distinta sería en el caso de aquellos dispuestos a través de normativas de menor rango, ya que por ese hecho, es evidente que su desafección no necesariamente debe realizarse a través de una reforma constitucional, ya que la propia Constitución Nacional permite que por vía legal se creen otros bienes de dominio público, tal y como lo hace el Código Civil. En atención a este mandato constitucional, los bienes de dominio público así creados, son a parte o distintos a los específicamente enumerados por la norma constitucional en cuestión.

Lo antes indicado nos permite concluir además, que es la propia Constitución Nacional la que crea cierta división entre los bienes de dominio público; aquellos creados y enumerados taxativamente en los numerales 1, 2,3 y 4, y los demás dispuestos a través de normas de menor rango, tal y como lo dispone el literal 5 de la misma normativa. Es decir, que tomando en consideración el término expuesto por la señora Procuradora General de la Nación a foja 25 del expediente y 7 de su concepto, es la propia Carta Magna la que permite "estatuir" bienes de dominio público por dos vías. Situación que a su vez incide en la forma de desafectación de los mismos.

Si aceptáramos que los bienes de dominio público enumerados en los literales 1, 2, 3 y 4 del artículo 258 de la Constitución Nacional pueden ser desafectados por normativas legales de menor rango, tendríamos que aceptar que a través de una resolución del Ministerio de Economía y Finanzas, se podría desafectar por ejemplo el Mar Territorial. Imaginémonos sólo por un instante esta posibilidad, así como la magnitud y envergadura que este hecho tendría sobre los bienes de dominio público dispuestos por la Constitución Nacional. En adición a ello, y si analizamos detenidamente todos y cada uno de los bienes enumerados en los literales indicados, debemos aclarar que aún cuando se den transformaciones de la naturaleza, los mismos mantienen la calidad de uso público, es decir que resulta casi imposible que por ejemplo, el mar territorial perdiese esta utilidad por la sola ocurrencia de un evento de la naturaleza. En el caso del mar territorial, lo que en él pudiese variar o modificarse, es su amplitud, pero es muy poco probable que lo que cambie con ese hecho de la naturaleza, sea su finalidad de uso de la colectividad.

Pero, ¿a dónde se quiere llegar con este preámbulo? Precisamente a un aspecto que no se puede escapar de nuestro estudio, y que está íntimamente relacionado con los bienes dispuestos en los ya mencionados numerales. Y es que los bienes enumerados en la disposición constitucional citada, pertenecen a aquellos bienes de dominio público naturales, cuya modificación como bienes de utilidad pública (desafectación), es mucho más difícil y distinta que la de los conocidos como artificiales. Tal y como se puede apreciar en la cita que a continuación detallamos, "**Clasificación de los bienes de dominio público** B. En razón de su formación: Dominio natural: formado por aquellos bienes que tienen naturalmente una determinada estructura y composición. Dominio artificial: se refiere a las plazas, calles, caminos y otras obras públicas construidas para utilidad o comodidad común.

La circunstancia de tratarse de bienes naturales y artificiales depende fundamentalmente de todo lo relativo a la afectación y a la desafectación. Según sea la naturaleza del bien de que se trata, la afectación y la desafectación podrán efectuarse por: 1) hechos o actos administrativos, si se trata de bienes artificiales; y 2) el pertinente acto legislativo si se trata de bienes naturales. Además, se debe tener presente que la delimitación se vincula a los bienes naturales, mientras que la alineación se vincula a los bienes artificiales".

De lo anterior, queda en evidencia que incluso la figura de la desafectación, no opera de igual forma en los bienes de dominio público naturales (como los enumerados en el artículo 258 de la Constitución Nacional) y los denominados artificiales.

Ubicándonos específicamente en el contenido de la disposición impugnada, nos encontramos nuevamente con el problema de la redacción del mismo. Y es que dicha disposición indica que la desafectación se hará por parte del "Órgano Ejecutivo, por conducto del Ministerio de Hacienda y Tesoro, que reglamentará la materia", frase que al analizarla, estaría limitando el poder de desafectación única y exclusivamente a este Órgano del Estado, y más específicamente en uno de sus ministerios, lo que evidentemente sí implicaría que la desafectación sólo pudiera llevarse a cabo a través de una sola fórmula, dejando por fuera no sólo la reforma constitucional, sino las demás que se pudiesen realizar por disposiciones legales de menor rango que esta, y provenientes de autoridades distintas al Ministerio de Hacienda y Tesoro, hoy Economía y Finanzas; en cabeza que quien sólo estaría la posibilidad de desafectación de los bienes de dominio público. En virtud de ello, y retomando alguno de los argumentos vertidos tanto por el recurrente, e incluso los emitidos por la señora Procuradora General de la Nación y los terceros interesados que en conjunto adversan la postura del accionante, resulta evidente la contravención de la Constitución Nacional en cuanto a esta frase, ya que la misma iría en contra de aquella posibilidad de desafectación de bienes de dominio público a través de distintas fórmulas, que es lo alegado por los terceros interesados y la jefa del Ministerio Público. Esto es así, porque en el caso de la frase que analizamos, la desafectación sólo sería posible por medio de una sola vía, únicamente por medio del Ministerio de Economía y Finanzas. Traemos a colación lo dispuesto por las demás partes intervinientes, ya que los mismos coinciden en indicar que la desafectación de bienes de dominio público no está restringida sólo a la reforma constitucional o a una sola fórmula, sino a través de otras vías. Este argumento, es perfectamente aplicable al caso de la frase que estudiamos, ya que si bien no se habla de la desafectación constitucional que es el principal motivo de controversia, sí se hace evidente que esa desafectación sólo sería posible únicamente a través de la decisión del Ministerio de Hacienda y Tesoro, hoy Economía y Finanzas.

En ese sentido, debemos reconocer que no toda la redacción de la disposición impugnada contraviene la Constitución Política de la República, ya que resulta cierto aquel extracto que indica que, "Los bienes de dominio público son indisponibles, salvo que previamente sean desafectados.",sin embargo, y al tenor de la explicación y análisis arriba formulado, resulta violatoria de la Carta Magna el resto de la frase, ya que pretende ubicar en cabeza del Ministerio de Economía y Finanzas, la única posibilidad de desafectar los bienes de dominio público.Pretensión que se encuentra inmersa en la frase que reza, "por el Órgano Ejecutivo, por conducto del Ministerio de Hacienda y Tesoro, que reglamentará la materia"Razón por la que debemos concluir que sólo es esta la frase que debe ser considerada inconstitucional, dado que el resto del párrafo impugnado, no contraviene disposición constitucional alguna.

Antes de concluir, conviene recordar que para entender todo lo relacionado a los bienes de dominio público, hay que tener siempre presente los principios y características que los gobiernan, y que tal y como se ha explicado, lo que se pretende a través del reconocimiento de los bienes de dominio público, es que mantengan ese carácter de uso de la colectividad, y su consecuente prohibición de apropiación privada, situaciones para las que se ha creado la figura de la concesión administrativa. En adición a ello, ha quedado demostrado que no es criterio ni querer de esta Corporación de Justicia, desconocer la figura de la desafectación y sus distintas formas, sino que la declaración de ella se haga en estricto apego y respeto a la Constitución Nacional.

Recapitulando las explicaciones formuladas, podemos indicar que es claro que no existe una sola forma de desafectar bienes de dominio público, sino más de una. Ello se debe en gran medida al tipo de bien que se ha de desafectar, de si el mismo es natural o artificial, si ha sido creado por la Constitución Nacional o por normas de menor jerarquía. Razón por la cual no podemos aceptar la postura del recurrente, en el sentido que la única forma de desafectación es la reforma constitucional. Situación que igualmente nos conduce a considerar inconstitucional la frase, "...por el Órgano Ejecutivo, por conducto del Ministerio de Hacienda y Tesoro, que reglamentará la materia" , ya que la misma impide la desafectación de bienes de dominio público a través de otros medios que no sean los pronunciamientos emitidos por el Ejecutivo a través del Ministerio de Hacienda y Tesoro, hoy Economía y Finanzas. Lo que a su vez se traduce en que esta disposición, sólo reconoce una sola vía de desafectación, desconociendo con ello, aquella que se puede llevar a cabo a través de una reforma constitucional o la de rango legal, lo que hemos concluido que es perfectamente viable. Ante este hecho, la frase anteriormente citada, incurre en lo que podríamos denominar una doble violación de la Constitución Nacional, ya que no sólo está imponiendo la facultad de desafectar los bienes de dominio público en una solo entidad o a través de una sola fórmula, sino que además, pretende tratar de igual forma la desafectación de los bienes creados por la Carta Magna como los dispuestos por normas de menor rango, aún cuando hemos concluido que la desafectación de unos y otros no puede hacerse a través de los mismos métodos, toda vez que los primeros, sólo podrían ser desafectados a través de una reforma constitucional. La redacción de la frase analizada, está desconociendo la pirámide de Kelsen, y en consecuencia la contravención de la Norma Fundamental.

En mérito de lo expuesto, el Pleno de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECLARA QUE ES INCONSTITUCIONAL la frase por el Órgano Ejecutivo, por conducto del Ministerio de Hacienda y Tesoro, que reglamentará la materia", contenida en el último párrafo del artículo 99 de la Ley 56 de 27 de diciembre de 1995, modificado por el artículo 13 del Decreto Ley N°7 de 2 de julio de 1997.

Notifíquese.

