



GACETA OFICIAL DIGITAL



Año CV

Panamá, R. de Panamá jueves 29 de octubre de 2009

Nº
26399-B

CONTENIDO

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Fallo N° S/N

(De lunes 11 de mayo de 2009)

"ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADA POR EL LICENCIADO CARLOS EUGENIO CARRILLO GOMILA, ACTUANDO EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DEL SEÑOR RAFAEL AROSEMENA ALVARADO, PARA QUE SE DECLARE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA SENTENCIA CONDENATORIA NO. 81 DE 15 DE OCTUBRE DE 2002".

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Fallo N° 174-08

(De viernes 29 de mayo de 2009)

"DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE NULIDAD, INTERPUESTA POR EL LCDO. RUBÉN DARIO COGLEY GARCÍA, ACTUANDO EN SU PROPIO NOMBRE Y REPRESENTACIÓN, PARA QUE SE DECLARE NULO, POR ILEGAL, EL ARTÍCULO 81 DEL ACUERDO NO.162 DEL 19 DE DICIEMBRE DE 2006, EMITIDO POR EL CONSEJO MUNICIPAL DE PANAMÁ, PUBLICADO EN LA GACETA OFICIAL NO.25.710 DEL 15 DE ENERO DE 2007".

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Fallo N° 228-08

(De viernes 29 de mayo de 2009)

"DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE NULIDAD INTERPUESTA POR EL LCDO. ELÍAS SOLÍS GONZÁLEZ, ACTUANDO EN SU PROPIO NOMBRE Y REPRESENTACIÓN, PARA QUE SE DECLARE NULA, POR ILEGAL, LA FRASE "ASÍ COMO OTROS TRIBUTOS ADUANEROS INCLUSO EN LOS CASOS EN QUE SU APLICACIÓN ESTÉ EXONERADA, SIEMPRE QUE INCIDAN EN LA OPERACIÓN CON ANTERIORIDAD AL RETIRO DE LA MERCADERÍA", CONTENIDA EN EL LITERAL "G" DEL ARTÍCULO 9 DEL DECRETO EJECUTIVO NO.84 DEL 26 DE AGOSTO DE 2005, EMITIDO POR EL MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS".

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Fallo de la Corte N° 392-04

(De martes 9 de junio de 2009)

"DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE NULIDAD, INTERPUESTA POR EL LICENCIADO NEMESIO FAJARDO ANGULO, EN REPRESENTACIÓN DE ADMINISTRACIÓN EJECUTIVA DE TRANSPORTE VERANILLO, S.A., PARA QUE SE DECLARE NULAS, POR ILEGALES, LAS RESOLUCIONES N° 149 DE 26 DE JULIO DE 1999, N° 156 DE 27 DE JULIO DE 1999 Y N° 158 DE 27 DE JULIO DE 1999, EMITIDA POR EL DIRECTOR NACIONAL DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE TERRESTRE DEL MINISTERIO DE GOBIERNO Y JUSTICIA".

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Fallo N° 349-06

(De martes 30 de junio de 2009)

"DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE NULIDAD, INTERPUESTA POR EL LICENCIADO ABDIEL GONZÁLEZ, EN REPRESENTACION, DE LA ASOCIACIÓN DE RESIDENTES DE LA COMUNIDAD DE ALTOS DEL DIABLO, PARA QUE SE DECLARE NULA, POR ILEGAL, LA RESOLUCIÓN DE Gabinete NO. 1

DE 5 DE ENERO DE 2000, DICTADA POR EL CONSEJO DE GABINETE”

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
Fallo de la Corte N° S/N
(De viernes 10 de julio de 2009)

"DENUNCIA POR FALTA A LA ETICA Y RESPONSABILIDAD EN LA PROFESION DE ABOGADO CONTRA EL LICENCIADO BORIS BETHANCOURT CORDERO"

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
Fallo N° S/N
(De martes 21 de julio de 2009)

"DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADA POR EL LICENCIADO YONY A. RAMÍREZ EN REPRESENTACIÓN DE JUAN ANTONIO JOVANÉ DE PUY CONTRA EL ARTÍCULO 233 DEL CÓDIGO ELECTORAL".

ÓRGANO JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

PLENO

Panamá, once (11) de mayo de dos mil nueve (2009).-

VISTOS:

El licenciado Carlos Eugenio Carrillo Gomila, actuando en nombre y representación del señor **RAFAEL AROSEMENA ALVARADO**, solicita al Pleno de la Corte Suprema de Justicia que se declare la inconstitucionalidad de la Sentencia Condenatoria No. 81 de 15 de octubre de 2002, proferida por el Juzgado Segundo de Circuito de lo Penal del Primer Circuito Judicial de Panamá y confirmada por el Segundo Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial, mediante Sentencia de Segunda Instancia No. 182 de 7 de octubre de 2004.