MAG. ALBERTO CIGARRUISTA CORTEZ

MAG. MIRTHA VANEGAS DE PAZMIÑO

MAG. HARLEY J. MITCHELL D.

MAG. ANIBAL SALAS CESPEDES

MAG. WINSTON SPADAFORA F.

MAG. JOSE A. TROYANO

MAG. ADAN A. ARJONA L.(CON SALVAMENTO DE VOTO)

MAG. ESMERALDA AROSEMENA DE TROITIÑO(CON SALVAMENTO DE VOTO)

MAG. VICTOR L. BENAVIDES P.

Lcda. YANIXSA Y. YUEN (Secretaria General).

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

ADÁN ARNULFO ARJONA L.

De la manera más comedida y firme debo manifestar que me aparto en forma categórica de la decisión de mayoría por las razones que a continuación se precisan:

- 1.- El fallo de mayoría resuelve el fondo de la demanda de inconstitucionalidad presentada contra una norma de la Ley N° 56 de 27 de diciembre de 1995, por la cual se regulaba la contratación pública en nuestro país.
- 2.- Es de conocimiento general que, con el fin de lograr un mayor control y rendimiento de los fondos públicos, fueron promulgadas nuevas disposiciones y creadas distintas instituciones con miras a satisfacer las necesidades colectivas, a raíz de lo cual surge un nuevo sistema de contratación pública recogido en la Ley N° 22 de 27 de junio de 2006, promulgada en la Gaceta Oficial N° 25,576 de 28 de junio de 2006.

3.- Es preciso señalar que la Ley N° 56 de 1995 fue subrogada por la Ley N° 22 de 27 de junio de 2006, que empezó a regir el 28 de diciembre de 2006, tal y como lo señala expresamente el artículo 132:

"Artículo 132. Modificación, subrogación y derogación. La presente Ley modifica el artículo 1 del Decreto Ley 7 de 2 de julio de 1997, subroga la Ley 56 de 27 de diciembre de 1995 y ...".

4.- Siendo que la Ley N° 22 de 27 de junio 2006 establece las nuevas reglas y principios básicos que regirán el sistema de contratación pública en nuestro país, quedan sin efecto jurídico las disposiciones contenidas en la Ley N° 56 de 1995, razón por la cual se ha producido la extinción del objeto del proceso de inconstitucionalidad promovido por el licenciado Juan Carlos Henríquez Cano.

5.- Finalmente, de acuerdo a los pronunciamientos previos del Tribunal Constitucional, es evidente que el presente proceso constitucional deviene sin objeto y lo procedente, en mi opinión, es declarar la sustracción de materia y ordenar el archivo del expediente.

Apoyado en las razones que expongo, respetuosamente manifiesto que, **SALVO EL VOTO.**

Fecha ut supra.

ADÁN ARNULFO ARJONA L.

LCDA.YANIXSA YUEN

SECRETARIA GENERAL

SALVAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA

ESMERALDA AROSEMENA DE TROITIÑO

Respetuosamente,paso a exponer las razones que me llevan a apartarme del fallo de mayoría y que sustentan mi salvamento de voto, en los siguientes término:

En primer lugar, debo indicar que, oportunamente y pese a ser la última Magistrada que leyó el entonces proyecto (ahora acogido defintivamente), advertí la inconveniencia de emitir un fallo, dado que la norma tachada de inconstitucional, había sido derogada y dejada de aplicarse desde el mes de diciembre de 2006.

En efecto,la presente demanda, en la cual se cuestiona la constitucionalidad del artículo 99 de la Ley 56 de 27 de diciembre de 1995 (modificado por el artículo 13 del Decreto Ley 7 de 2 de julio de 1997), fue presentada el 20 de mayo de 2005.

Sin embargo, para la fecha en que se presenta el proyecto a lectura del resto de los magistrados (27 de marzo de 2007), ya había entrado a regir la Ley 22 de 27 de junio de 2006, que regula la contratación pública y dicta otras disposiciones, promulgada en la G.O. 25,576 de 28 de junio de 2006 (entró a regir desde el mes de diciembre de 2006). Esta ley 22 de 2006, en su artículo 132, indica que la misma subroga la Ley 56 de 27 de diciembre de 1995, y que deroga el artículo 13 del Decreto Ley 7 de 2 de julio de 1997, es decir, la norma que se ataca de inconstitucional en la presente acción.

Como quiera que la norma atacada de inconstitucional ha desaparecido del mundo jurídico pro efecto de la derogación de la misma, se ha perdido el objeto de la presente demanda y en consecuencia lo que correspondía era decretar la sustracción de materia, tal como se ha resuelto en casos similares y con base en el artículo 992 del Código Judicial (ver fallo del Pleno de 2 de agosto de 2006, MP Victor Benavides).

La decisión adoptada por la mayoría del Pleno, al declarar inconstitucional una norma legal que ya no existe, no sólo implica una inversión inútil de los recurso de esta Corporación de justicia, sino también un lamentable precedente que desluce la importante.e.indelegable misión de la guarda del orden constitucional que le corresponde a este máximo Tribunal, que al emitir un fallo de esta naturaleza, deja en evidencia el deficiente manejo que la normativa legal y su aplicación en el tiempo.

En atención a las consideraciones anteriores, SALVO MI VOTO en los término ya explicados.

Fecha, tu supra.

MAG. ESMERALDA AROSEMENA DE TROITIÑO

LCDA. YANIXSA YUEN

SECRETARIA GENERAL

REPUBLICA DE PANAMA

ORGANO JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- PLENO.-PANAMÁ, TREINTA (30) DE JUNIO DE DOS MIL OCHO (2008).-

VISTOS:

En conocimiento del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, se encuentran sendas DEMANDAS DE INCONSTITUCIONALIDAD promovidas contra los DECRETOS EJECUTIVOS N°317 DE 25 DE AGOSTO DE 2004, N° 318 DE 26 DE AGOSTO DE 2004 y N°321 DE 30 DE AGOSTO DE 2004, expedidos por Mireya Moscoso, ex-Presidenta de la República, con la participación de Arnulfo Escalona Ávila, ex-Ministro de Gobierno y Justicia, mediante los cuales se indultaron a un número plural de personas, dentro de diversas actuaciones penales que investigaban delitos electorales, ecológicos, contra la vida y la integridad personal, contra la personalidad jurídica del Estado, contra la administración pública, contra el honor, contra el patrimonio, contra la fe pública, contra la seguridad colectiva, contra la economía nacional y tenencia ilegal de explosivos.

Las iniciativas constitucionales dirigidas contra los citados Decretos Ejecutivos, fueron promovidas por el PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN Y POR LOS LICENCIADOS CARLOS HERRERA MORÁN, JULIO BERRÍOS, RAFAEL RODRÍGUEZ, ASCARIO MORALES, SILVIO GUERRA, ANTONIO GUARDIA OSES, MARITZA ROYO y MIGUEL ANTONIO BERNAL.

Las demandas fueron acumuladas en un solo expediente identificado con el número de entrada 918-04, a fin de resolver mediante un solo pronunciamiento jurisdiccional, dando preponderancia al principio de economía procesal, en razón de que la materia controvertida es idéntica: en todas se alega la inconstitucionalidad de los supracitados Decretos Ejecutivos.

Se advierte que, a excepción de la iniciativa formulada por los licenciados Julio Berríos, Rafael Rodríguez, Ascario Morales y Silvio Guerra, el resto de los activadores judiciales plantean los cargos de infracción constitucional, mediante la interposición de sendas demandas autónomas de inconstitucionalidad, siendo esa la vía idónea para traer al escenario jurídico la discusión sobre el vicio constitucional alegado, de conformidad con el texto del artículo 2559 del Código Judicial.

Los licenciados Berríos, Rodríguez, Morales y Guerra emplearon una iniciativa procesal, que no es la adecuada para dirimir el vicio de inconstitucionalidad que se les atribuye a los mencionados Decretos Ejecutivos. Los accionantes proponen la inconstitucionalidad de tales actos mediante una advertencia de inconstitucionalidad, lo cual resulta incorrecto pues, esta vía judicial está reservada exclusivamente para aducir la inconstitucionalidad de una disposición legal o reglamentaria aplicable al caso, y evidentemente que los Decretos Ejecutivos no tienen esa particular condición jurídica.

Hecha esta consideración, el Pleno de la Corte pasa de inmediato a determinar si los decretos de indulto censurados, vulneran alguna norma de rango superior contenida en nuestra Carta Fundamental, previo los siguientes planteamientos.

LOS ACTOS CENSURADOS

Se censura la constitucionalidad de los Decretos Ejecutivos N°317 de 25 de agosto de 2004, N° 318 de 26 de agosto de 2004 y N°321 de 30 de agosto de 2004, expedidos por Mireya Moscoso, ex-Presidenta de la República, con la participación de Arnulfo Escalona Ávila, ex-Ministro de Gobierno y Justicia.

En estos actos ejecutivos, se deja establecido que se decreta indulto de acuerdo a lo preceptuado en el numeral 12 del artículo 179 de la Constitución Nacional (hoy 184), a favor de un grupo de personas, ya sea que estén siendo investigados, sindicados, procesados o condenados por la supuesta comisión de conductas violatorias de la ley, por la comisión de delitos electorales, ecológicos, contra la vida y la integridad personal, contra la personalidad jurídica del Estado, contra la administración pública, contra el honor, contra el patrimonio, contra la fe pública, contra la seguridad colectiva, contra la economía nacional, tenencia ilegal de explosivos, independientemente de la etapa procesal en que se encuentren y de la instancia o dependencia del Órgano Judicial, Ministerio Público, Tribunal Electoral o Fiscalía Electoral que conozca de la causa.

El total de personas indultadas suman ciento ochenta y dos (182). En el Decreto Ejecutivo N°317 de 25 de agosto de 2004, se beneficiaron ciento sesenta y siete (167) personas, en el Decreto N°318 de 26 de agosto de 2004, si bien señala a cuatro personas, se deben contar sólo tres (3) pues, se repite el nombre de Mayín Correa Delgado y en el Decreto N°321 de 30 de agosto de 2004, se beneficiaron doce (12) personas.

Las personas indultadas en los Decretos Ejecutivos son: Roberto Eisenmann, Omaira Correa, Ricardo Panay, Winston Robles, Octavio Amat, Herasto Reyes, Rolando Rodríguez, Jean Marcel Cherry, Miguel Antonio Bernal, Juan Carlos Tapia, Carlos Ernesto Gonzáles De La Lastra, Carlos Sabala, Brittmarie Janson, Alvin Weeden, Ramón Castellano, Tomás Cabal, Fernando Kant De Gracia, Cecilio Eloy Fisher, Luis Onelio González, Julián Fernández, Héctor Espinoza, Mónica Palm, Orlando Mendieta, Arnulfo Barroso, Elsa González, Carolin Freide, Víctor Ramos, Enrique Wats, Carlos

Singares, Carmen Boyd, Joaquín José Vallarino, Luis Alberto Hooper, Rafael Rodríguez, José González Batista, Rigoberto Caballero, Luis Carlos Müller, Vladimir Rodríguez, Jaime Padilla Béliz, Michelle Lescure, Rubén Darío González, Marcelino Rodríguez, Dámaso Reynaldo García, Miren Gutiérrez, Juan Handal, Adalberto Martínez, George Washington Prosperi, Aneldo Arosemena, Carlos Anel Cordero, Julio Briceño, Alexander Bermúdez, Manuel Domínguez, Mario Muñoz, Berta Vega, Enrique Yali, Efraín Palacios, Jorge Reyes, Enrique Brathawaite, Ramón Jiménez, Dagoberto Franco, Juan Asprilla, Hernán Delgado, Mariano Badillo, Julio César Aizpúrua, Rafael Pérez, Edith Sierra, Víctor Coronado, Ecolástico Calvo, Ana Teresa Benjamín, Gustavo Aparicio, John Watson Riley, Juan Manuel Díaz, Rainier Tuñón, José Otero, Joel Díaz Solano, Orlando Fruto Torres, Ubaldo Davis, Eugenio Morice, Roberto Rodríguez, Adán Ureña, Hadulfo Vásquez, Luis Murrillo, Lourdes de Obaldía, Alberto Sánchez Belisle, Erick Jackson, Gionela Jordán, Lester Burton, Luis Gabarrete, Florencio Gálvez, Ana Bolena Ayarza, Larissa De León, David Pérez, Alberto Almanza, Antonio Pérez, Jorge Ruíz, Delsy Sánchez, Luis Posada Carriles, Gaspar Jiménez, Guillermo Novo, Pedro Remón, Vitelio De Gracia, Alvaro Antadillas, Enicia Frías de Rodríguez, Leonardo Hernández, Deisy De La Rosa, Lesbia Hernández, Richard Madrid, Sheila Ruíz de Gorrichategui, Rodolfo Campbell, Rolando Asis Bonilla, Julio Díaz, Facundo Sanson González, César Vigil Sánchez, José Jesús Jaén Gaona, José Redondo Cedeño, Irving Choy, Jaime Flores, Félix Morales, Aristides Charris, David Luckunchang, Luis Eduardo Camacho, Nelson Vergara, Manuel Ortiz, Liborio Salas Sanjur, Basilio Santos Guerra, Zoraida Pimentel Jordán, Agustín López, Maura Lemos, Agustín Camaño Rodríguez, Ana Montemayor de Pimentel, Libia Guevara de Vernaza, Euris Amores, Flrida Pérez de Samudio, Bernardo Brea, Sidney Sitton, Bernardo Herrera, Ganys María Mendoza de Cedeño, Gustavo Ponce Arenas, Antolín Arenas Salamín, Diana Rodríguez de González, Judith Morgan Herrera, Adria Oderay de Sánchez, Omar Bultron, Jorge Núñez Suárez, Jorge Luis Carvajal, Andrés Sáenz Gomez, Luis Fernando Zambrano, Salvador Ayub Rosales, María Del Rosario Sagel, Florentino Santamaría Gutiérrez, Rommel Acevedo, Rafael Santamaría, Juan Fernández, Arcadio Santamaría, Carlos Abrego, Graciano Cruz Rubio, Horacio Tapiero Miranda, Alfonso Urriola Tapiero, Jacob Quiróz, Daniel Pérez Miranda, Rubén Boutet, Jorge González, Porfirio De Gracia, Octavio Rivera Garzón, Jorge Luis Milanés Mosquera, Nicolasa López, Sixto Lay, María Magdalena Morales González, César Matamoros, Raúl Homouzova, José Hurtado Viveros, Yolanda Zandoval, Melitza Solano, Manuel Cohen Salerno, Olivia Del Carmen Castillo Villarreal, Noriel Salerno Estévez, Carlos Barés Weeden, Antonio Garzón Villalobos, Haydeé Milanés de Lay, Lesbia Aldeano, Benilda Murrillo, Eduardo Herrera Díaz e Ismael Pérez Copete.

LA PRETENSIÓN CONSTITUCIONAL Y SUS RAZONES

Se sostiene, en lo medular, que los decretos ejecutivos proferidos en su momento por la Presidenta Mireya Moscoso con la participación del entonces Ministro de Gobierno y Justicia, son violatorios de los artículos 179, numeral 12 (hoy 184) y 22 de la Constitución Nacional. La primera norma constitucional se considera conculcada, al desatender el hecho que, la facultad concedida al Presidente de la República para otorgar indultos, es para el supuesto que se trate de la comisión de delitos políticos y no para los casos de delitos comunes y que para esta última clase de comportamientos delictivos, la Constitución prevé que proceden otros beneficios, estos son: la rebaja de pena y el decreto de la libertad condicional. En cuanto a la infracción del artículo 22 constitucional, se arguye que el indulto entraña un perdón y debe entenderse que, tal gracia presidencial, debe producirse cuando la persona favorecida es encontrada "culpable" del delito político y que en los Decretos Ejecutivos censurados, en algunos casos, los beneficiados con la medida no han resultado sentenciados en firme por la comisión de ese hecho ilícito, mientras que en relación a otros, no existía causa penal instruida, con lo que se desvirtúa su presunción o estado de inocencia.

CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN

La entonces Procuradora de la Administración, licenciada Alma Montenegro de Fletcher, es de la opinión que son inconstitucionales los decretos ejecutivos censurados pues, considera "evidente la utilización indiscriminada y abusiva de esta institución por parte del Órgano Ejecutivo, al indultar claros delitos comunes, sin tener facultad jurídica que le permita proceder de esa forma, apartándose del ámbito trazado por la Constitución Política Nacional, en el artículo 179, numeral 12 (hoy 184). Además, en esta ocasión, más que pretender una reconciliación política nacional, en uno de los decretos se han incluido indultos a favor de personas condenadas por graves delitos, que provocaron daños de difícil reparación a la imagen internacional del país" (f.86).

La funcionaria "comparte los argumentos jurídicos, planteados por el Procurador General de la Nación, quien considera que los Decretos Ejecutivos 318 de 26 de agosto de 2004, 321 del 30 de agosto de 2004 y 317 del 25 de agosto de 2004, son violatorios de los artículos 179 (numeral 12) y 22 de la Constitución Política Nacional, puesto que no le es permitido al Órgano Ejecutivo excederse en el límite que la Constitución le impone, al reconocerle únicamente, la facultad de decretar indultos por delitos de tipo político, y en ningún caso por razón de delitos comunes" (fs.87-88).

LA FASE DE ALEGATOS

En la fase de alegatos se acopia la opinión del licenciado Gerardo Solís, Fiscal General Electoral, quien en un extenso análisis detalla: 1. las particulares sobre los planteamientos doctrinales de los conceptos de delito común, delito electoral y delito político; 2. una recopilación de los indultos en la historia Republicana de Panamá y 3. la referencia de los precedentes de la Sala Penal y del Pleno de esta Corporación de Justicia en la materia; para luego concluir que, los decretos de indulto emitidos por la entonces Presidenta Mireya Moscoso son inconstitucionales, puesto que las personas beneficiadas con la medida "se encontraban inmersas en procesos por delitos meramente comunes, que de ninguna forma,

pueden ser reputados como delitos políticos" (f.352); agrega que "En lo que respecta a la jurisdicción electoral, la medida busca imposibilitar la instrucción de sumarios penales electorales en contra de copartidarios y afines al partido Arnulfista, en víspera de la salida de dicho colectivo de la administración gubernamental (f.354) y que "las causas penales electorales instruidas en la jurisdicción en virtud de la supuesta utilización de bienes y recursos del Estado para beneficio de un partido o candidato; no son susceptibles de extinción de la acción penal o de la pena por medio de una medida de indulto. Esto es así, ya que ni doctrinal, ni legalmente pueden asimilarse como delitos políticos, tal y como lo exige la institución del indulto, para ser operativa y efectiva" (f.357).