De la demanda de inconstitucionalidad se corrió traslado al señor Procurador de la Administración y devuelto el expediente con la respectiva vista de traslado se fijó en lista por el término de Ley, para que el demandante y las personas interesadas presentaran argumentos por escrito sobre el caso, cumpliéndose de esa manera los trámites de la sustanciación establecida en la Ley.

I. SENTENCIA ACUSADA DE INCONSTITUCIONALIDAD.

El demandante solicita que se declare inconstitucional la Sentencia Condenatoria No. 81 de 15 de octubre de 2002, emitida por el Juzgado Segundo de Circuito de lo Penal del Primer Circuito Judicial de Panamá, mediante la cual se condenó al señor RAFAEL AROSEMENA ALVARADO como autor del delito de peculado doloso en detrimento del Banco Nacional de Panamá, a la pena de sesenta meses de prisión y cien días multa, a razón de B/.100.00 diarios, lo que totalizan B/.10,000.00. Igualmente se le inhabilita para el ejercicio de funciones públicas por el término de sesenta meses.

II.- ARGUMENTOS DE LA PARTE DEMANDANTE

El accionante señala que el Juzgado Segundo del Circuito de lo Penal de Primer Circuito Judicial de Panamá, impuso la pena al señor RAFAEL AROSEMENA ALVARADO de SESENTA (60) MESES DE PRISIÓN y CIEN (100) días multa a razón de cien balboas (B/.100.00) diarias por cada día multa, hasta la concurrencia de DIEZ MIL DÓLARES (B/.10,000.00), mediante Sentencia No. 81, de 15 de octubre de 2002, la que fue confirmada a través de la Sentencia de Segunda Instancia No. 182, de 7 de octubre de 2004, por el Segundo Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial. Señala además, que dichas resoluciones no se le notificaron a su representado, a pesar de que el Juzgado sabía que el mismo residía en la Ciudad de México.

Afirma el accionante que su representado fue condenado por los tribunales panameños en ausencia, mientras se encontraba en México como asilado político, situación que a todas luces, según el demandante, es contrario al debido proceso legal y violatorio de la Constitución.

Expone el demandante que las autoridades investigativas, pese a tener conocimiento que su representado se encontraba asilado en México no hicieron ninguna gestión para llevar a cabo su notificación ante dicho Estado. Ante esta situación, señala el demandante, el señor AROSEMENA jamás pudo conocer de los cargos contra él formulados, por lo que,



tampoco ejerció el derecho a la defensa en los descargos respectivos.

También agrega el demandante, que su representado se encuentra detenido en el Centro Carcelario el Renacer, como consecuencia de un proceso judicial llevado a cabo sin las formalidades establecidas en el Código Judicial que garantizan que la resolución de formulación de cargos y la sentencia deben ser notificadas personalmente y de acuerdo al procedimiento vigente a la fecha respectiva.

Considera el recurrente que el proceso llevado a cabo por el Juzgado Segundo de Circuito de lo Penal del Primer Circuito Judicial de Panamá, se dio en flagrante violación de los artículos 1941, 1944 y 1946 del Código Judicial que indican el modo de llevarse a cabo el procedimiento y garantías legales que tenía el señor RAFAEL AROSEMENA.

Finalmente, considera el recurrente que la comparecencia ante las autoridades judiciales nacionales, por parte del señor RAFAEL AROSEMENA, luego de la persecución política en el año 1989-1990, lo que sirvió para el Gobierno de México otorgara asilo político, hace necesario que se declare inconstitucional el presente proceso ante el incumplimiento de las garantías legales y constitucionales establecidas en el Código Judicial, que forman parte del debido proceso.

III.- DISPOSICIÓN CONSTITUCIONAL QUE SE ESTIMA INFRINGIDA Y EL CONCEPTO DE LA INFRAKCÓN.

La disposición constitucional que estima el demandante ha sido infringida con la Sentencia impugnada a través de la presente acción constitucional, es el artículo 32 de la Constitución Política, el cual dispone lo siguiente:

"Artículo 32. Nadie será juzgado, sino por autoridad competente y conforme a los trámites legales, y no más de una vez por la misma causa penal, administrativa, policiva o disciplinaria."

El demandante manifiesta, en relación al artículo 32 de la Constitución Política, que la violación a dicho artículo se da de manera directa, por omisión, al ser el resultado de un proceso penal seguido a su representado, en el que no le fueron procuradas las garantías del debido proceso legal consagrado en nuestra Carta Magna y que constituye el eje central de los principios procesales contenidos en los artículos 1941, 1944 y 1946 del Código Judicial, entiéndose por estos: "Nemo Iudex Sine Lege" y Nemo Dammetur Nisi Legale Iudicium".