De igual manera, presentaron alegatos por escrito, los licenciados Oris Elaín Pérez Rodríguez, Maritza Royo y Moisés Joel Bartlett Quiel.

La licenciada Pérez Rodríguez planteó, medularmente, que no es inconstitucional el Decreto Ejecutivo N°317 de 25 de agosto de 2004 pues, "este propio Tribunal ha reconocido la validez y constitucionalidad de los actos del Ejecutivo consistentes en el otorgamiento de Indultos destacando que los mismos son de obligatorio acatamiento"; que "al no ser el indulto una norma o disposición de rango legal o reglamentario, no es susceptible de ser advertida su posible inconstitucionalidad"; y que "El declarar la inconstitucionalidad de un Decreto de Indulto viola directamente el Principio del "Favor Libertatis", por cuanto no se reconocería el cumplimiento de una medida legislativa instantánea que garantiza la libertad de un individuo y que le favorece por cuanto extingue la acción penal o la pena".

Por su parte, la Fiscal Royo reitera que "al Ejecutivo no le es permitido sobrepasar el límite que la Constitución le impone, al reconocerle la facultad de decretar indultos, pues ello podrá ser posible en la medida en que el delito sobre el cual se adopte tal medio de extinción de la pena, sea de tipo político y en ningún caso por razón de delitos comunes, como se ha dado con la dictación del Decreto Ejecutivo cuya constitucionalidad se cuestiona".

Finalmente, el licenciado Bartlett Quiel sostuvo que no es inconstitucional el Decreto Ejecutivo N°317 de 25 de agosto de 2004 por cuanto que, "no es posible alegar la inconstitucionalidad de un Decreto de Indulto, toda vez que el mismo no tiene el carácter de norma legal o reglamentaria, no puede ser tachado de violar disposición alguna de la Carta Magna, pues reiteramos que no tiene el rango normativo que exige el artículo 2559 del Código Judicial para poner en duda su constitucionalidad, por lo cual no debe accederse a la pretensión de los accionantes"; siendo además que "la Corte ha reiterado en su jurisprudencia que la figura constitucional-penal del Indulto es una potestad y no una obligación del Órgano Ejecutivo, que alcanza no sólo el delito político, sino que el radio de acción de este instituto, en determinados casos, también alcanza a los delitos comunes" y que "decretar la inconstitucionalidad de un Decreto de Indulto equivale a violentar la Garantía Constitucional del Debido Proceso, sometiendo a quienes hayan sido indultados a un doble juzgamiento que viola sus derechos y garantías".

DECISIÓN DE LA CORTE

La Corte advierte, como cuestión preliminar que, en virtud de las modificaciones aprobadas a nuestra Carta Fundamental, el texto del artículo 179, corresponde hoy al artículo 184, por lo que en las referencias normativas subsiguientes, se aludirá a este nuevo ordenamiento de preceptos constitucionales.

De igual manera como cuestión previa, esta Superioridad estima necesario reiterar que la facultad de control de los decretos de indulto que ejerce la Corte Suprema de Justicia se inserta en el contexto del Estado de Derecho contemporáneo, en el que los actos de las autoridades son controlables judicialmente, como uno de los procedimientos establecidos para preservar la libertad de los ciudadanos y evitar el abuso del poder público. Bajo esos parámetros, el control de la constitucionalidad de los Decretos de Indulto no sólo es posible, sino que es coherente con la expansión del control de la justicia constitucional y con la reducción de los espacios a la discrecionalidad de las autoridades, y con la absoluta interdicción de la arbitrariedad.

En principio, al admitirse reiteradamente el conocimiento de las demandas de inconstitucionalidad presentadas contra Decretos de Indulto, la Corte Suprema de Justicia ha establecido una jurisprudencia sólida sobre su facultad de controlar jurisdiccionalmente ese aspecto de las facultades presidenciales. Sin embargo, la jurisprudencia no ha sido consistente con esa disposición de admitir el conocimiento de esta variedad de conflicto constitucional, pues hasta ahora se ha abstenido de proporcionar las interpretaciones de la Constitución Política, que permitan resolver satisfactoriamente los casos concretos sometidos a su consideración (lo que significa la adecuación de la jurisprudencia a la Constitución), para guiar la acción de los operadores jurídicos hacia el futuro, evitando sucesivos conflictos constitucionales sobre el ejercicio de la potestad de gracia.

Tal es el caso, por ejemplo, de la ausencia jurisprudencial de una determinación clara sobre lo que la Constitución Política entiende por delito político. Como no podía ser de otra forma, ese también es un elemento discutido en las impugnaciones ensayadas contra los Decretos de Indulto cuya constitucionalidad examinamos en este momento procesal.

Cabe destacar, que la materia bajo examen ha sido objeto de múltiples pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia. Pese a esto, no hay una jurisprudencia constante en relación a lo que debemos entender por delito político. Destaca empero el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia (Sala Penal) de 28 de agosto de 1996, en el que bajo la Ponencia de la Magistrada Aura. E. Guerra de Villalaz, se señaló que "de conformidad con el bien jurídico que el legislador pretende proteger, se determina que están dentro de la categoría de delitos políticos los que atentan contra la

personalidad jurídica interna del Estado..."; criterio sin duda interesante, pero no suficiente, pues enfocado en el escenario que estrictamente brinda el Código Penal a la Sala Penal de la Corte, deja por fuera otros delitos de notoria naturaleza política, como lo son los delitos electorales, tratados por los Jueces electorales y los Magistrados del Tribunal Electoral, y que regularmente, también son incluidos en los ejercicios de la potestad de gracia de los sucesivos Presidentes de la República. De hecho, la explícita prohibición constitucional de un conjunto de los principales ilícitos electorales, en el Título IV de la Constitución, dedicado a los Derechos Políticos, permite integrar los delitos electorales en el universo de los que constitucionalmente debe entenderse como delito político.

La ausencia de una concreción legal sobre lo que son "delitos políticos", sin embargo, no implica que no haya disposiciones explícitas que excluyan a ciertas especies de delito de ser subsumidas bajo el concepto de delito político. Tampoco implica que no sea posible realizar una concreción hermenéutica, típica del control de la constitucionalidad que ejerce regularmente esta Corte. Así, esta Corporación de Justicia, en ausencia de una norma legal que desarrolle el concepto constitucional de delito político, interpreta que los delitos a los que hace alusión la frase "delitos políticos" en el numeral 12 del artículo 184 de la Constitución Política de la República de Panamá, se refiere a los delitos contra la personalidad interna del Estado y los delitos electorales. Se hace por tanto constitucionalmente inviable, por ejemplo, el indulto por delitos ecológicos, contra la vida y la integridad personal, contra la administración pública, contra el honor, contra el patrimonio, contra la fe pública, contra la seguridad colectiva, contra la economía nacional, o la tenencia ilegal de explosivos; a menos que en estos delitos comunes se acredite que la comisión del injusto penal es consecuencia de las circunstancias socio políticas del momento o que la intención del agente estuvo dirigida a transformar ideologías o prácticas afines a la política estatal.

Como viene dicho, nuestro ordenamiento jurídico positivo no cuenta con un desarrollo legislativo completo que defina, con precisión, el significado y alcance de "delito político". Sin embargo, sí hay algunas directrices legales en textos originados de la adopción por Panamá de Convenios Internacionales, algunos de ellos de derechos humanos, y cuya violación genera responsabilidad internacional del Estado (independientemente de que los actos sean Decretos del Ejecutivo o fallos del Órgano Judicial)

Así, por ejemplo, la Convención Interamericana contra la Corrupción establece que "el hecho de que se alegue que un acto de corrupción ha sido cometido por motivaciones o con finalidades políticas, no bastará por sí sólo para considerar dicho acto como delito político o como un delito común conexo con un delito político." (Resalta el Pleno) (Artículo XVII, Ley No. 42 de 1 de julio de 1998, "Por la cual se aprueba la Convención Interamericana contra la Corrupción").

La Constitución Política, vale la pena recordar, no incluye el concepto de delito político únicamente en su artículo 184. También lo menciona en el artículo 24, cuando establece la prohibición de extraditar a los extranjeros por delitos políticos. El artículo 159, numeral 6, establece que la función legislativa de la Asamblea Nacional abarca la facultad de decretar amnistía por delitos políticos. Según el principio de unidad de la Constitución, no se podría interpretar el artículo 184 de forma aislada, sino dentro del conjunto de las disposiciones constitucionales. Así contemplamos que la categoría de "delitos políticos" no está expresamente definida en la Carta, pero comparte en todas sus menciones el mismo sentido propuesto por el constituyente.

El legislador, por su parte, ha concretizado el alcance de la categoría constitucional de "delitos políticos" en varias ocasiones, particularmente, mediante las limitaciones a la figura de la extradición, también constitucionalizada. Por ejemplo, mediante la Ley No. 75 de 3 de diciembre de 2003, "Por la cual se aprueba la Convención Interamericana contra el Terrorismo", que en su artículo 11 dispone la inaplicabilidad de la excepción "por delito político" como base para denegar una solicitud de extradición, cuando los delitos cometidos se refieran a conductas incluidas en los convenios internacionales sobre terrorismo, entre los que se incluyen, a título de ejemplo, el Convenio para la Represión de Actos Ilícitos Contra la Seguridad de la Aviación Civil (Ley 34 de 1998), la Convención Sobre la Prevención y Castigo de los Delitos contra Personas Internacionalmente Protegidas, Inclusive los Diplomáticos (Ley 8 de 1979), y el Convenio Internacional para la Represión de Atentados Terroristas cometidos con Bombas (Ley 89 de 1998).

Las normas legales vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, si bien no han concretado el mandato constitucional del indulto por delitos políticos en todos sus detalles, lo cierto es que han ofrecido una orientación de lo que no puede ser considerado delito político. La determinación específica de lo que sí es delito político, queda provisionalmente y hasta tanto se subsane la omisión legislativa, al intérprete constitucional, al igual que el tema concerniente al trámite adecuado en la expedición de los Decretos de Indulto por parte del Ejecutivo, que consiste en otro elemento que no ha tenido tratamiento jurídico por nuestra doctrina jurisprudencial.

En ausencia de un desarrollo legislativo suficiente, corresponde a esta máxima Corporación de Justicia como garante de la constitucionalidad, orientar a través de sus pronunciamientos a las restantes autoridades en el ejercicio de sus facultades constitucionalizadas. Vale tan solo mencionar, por el carácter preliminar de estas observaciones, la práctica del Ejecutivo de expedir Decretos de Indulto masivos, sin atender la naturaleza individual que podría tener la medida en el orden jurisdiccional, según las particularidades de cada caso, como se da en el presente negocio.

Siendo contestes con lo antes expresado, el Pleno adelanta que en el presente negocio constitucional, se censura medularmente que los actos atacados infringen el texto del artículo 184 de la Constitución Nacional, específicamente el numeral 12, que señala la facultad de quien ocupa la Presidencia de la República, con la participación del Ministerio de

Gobierno y Justicia, para "Decretar indultos por delitos políticos, rebajar penas y conceder libertad condicional a los reos por delitos comunes".

La interpretación y aplicación correcta de la citada disposición constitucional, pone de relieve que son tres las gracias que puede otorgar la Presidencia de la República, en favor de personas que figuran como sujetos activos de conductas delictivas. Estos son: 1. indulto, 2. rebaja de pena y 3. libertad condicional. Resulta que la manera en que viene redactada la norma constitucional, permite colegir, con suma claridad, que el primer beneficio, es decir, el indulto, está reservado para un determinado tipo de delitos: los de carácter político, mientras que los siguientes, rebaja de pena y libertad condicional, son beneficios que se aplican con relación a delitos comunes.

El precepto superior no deja dudas en cuanto a que la figura del indulto está condicionada, exclusivamente, para aquellos delitos de naturaleza y contenido político, y no debe existir confusión al interpretar que el Poder Ejecutivo, por conducto de la Presidencia de la República y el Ministerio del ramo respectivo, están facultados constitucionalmente, para otorgar gracia o beneficio a los condenados por delitos comunes, pero sólo bajo la fórmula de rebajarles las sanciones punitivas impuestas en un proceso penal o favorecerlos con una libertad condicional, que estará sujeta al cumplimiento de las formalidades o condiciones que la ley prevé.

Lo anterior se certifica al consultar el texto del recién aprobado Código Penal de la República, específicamente en el artículo 115, cuando expresamente señala que "El indulto es una causa de extinción de la pena, de carácter individual, cuya potestad corresponde al Presidente de la República con el Ministro respectivo. Sólo es aplicable a delitos políticos y extingue la pena" (Resalta el Pleno).

No obstante lo que viene expuesto, cabe señalar que se mantiene como discusión doctrinal, lo que debe entenderse por delito político. Así, la operación de contrastar lo actuado por el Ejecutivo con el texto constitucional, deviene una tarea que requiere la previa clarificación sobre lo que para nuestra Constitución Política implica calificar un delito como político y que como Tribunal Constitucional nos corresponde decidir.

El estudio que se le ha dado al delito político a nivel doctrinal, plantea argumentaciones contradictorias. Lo cierto es que dentro de todas las posturas teóricas, existe un denominador común que recoge una clara diferenciación con los delitos comunes, atribuyéndole, al delito político, una naturaleza jurídica especial que, por su contenido o elementos objetivos y subjetivos, reflejan motivaciones eminentemente políticas, tendentes a atacar o afectar al organismo político-jurídico del Estado de un modo directo y específico, como sería, a manera de ejemplo, el caso de la rebelión, sedición o la insurrección armada.

A manera de ilustración podemos consultar la posición dogmática que indica:

"resulta tan importante establecer parámetros claros y de validez general acerca de lo que ha de entenderse por delito político a fin de que desaparezcan las incongruencias y contradicciones que existen sobre el tema.

...Se han formado dos criterios para tratar de fijar la noción de los delitos políticos: el objetivo y el subjetivo.

Según el primero, la consideración fundamental se refiere a los bienes jurídicos afectados por la acción delictiva. Si pertenecen al Estado, como entidad soberana, la infracción que los lesionó tiene carácter político, cualquiera que sea la intención con que fue cometida. Pero si los bienes menoscabados forman parte de la esfera jurídica particular, la acción constituye un delito común.

De acuerdo con este criterio, todas las infracciones que atentan contra la seguridad del Estado tienen carácter político.

En contraposición con el anterior está el criterio subjetivo, para el cual el factor determinante son los móviles que indujeron al agente de la infracción. No le preocupan los bienes afectados sino en la medida en que puede inferir de ellos los designios del agente de la infracción, que es de donde emana, en último término, la calificación del acto, siguiendo el principio general enunciado por el profesor Enrique Ferri de que "el motivo determinante da el significado moral y jurídico a todo acto humano".

La teoría subjetiva penetra en la motivación del agente del delito. Si encuentra que estuvo guiado por móviles altruistas, que son los que suelen acompañar al delito político puro, la acción tendrá ese carácter; si por móviles egoístas y de utilidad personal, ella no saldrá de la órbita de la delincuencia común, por más bienes y derechos públicos que haya vulnerado. A esta teoría le interesa la materialidad de los hechos sólo en cuanto de ella puede desprender indicios o conclusiones que revelen la intención de su autor.

Por ejemplo, una rebelión contra la autoridad del Estado o un atentado contra un autócrata, fundados en motivos estrictamente particulares de venganza o de expectativa de réditos económicos, constituiría un delito común, visto desde la perspectiva de la teoría subjetiva, que valora tanto la intención del agente de la infracción.

Se ha formado también una corriente ecléctica que trata de conciliar los opuestos criterios de las teorías objetiva y subjetiva. Para esta tercera posición, la infracción debe merecer la calificación de delito político cuando reúna condiciones tanto materiales -bienes públicos lesionados- como subjetivas -intención política del agente delictivo-.

En el delito político concurre en realidad una serie compleja de elementos subjetivos que no pueden dejarse de tomar en cuenta. Hay sentimientos laudables de patriotismo, generosidad, idealismo, afanes de cambio social, valentía, altruismo. Puede ser que el agente de la infracción esté equivocado, pero eso es lo que piensa y siente...No son sentimientos depravados ni ambiciones de riqueza los que le conducen a afrontar los riesgos de la acción" (BORJA, Rodrigo. Enciclopedia de la Política; primera edición, Fondo de Cultura Económica, México, 1997, pág.206) (El énfasis es de la Corte).

Como se aprecia, sí se cuenta con el soporte, al menos doctrinario, para adelantar una consideración fáctica y jurídica sobre la ocurrencia de un delito político. Ello supone la valoración del conjunto de elementos que rodearon la comisión del hecho y determinar, con adecuado juicio de valor, que existió una afectación de un bien jurídico tutelado que pertenece al Estado y que el designio criminal que motivó esa infracción estuvo contenido de sentimientos altruistas, de patriotismo o idealismo. El marco teórico que se resalta, incluso, permite inferir que un acto delictual podría reputarse como político, aún cuando en principio aparezca como común, por razón de las particularidades que rodearon su comisión, como por ejemplo, las circunstancias socio políticas del momento, cuando se demuestre que tal situación fue la que incidió, directamente, en el ánimo del agente, a cometer la infracción en procura de un cambio benéfico en la política estatal, sea éste de orden social, económico o respecto a cualesquiera actividad estatal dirigida a transformar ideologías o prácticas, con principios del bien común, o por el contrario, fue la situación que motivó al ofendido a denunciar un falso agravio, por simple persecución a los impulsores o detractores de un régimen político impuesto.

A juicio de esta Corporación de Justicia, el hecho que en nuestro sistema no se cuente con el marco objetivo que identifique con amplitud y precisión, el significado técnico de lo que es un delito político, no puede justificar, ni la mala práctica que con esa excusa, se decreten indultos con relación a cualquier tipo de conducta delictiva, ni dejar en una especie de limbo jurídico el ámbito de aplicación de la figura del indulto. La facultad constitucional presidencial, de decretar indultos está condicionada a que se trate de un delito de rasgo político, por lo que ante esa realidad, resulta razonable inferir que constituye un punto medular, observar los elementos que rodean la comisión del hecho punible imputado, a fin de determinar si encuentra legítima adecuación en esa especial tipificación delictiva.