Agrega además, que su representado fue procesado y condenado en ausencia, y que aún cuando las autoridades conocían que el mismo se encontraba asilado políticamente en México, no realizaron las gestiones tendientes a lograr su notificación.

IV.- POSICIÓN DE LA PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN.

Una vez admitida la acción de inconstitucionalidad, se corrió traslado al Ministerio Público, correspondiéndole al Señor Procurador de la Administración opinar, lo que hizo mediante Vista Número 848 de 31 de octubre de 2007.

En esta oportunidad, el Procurador de la Administración, Encargado, en su vista consideró y solicitó al Pleno de la Corte Suprema de Justicia que declarara que la Sentencia No. 81 de 15 de octubre de 2002, proferida por el Juzgado Segundo de Circuito de lo Penal del Primer Circuito Judicial de Panamá, NO ES INCONSTITUCIONAL. En su Vista que corre de fojas 133 a 139, el Representante del Ministerio Público señaló lo siguiente:

"En la causa que ocupa nuestra atención, es evidente que esta garantía constitucional no ha sido vulnerada, toda vez que, tal como puede observarse en autos, dentro de la misma las autoridades jurisdiccionales correspondientes observaron todas las formalidades contempladas en la normativa constitucional, procesal y sustantiva penal vigente al momento en que fue cometido el ilícito investigado e iniciado el proceso.

En este sentido, cabe destacar además, que las piezas procesales no evidencias que Rafael Arosemena Alvarado se haya encontrado en estado de indefensión; por el contrario, sí indican que en la etapa preliminar estuvo asistido por un miembro de la Defensoría de Oficio (Cfr. Fs. 84-96) y, con posterioridad a ello, ya en la etapa plenaria, por la firma forense Escobar, Betancourt, Pereira y Taboada, la cual estaba plenamente facultada para ejercer el derecho a la defensa del proceso y, en base a ello, interponer -como en efecto ocurrió- todos los recursos y acciones legales encaminados a manifestar su disconformidad respecto a lo resuelto en el proceso y, por ende, hacer valer las pretensiones e intereses personales del procesado.

Arribar a la conclusión de que, en efecto, nos encontramos ante un proceso legítimo, sólo es posible dando un vistazo retrospectivo a la normativa procesal penal vigente al momento en que el mismo se desarrolló. Así, observamos que según el artículo 2221 del Código Judicial, vigente entonces, el auto de enjuiciamiento 12 de 7 de marzo de 1996 (Cfr. Fs. 84-93 del cuadernillo) fue objeto de impugnación, conocido en segunda instancia y confirmado en todas sus partes por el Segundo Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial, tal como consta en la fojas 62 a 71 del cuadernillo. Igual suerte corrió la sentencia condenatoria 81 de 15 de octubre de 2002, proferida por el Juzgado Segundo de Circuito de lo Penal del Primer Circuito Judicial de la Provincia de Panamá (Cfr. Fs. 34-56 del cuadernillo), tal como puede observarse en las fojas 57 a 61 del cuadernillo.

Traemos a colación los referidos aspectos, por cuanto la instancia superior al recibir los procedimientos en apelación, actúa como despacho saneador, es decir, debe examinar los procedimientos seguidos y de encontrar la omisión de alguna formalidad o trámite, o bien la concurrencia de una causal de nulidad que haya ocasionado la efectiva indefensión a las partes o la violación de normas imperativas de competencia, está en la potestad de decretar la nulidad de las actuaciones y ordenar que se reasuma el curso normal del proceso, de manera que al no ordenarse el saneamiento del proceso seguido a Rafael Arosemena Alvarado en ninguna de las fases en que fue elevado a segunda instancia, deben tenerse como acatadas en su totalidad las reglas del debido proceso legal.

En ese orden de ideas, igualmente advertimos que el argumento expresado por el accionante en lo que respecta a la falta de notificación del procesado, pese a que era conocido su status de asilado político en una nación hermana, sólo encontraría validez parcial de aplicársele la normativa de procedimiento vigente en la actualidad, tal como fue concebida en la Ley 45 de 4 de junio de 2003, que modificó, entre otros, el artículo 2310 del Código Judicial, que establece la suspensión del proceso y de la prescripción de la acción penal hasta la aprehensión del reo declarado rebelde, lo cual es importante destacar, toda vez que con anterioridad a la referida modificación, nuestro procedimiento penal patrio permitía la prosecución de los trámites procesales correspondientes en ausencia de aquel procesado que, luego de ser emplazado por ser desconocido su paredero, era declarado en rebeldía, lo que hace evidente que en el caso de Rafael Arosemena Alvarado, fue aplicada en debido forma la normativa vigente al momento de su juzgamiento, de manera que resultan infundadas las pretensiones que intenta acreditar el accionante.

..."