En el caso particular que ocupa la atención del Pleno, se advierte que al momento de dictarse los Decretos Ejecutivos de indultos, se mantenía vigente el Código Penal de 1982, texto legal que, de conformidad con lo dispuesto en su artículo 91, otorgaba, a esta gracia presidencial, efectos extintivos de la acción penal y de la pena. Esas consecuencias jurídico penales, pudieron incidir para que, en ese momento específico, las medidas de indultos se aplicaran en favor de personas, independientemente, de cuál fuese su situación procesal específica frente a determinado cargo penal (denunciado, querellado, investigado, imputado, enjuiciado o sentenciado). No obstante, con la promulgación de la Ley N° 14 de 18 de mayo de 2007 que aprueba el nuevo Código Penal, los efectos del indulto se circunscriben a la pena. Efectivamente, en el numeral 4 del artículo 114 de la nueva legislación penal, se establece con diaphanidad que la pena se extingue, entre otras circunstancias, por el indulto. Asimismo en el artículo 115, Lex Cit., se reitera expresamente que "El indulto es una causa de extinción de la pena". En consecuencia, resulta diáfano que la medida indulto, actualmente, no está concebida para afectar ni tener incidencia sobre la acción penal. Ello, se certifica al consultar el texto de la Ley N°27 de 21 de mayo de 2008 "Que modifica, adiciona y deroga artículos del Libro III del Código Judicial, y dicta medidas previas a la entrada en vigencia del Código Procesal Penal", específicamente en el artículo 4, que adiciona el artículo 1968-A al Código Judicial, mediante el cual, se enumeran las situaciones que extinguen la acción penal, catálogo en el que no figura el indulto.

La novedosa consideración penal, trae al escenario jurídico una realidad procesal, y es que, en la actualidad, la gracia presidencial tiene incidencia en un momento específico de la actuación penal, beneficiando a determinadas personas: dentro de procesos en que medien o existan sentencias que apliquen o impongan una pena de prisión, a favor de quien resulte sentenciado o condenado. Se trata de una materialidad jurídica que debe ser justipreciada por la autoridad facultada, conjuntamente con el texto de la norma constitucional, al momento de adoptar y emitir medidas de indulto.

Ahora bien, el hecho que el indulto tenga consecuencia judicial en los procesos penales, porque extingue la pena, no indica que tal mandato supone el ejercicio de una función de carácter jurisdiccional, pues ésta comprende la facultad pública de determinar la solución jurídica de un conflicto concreto, es decir, la de administrar justicia, la que es encomendada por el Estado, principalmente, al Órgano Judicial, y evidentemente que en esos términos, el acto constitucional que ejerce la alta Magistratura, no alcanza esa especial función pública en sentido estricto.

La jurisprudencia de la Sala Penal de esta Corporación de Justicia ha sentado un criterio jurídico interesante, al señalar que con el indulto se produce "el perdón del procesado, y para que exista perdón entonces es necesario que exista el delito y se haya condenado a su autor, de lo contrario no se trataría de un perdón. Es necesario que la sentencia condenatoria se encuentre en firme y debidamente ejecutoriada, puesto que de no ser así se estaría violentando el principio penal sobre la presunción de la inocencia que favorece al imputado hasta tanto no se demuestre en un proceso su culpabilidad" (Énfasis del Pleno) (Resolución Judicial de 28 de abril de 1995, publicada en el Registro Judicial de abril de 1995, pág.193).

Esta cita jurisprudencial no sólo abona la postura que se ha adoptado en la actual legislación penal, de concederle efectos jurídicos a la medida de indulto, sólo con relación a la pena, determinando su emisión, a la existencia de una sentencia que imponga una pena de prisión; además aborda el tema del quebrantamiento de la garantía constitucional de la presunción o estado de inocencia, si no se cumple ese extremo legal. Y, es que, desde esta otra perspectiva, resulta razonable que, previo a la declaración del indulto, exista el juzgamiento, por parte de la autoridad competente, del sujeto que se

beneficiará con la medida, y que en efecto, se encuentra incurso en responsabilidad por la comisión de un delito político, o al menos que existen graves indicios que comprometen su inocencia en el hecho pues, de no ser así, los indultados, aún sin acudir a juicio y ni siquiera ser sujetos activos de la infracción, quedarían calificados como "delincuentes políticos perdonados por el Ejecutivo" y ello sin duda, atenta contra el derecho fundamental de todo ciudadano reconocido en nuestra Carta Magna, y que se consagra en el citado principio de presunción de inocencia.

Mas aún, suponiendo que el escueto desarrollo legislativo de la materia, que prácticamente se resume en la disposición del Código Judicial relativo a los efectos del indulto, contempla efectivamente que se extingue "la acción penal y la pena", la única forma en que puede adecuarse ese desarrollo legislativo a la Constitución, es suponer que, en el primer caso, se trata de una acción penal ejercitada, y no una "expectativa" de acción penal. El lenguaje natural aquí es útil para entender que no puede extinguirse una acción que no se ha materializado en la forma de un proceso penal. Para extinguirse requiere haber tenido materialización en algún momento, por breve que este sea. Escapan, por lo tanto, de todo beneficio de indulto, todas aquellas personas que no han sido objeto de procedimiento judicial alguno. Basta con una lectura de la disposición constitucional que da origen a la institución del indulto, para comprender que el constituyente se ha referido, como es absolutamente coherente con la doctrina, a las medidas que toma el Ejecutivo en relación a acciones ejercitadas por la Administración de Justicia, y que se refieren a gracias concedidas a favor de individuos condenados por la comisión de delitos. En este sentido, todo Decreto de Indulto deviene en inconstitucional si beneficiara personas que no han sido condenadas por la comisión de delito alguno. No pueden ser individualizadas las conductas, delictivas o reprochables, que no han sido conocidas por la Administración de Justicia, y mal puede ejercitarse responsablemente la facultad ejecutiva de perdonar, sin conocerse las supuestas conductas cometidas. Ese tipo de actividad ejecutiva, de ocurrir, encajaría perfectamente en lo que ha venido a denominarse la arbitrariedad del poder.

Con lo que viene expuesto y para ser firmes en este análisis, esta Corporación de Justicia no pretende censurar o coartar la facultad de la máxima Magistratura del país, para decretar indultos. Se advierte que el Presidente de la República posee una facultad constitucional para decretar indultos, empero el ejercicio de esa potestad no puede ejercerse de manera arbitraria o apresurada, sin atender la condición que la propia norma superior le impone al Ejecutivo, para el efectivo y eficaz ejercicio de esa facultad. Lo que se trata de alcanzar, es el exacto cumplimiento del mandato constitucional apegado a su texto, por parte de la más alta Magistratura del país, atendiendo la obligación que le impone el artículo 181 de la Carta Fundamental: "cumplir fielmente la Constitución y las leyes de la República" y consecuentemente, evitar que incurra en responsabilidades jurídicas, como "extralimitación de sus funciones constitucionales", claramente definida en el numeral 1 del artículo 191 de ese mismo texto superior.

En este caso, se constata que los decretos de indultos no fueron emitidos, atendiendo los términos y formalidades constitucionales, que se han reseñado en líneas anteriores. Esta afirmación resulta de la consideración de dos situaciones definidas y comprobadas. En primer lugar, los decretos expedidos por la ex-Presidenta de la República con la participación del ex-Ministro de Gobierno y Justicia, benefician con la figura del "indulto", a un número plural de personas que en su mayoría, no poseían la condición jurídica de imputado, sumariado o sindicado en proceso alguno; en otros casos, las personas aún se encontraban sometidas a los rigores de los trámites y procedimientos de la justicia penal ordinaria, sin que existiera en su contra la emisión de sentencia condenatoria; y en otros más precipitados, ni siquiera había adelantada una sola actuación de carácter investigativa, que estableciera formalmente inicio a la instrucción de un sumario. Y, en segundo lugar, los decretos de indulto, no hacen referencia a comportamientos delictuales que procuraban menoscabar el organismo político-jurídico del Estado, ni a la existencia de un ambiente de hostilidad o de conmoción pública que causara un resquebrajamiento de las circunstancias socio políticas del país y que fuera el detonante de la ejecución de alguna infracción en aras de cambiar el régimen imperante; tampoco se alude a la finalidad o al móvil que obró en el ánimo del agente para incurrir en el hecho delictivo; por el contrario, se evidencia, que las conductas ilícitas referidas en los decretos de indulto, se relacionan con actividades delictivas comunes y ordinarias, que lejos de pretender un cambio político o social, o estar motivadas por intenciones generosas, morales, patriotas, idealistas y altruistas, apuntan, en algunos supuestos, hacia ambiciones indignas e injustas como el enriquecimiento injustificado, ansias de poder, pretermissiones en los deberes de servicio público y de atentados contra la vida, integridad y dignidad de las personas.

En consecuencia, se debe colegir que dichos actos ejecutivos, a través de los citados decretos, vulneran directamente los artículos 22 y 184, numeral 12 de la Constitución Nacional, pues, primero, desatienden el principio fundamental de presunción de inocencia de los sujetos beneficiados, que sin estar vinculados y mucho menos condenados por la comisión de un delito de rasgo político, con la emisión de la medida resultan, en la realidad social, calificados como delincuentes políticos; y en segundo lugar, porque los indultos excedieron el mandato que dispone la norma superior, al extender su aplicación a conductas delictivas comunes, cuando se trata de una facultad que procede sólo con relación a delitos políticos.

Se advierte, además, que los decretos de indultos censurados están desprovistos del mínimo de formalidades que debe poseer cualquier acto que atienda o se refiera a la situación jurídica o legal de una persona; lo que es aún más exigible en estos casos, por tratarse de una medida tan importante, como el perdón presidencial, ejercido por mandato constitucional. Y, es que, en la producción de tales actos no existió acuciosidad, siquiera, de identificar correctamente, con exactitud y sin margen a equívocos, al beneficiario de la medida y la causa penal en la que resultó favorecido. Nótese que los citados decretos, poseen un párrafo introductorio que identifica una variedad de conductas delictivas comunes, sin determinar quiénes son los sujetos sindicados o procesados en ellas, y seguidamente, se enumeran los nombres de las personas

indultadas, sin precisar su legal identidad personal, mediante la indicación de su número de cédula, documento válido como presupuesto legal de identificación, en nuestro país. Resulta evidente que estas manifestaciones insubstanciales sólo arrojan serias dudas sobre la efectividad de la medida: a quiénes se favoreció y por qué causas específicas.

Por otro lado, este Pleno estima conveniente resaltar algunas consideraciones, tendentes a responder el cuestionamiento de algunos letrados, al momento de presentar sus alegatos escritos, sobre la supuesta constitucionalidad de los decretos de indultos, basados en las posturas de esta Corporación de Justicia, en casos anteriores.

Ciertamente que la posición del Pleno de la Corte Suprema, en los últimos casos, en que se demandó la inconstitucionalidad de varios decretos de indultos, fue, con la decisión de mayoría, declararlos constitucionales. Así se consultan los fallos de más reciente data calendados 7 de julio de 1997, 8 de julio de 1998 y 14 de agosto de 2001. Sin embargo, un detenido examen de lo expuesto en la parte motiva de esas resoluciones judiciales, permite advertir, sin temor a equívocos, que en ninguna de esas posturas se dejó sentado el criterio que nuestra Carta Fundamental permite la emisión de indultos, indistintamente, tanto para delitos políticos como para los comunes. Veamos: 1. en la sentencia de 7 de julio de 1997, se señaló que el acto censurado no se trataba de un indulto, sino de un decreto de rebaja de pena, el que es perfectamente permisible frente a conductas delictivas comunes; 2. en la sentencia de 8 de julio de 1998, se dejó sentado que el indulto impugnado venía fundamentado con argumentaciones fácticas que indicaban que los delitos imputados eran perfectamente caracterizables como políticos por su intención y ejecución, por razón de las condiciones socio políticas de la época en que se verificaron, y que fue una "medida paliativa" frente a los conflictos políticos originados con anterioridad al régimen de libertad y democracia; y 3. en la sentencia de 14 de agosto de 2001, se estableció una consideración jurídica similar a la anterior sentencia, por estar, el decreto de indulto censurado, igualmente motivado con los acontecimientos políticos vividos en la época de la dictadura.

Como se aprecia, resulta contario a la realidad alegar que el Pleno de la Corte ha sido consistente en darle eficacia jurídica, a decretos de indultos emitidos frente a la concurrencia de delitos políticos, como los delitos comunes. Incluso, los precedentes judiciales que se emplearon como apoyo jurídico legal para sustentar los citados fallos de constitucionalidad, y que mayoritariamente corresponden a la Sala Penal de esta Corporación de Justicia, tampoco establecen un criterio judicial de esa naturaleza y por el contrario, se plasma la idea que la gracia presidencial sí se extiende a delitos comunes, pero sólo en la modalidad de rebaja de pena y libertad condicional.

De igual manera, es oportuno señalar que, en las medidas judiciales anteriores adoptadas por el Pleno en materia de constitucionalidad de decretos de indultos, no ha existido uniformidad de criterio en la decisión del caso. En las sentencias citadas en los párrafos precedentes, se dieron posiciones divergentes, que cuestionan la opinión de mayoría de declarar constitucionales los indultos presidenciales. A manera de ejemplo, podemos consultar, la sentencia más reciente, de 14 de agosto de 2001, con tres salvamentos de votos. De estas posiciones, se pueden extraer criterios que traen a la reflexión, la correcta procedencia del indulto en nuestro sistema, tal como viene planteado en la parte motiva de la presente resolución judicial. Así, las ideas expuestas en los votos disidentes, respondieron a la intención de acreditar, que la medida de declarar constitucional el decreto de indulto, mantenía la ambigüedad en la real definición de los delitos políticos; que el indulto decretado desbordaba la facultad presidencial contenida en la Constitución Nacional, pues, las personas beneficiadas se encontraban procesadas por delitos comunes y no políticos; y que el indulto, dictado en esos términos, burla los esfuerzos de la administración de justicia, cuando por voluntad del Ejecutivo, se desconocen los fallos de los jueces de todos los niveles.

Con todo lo anterior, es evidente la inexactitud de proponer que esta Corporación de Justicia, ha mantenido una posición uniforme e invariable en la materia.

En ningún sentido pretendemos desconocer caprichosamente la jurisprudencia previa de esta alta autoridad judicial, que se ampara además en las previsiones que sobre el particular se han consolidado, es decir, la posibilidad de que, dada la existencia de un pronunciamiento sobre materia semejante, pueda optar la Corte Suprema de Justicia por no admitir el recurso que a continuación sustentamos (En fallo de 17 de abril de 1996, la Corte Suprema señaló que "...si existe pronunciamiento previo de la Corte sobre lo demandado, no cabe dictar un nuevo pronunciamiento de fondo sobre la misma materia". Igualmente en fallo de 30 de octubre de 1996 y en fallo de 13 de mayo de 1997).

Sin embargo, debemos indicar que la misma Corte Suprema de Justicia, ha reconocido el principio de la continuidad de la jurisprudencia como instrumento de interpretación constitucional, paralelamente ha admitido o aceptado la posibilidad de revisión de la jurisprudencia, lo que equivale a decir que a pesar de la existencia de pronunciamientos previos puede excepcionalmente, variarse la tesis original y enderezar aquello que pudiera serlo en virtud de su insuficiencia para atender argumentos nuevos.

Así, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha establecido que "puede variar sus pronunciamientos, si bien cautelosamente...con los fines de evitar por un lado el estancamiento de la jurisprudencia y adecuar el texto Constitucional a las nuevas realidades institucionales" (...). Así se expresó la Corte en sentencias de 30 de julio y de 3 de agosto de 1990. En el pronunciamiento de 3 de agosto indicó que: "...la doctrina constitucional sentada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia en sentencias constitucionales...es un elemento integrante del bloque de constitucionalidad, siempre que sea compatible con el Estado de Derecho y sin perjuicio de la potestad de la Corte de variar la doctrina cuando exista justificación suficiente para ello" (Subraya el Pleno).

Es más, en uno de los mismos fallos donde reitera el principio que los fallos de la Corte Suprema de Justicia son finales, definitivos y obligatorios, el ya citado fallo de 30 de octubre de 1996, se salvaguarda expresamente la potestad del Pleno de variar su criterio, cuando así lo estime oportuno y mediara justificación suficiente.

Al respecto pueden mencionarse casos en los que la Corte Suprema de Justicia ha estimado suficientemente justificado cambiar de jurisprudencia. Así, en el mismo año de 1996 la Corte admitió una demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto de Gabinete N0. 238 de 1970, norma de rango legal sobre la que previamente existía un pronunciamiento favorable de constitucionalidad, de 1985, y revirtió el fallo original declarando la norma inconstitucional (Demanda de inconstitucionalidad formulada por la firma forense Alemán, Cordero, Galindo & Lee en representación de Emanuel González Revilla, en su condición de presidente de la Asociación Panameña de Bancos contra la frase "Asociación Bancaria Nacional", contenida en el literal d) del artículo 5 del Decreto de Gabinete N°238 de 2 de julio de 1970. Magistrado Ponente: Rafael González. Panamá, 12 de abril de 1996).

Somos del criterio que, en atención al parámetro establecido por la Corte Suprema de Justicia, al momento de cotejar la admisibilidad de una demanda contra una norma de jerarquía legal sobre la que ya hay un pronunciamiento previo de constitucionalidad, es necesario argumentar JUSTIFICACIÓN SUFICIENTE para que se considere oportuno admitir a trámite la cuestión constitucional, sin anticipar con ello, de ninguna forma, criterio sobre el fondo de la misma.

Valga la pena traer a colación las ideas del constitucionalista Ricardo Uprimny, cuando nos recuerda que: "...para que el derecho pueda normativamente regular la vida en sociedad, es necesario que existan órganos judiciales dispuestos a aplicar sus mandatos; por ello, lo propio de un juez es que debe decidir primariamente conforme al derecho vigente, y no de acuerdo a un cálculo consecuencial sobre los efectos de su decisión. Esto no excluye una cierta valoración de esos efectos, pero ésta no puede convertirse en el elemento decisivo para la solución de las controversias judiciales... En síntesis, los jueces no pueden ignorar totalmente los efectos de sus decisiones, pues la actitud de que se debe hacer justicia aunque perezca el mundo, no parece razonable en una democracia... Sin embargo, los cálculos consecuenciales, de tipo puramente económico y psicológico, no pueden ser el criterio esencial de la decisión judicial" (Uprimny, Rodrigo. Un Ejemplo, Cinco Tesis y Una Metáfora: Notas Para Estimular un Diálogo en Colombia entre Economistas, y Juristas Sobre la Relación Entre La Justicia Constitucional y La Economía /Magistrado Auxiliar de la Corte Constitucional).

Es por esto que parece oportuno suscribir la tesis del Tribunal Europeo de Justicia, que se compadece perfectamente con el principio de prudencia ya admitido por nuestra más alta Corporación de Justicia, cuando en sentencia del 15 de diciembre de 1995, rechazó la solicitud de una parte que había pedido que no se tomara una decisión, por los graves efectos económicos que tendría. El Tribunal señaló que "las consecuencias prácticas de cualquier decisión jurisdiccional deben sopesarse cuidadosamente" pero agregó que "...no puede llegarse hasta el punto de distorsionar la objetividad del Derecho y poner en peligro su aplicación futura por causa de las repercusiones que puede tener una resolución judicial. Como máximo, tales repercusiones podrían ser tenidas en cuenta para decidir, en su caso, si procede, con carácter excepcional, limitar los efectos de una sentencia en el tiempo" (Subraya el Pleno).

En este orden de ideas, este Pleno, en su obligación de garantizar una completa y eficaz administración de justicia, estima prudente referirse a los efectos jurídicos que ocasiona la declaratoria de inconstitucionalidad de los actos ejecutivos censurados, toda vez que constituye un tema, directamente resultante, de la emisión y estado en firme, del presente pronunciamiento jurisdiccional y por esa especial situación de vigencia legal que, eventualmente tendrá, es por lo que no se puede eludir su tratamiento. Y, es que, la controversia jurídica que suscitará el presente fallo, precisamente, recaerá en el cuestionamiento sobre los efectos de la sentencia constitucional, es decir, en términos sencillos, ¿cómo incide tal decisión judicial, en la situación jurídico procesal de los sujetos que fueron beneficiados con la medida del indulto?.

La discusión del tema resulta importante al Estado de derecho, pues, existen posturas que sostienen que, como quiera que la sentencia constitucional no tiene efectos retroactivos (ex-tunc), entonces, no podrán retomarse los procesos que, en su debido momento, fueron paralizados con dicha facultad presidencial; además que hacerlo implicaría un doble juzgamiento del beneficiario de la medida. Esta última afirmación encuentra sustento en lo planteado, precisamente, en la mencionada sentencia constitucional del Pleno de 14 de agosto de 2001, en la que se expresó que "el otorgamiento del indulto extingue "ipso facto" la acción penal y la pena, con lo cual se termina la causal penal. En esas condiciones, la declaratoria de inconstitucionalidad del indulto conllevaría la necesidad de iniciar un nuevo proceso por la misma causa penal, en abierta contradicción con lo dispuesto en el artículo 32 de la Constitución que dispone que nadie será juzgado "más de una vez por la misma causa penal".

Ahora bien, esta Corporación de Justicia considera imprecisa la juridicidad del criterio interpretativo resaltado en el párrafo que antecede y enseguida pasa a explicar por qué. Ciertamente, del texto del artículo 2573 del Código Judicial, se conoce con exactitud que "Las decisiones de la Corte proferidas en materia de inconstitucionalidad son finales, definitivas, obligatorias y no tienen efecto retroactivo" (El resaltado es nuestro). Sin embargo, resulta importante tener presente que el tema del "efecto retroactivo" de la decisión constitucional, ha sido debatido y tratado en diversos precedentes judiciales, siendo los de mayor amplitud las resoluciones judiciales de 3 de agosto de 1990 y 4 de junio de 1991, y en estas medidas se estableció la posición que la irretroactividad de los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad, sólo aplica tratándose de normas legales.

En los citados antecedentes judiciales, se consideró que:

"Tratándose de normas legales, no queda entonces la menor duda de que (sic) las decisiones de la Corte en materia constitucional no producen efectos retroactivos. Sin embargo, la Constitución Nacional, en su artículo 204, permite que se pueda demandar la inconstitucionalidad de actos jurisdiccionales. (Salvo los fallos de la Corte Suprema o de sus Salas) que normalmente se agotan con la ejecución de los mismos y no continúan rigiendo...

Si se permite que un acto jurisdiccional pueda ser demandado como inconstitucional, es obvio que puede ser declarado inconstitucional. Sostener que la decisión de la Corte en estos casos no produce efecto retroactivo y que sólo produce efectos hacia el futuro, traería como consecuencia que la declaratoria de inconstitucionalidad sea totalmente intrascendente, inocua...

Si las normas legales se derogan por inconstitucionales, los actos jurisdiccionales deben declararse nulos, por inconstitucionales. Se produce entonces una Nulidad Constitucional, como consecuencia de la violación de normas constitucionales por un acto jurisdiccional" (Énfasis del Pleno) (Registros Judiciales de agosto de 1990 y junio de 1991, págs.36 y 19-20, respectivamente).

En otro precedente judicial, la Corte reiteró el criterio antes planteado, en los siguientes términos:

"...la declaratoria de inconstitucionalidad de las decisiones jurisdiccionales tienen como efecto jurídico la nulidad constitucional de la resolución impugnada. Ello quiere decir, tal como lo ha señalado con antelación este alto tribunal, que la decisión declarada inconstitucional debe ser reemplazada dentro del proceso, si a bien hubiere lugar, por otra resolución acorde con el ordenamiento jurídico y con la sentencia de inconstitucionalidad proferida por la Corte Suprema...¿De qué le serviría una declaratoria de inconstitucionalidad si ella no tuviere efectos dentro del proceso en que se dicta?" (Énfasis del Pleno) (Registro Judicial de junio de 1992, págs.130-131).

En posturas jurisdiccionales más recientes, se ha dicho que:

"...la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha cambiado, dentro de la jurisdicción constitucional objetiva...al otorgarle a las sentencias efectos retrospectivos o ex-tunc, sobre todo en actos individualizados que presenten características especiales o cuando exista un perjuicio actual de derechos subjetivos" (Énfasis del Pleno) (Cfr. Registro Judicial de abril de 1998, pág.112 y sentencia del Pleno de la Corte de 31 de mayo de 2002).

En consideración a las referencias judiciales que vienen reseñadas, la Corte señala que, en el caso que ahora nos atañe, dado que los decretos ejecutivos censurados son actos de carácter eminentemente individualizados, puesto que sólo afectan la vinculación jurídica de quienes fueron beneficiados con la medida, se debe colegir que, su declaratoria de inconstitucionalidad, tiene efectos retrospectivos o ex-tunc, con la consecuencia jurídica, no sólo de determinar nulos los indultos decretados, sino también, deja sin eficacia y sustento legal toda gestión procesal que haya resultado de la configuración de ese acto presidencial, por ser el resultado de una actividad contraria a nuestra Carta Fundamental. Y, es que no se puede perder de vista que la sentencia constitucional, por garantizar el fiel cumplimiento de preceptos superiores, debe tener la virtualidad y trascendencia de restituir las cosas, una vez se determine la inconstitucionalidad del acto, al estado natural en el que se encontraban; de lo contrario, se estaría dando validez, al menos tácitamente, a la materialización y vigencia de actos, que son el resultado de infracciones constitucionales, lo que no debe concebirse en nuestro sistema, pues de ser así, indudablemente que el pronunciamiento emitido por esta máxima Corporación de Justicia, se colocaría, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia nacional, en un ámbito de aplicación insignificante e inocua.

La función del tribunal constitucional persigue decidir un debate constitucional concreto, para restaurar el orden jurídico conculcado, eliminar material litigioso e impedir la repetición sucesiva de las mismas controversias. Siendo contestes con esa finalidad, se reitera que, en este caso, con el pronunciamiento que acredita la inconstitucionalidad de los decretos de indultos, se anula cualquier consecuencia jurídica que pudo verificarse, a raíz de la emisión de dicha medida, como por ejemplo, la materialización de circunstancias extintivas de la acción penal o de la pena, sin que con ello se vulnere la prohibición del doble juzgamiento, pues lo que procede en derecho es restaurar la situación procesal de los indultados, al estado natural en que se encontraban, antes de que se verificara el vicio de nulidad por inconstitucionalidad, no se trata de la instauración de un nuevo proceso por la misma causa penal. Ante esa realidad procesal, tampoco cabe hacer ningún tipo de elucubración sobre la supuesta infracción del principio de "favor libertatis", en el caso de aquellos indultados que, con la emisión de la medida, hayan recuperado su status de libertad, pues, en modo alguno, la restauración de los procesos penales a la fase en que se encontraban, previo a la materialización del acto inconstitucional que los afectó, puede interpretarse como un restablecimiento ilegítimo e infundado de un estado privativo de libertad, debido a que la liberación ganada en estos casos, no es genuina ni lícita, por ser consecuencia de un vicio de entidad manifiesta, como es la infracción de preceptos constitucionales.

Por las consideraciones que vienen expuestas, el PLENO DE LA CORTE SUPREMA administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley DECLARA QUE SON INCONSTITUCIONALES los Decretos Ejecutivos N°317 de 25 de agosto de 2004, N° 318 de 26 de agosto de 2004 y N°321 de 30 de agosto de 2004, expedidos por Mireya Moscoso, como Presidenta de la República, con la participación de Arnulfo Escalona Ávila, como Ministro de Gobierno y Justicia, por vulnerar los artículos 22 y 184, numeral 12 de la Constitución Nacional; DEJA SIN SUSTENTO LEGAL

toda gestión procesal o jurídica que haya resultado de la consideración de estos actos presidenciales, y ORDENA la restitución de todos los procesos afectados con la gracia presidencial, al estado original en el que se encontraban, previo a la materialización de estos actos inconstitucionales.

Notifíquese y cúmplase.

(FDO). ESMERALDA AROSEMENA DE TROITIÑO, (

FDO) VICTOR L. BENAVIDES P.,

(FDO) ALBERTO CIGARRUISTA C.,

(FDO) LUIS MARIO CARRASCO,

(FDO) HARLEY J. MITCHELL D.,

(FDO) OYDÉN ORTEGA DURÁN,

(FDO) ANÍBAL SALAS CÉSPEDES,

(FDO) JACINTO CÁRDENAS M.

(FDO) HIPÓLITO GILL S., (FDO)

CARLOS H. CUESTAS, Secretario General.