V.- FASE DE ALEGATOS

De conformidad con el procedimiento para este tipo de acciones constitucionales, se fijó en lista este negocio con la finalidad de que toda persona interesada pudiese hacer uso del derecho de argumentación, oportunidad que no fue utilizada por el demandante, ni por ninguna otra persona.

VI.- ANÁLISIS Y DECISIÓN DEL PLENO

Cumplidos los trámites inherentes a este tipo de acción constitucional, corresponde al Pleno dictar su fallo, no sin antes adelantar las siguientes consideraciones:

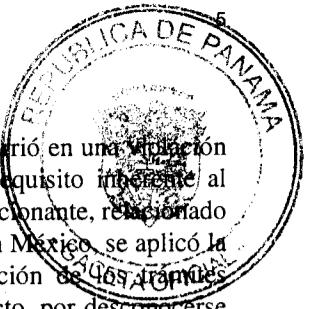
En tal sentido, la Corte observa que el accionante, a través de la presente acción constitucional, busca que se declare la inconstitucionalidad de la Sentencia Condenatoria No. 81 de 15 de octubre de 2002, emitida por el Juzgado Segundo de Circuito Penal del Primer Circuito Judicial de Panamá, mediante la cual se condenó a RAFAEL AROSEMENA ALVARADO a la pena de sesenta (60) meses de prisión y cien días multa, a razón de B/.100.00 diarios, como autor del delito de peculado doloso en detrimento del Banco Nacional de Panamá.

A juicio del accionante, la resolución cuya inconstitucionalidad se alega, conculca el contenido del artículo 32 de nuestra Carta Magna, argumentando que el señor AROSEMENA ALVARADO fue procesado y condenado en ausencia, sin que se realizara ninguna gestión tendiente a lograr la notificación del proceso llevado en su contra, aún cuando las autoridades conocían que el mismo se encontraba asilado políticamente en México.

Cabe anotar que el contenido esencial del debido proceso, se integra con el derecho a ser juzgado por tribunal competente independiente e imparcial pre establecido en la ley; gozar de bilateralidad y contradicción; aportar pruebas en su descargo; obtener una sentencia de fondo que satisfaga las pretensiones u oposiciones; la utilización de los medios de impugnación legalmente establecidos, y la ejecución de la decisión jurisdiccional proferida cuando ésta se encuentre ejecutoriada. Forma también parte del núcleo de esta garantía el derecho a que el tribunal, para proferir su decisión, satisfaga los trámites procedimentales esenciales que propicien el ejercicio pleno del derecho a la defensa procesal; es decir, en adición a aquellos que ya han sido destacados, los que, en general, de restringirse de manera arbitraria o de negarse, producen en el afectado una situación de indefensión, por lesionar los principios de contradicción y bilateralidad.

Salta a la vista que, en la causa bajo examen, ninguna de las garantías constitucionales señaladas ha sido vulnerada, tal como lo señaló el Procurador de la Administración; se aprecia más bien, una disconformidad que el accionante de este proceso constitucional formula contra las decisiones jurisdiccionales que, con carácter penal, fueron dictadas en contra de su representado.

Cabe anotar que, las piezas procesales incorporadas al expediente no evidencian que RAFAEL AROSEMENA ALVARADO se haya encontrado en estado de indefensión. Ello es así, ya que en la etapa preliminar el señor AROSEMENA ALVARADO estuvo asistido por un Defensor de Oficio (fs. 84-96), en la etapa plenaria estuvo representado por la firma Escobar, Betancourt, Pereira y Taboada, quienes tuvieron la oportunidad de llevar a cabo una adecuada defensa de su causa, tanto en primera instancia ante el Juzgado Segundo de Circuito Penal del Primer Circuito Judicial de Panamá, como en segunda instancia frente al Segundo Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial de Panamá, autoridad judicial que luego de analizar la Sentencia No. 81 de 15 de octubre de 2002, confirmó la misma mediante Sentencia No. 182, de 7 de octubre de 2004.



No es posible señalar ante este Tribunal Constitucional, que en el proceso penal desarrollado se incurrió en una violación a las garantías constitucionales, ya que según las constancias procesales, se cumplió con cada requisito inherente al principio constitucional del debido proceso. Así, en lo que respecta a uno de los señalamientos del accionante, relacionado con la falta de notificación del procesado, a pesar de que era conocido su status de asilado político en México, se aplicó la normativa que se encontraba vigente al momento de su juzgamiento, que permitía la prosecución de los artículos procesales correspondientes en ausencia de aquel procesado que, una vez de ser emplazado por edicto, por desconocerse su paradero, era declarado en rebeldía, por lo que resultan infundadas las pretensiones del accionante.

De otra parte, en el caso específico sometido a consideración, el accionante no demuestra que haya utilizado los medios que le concede la ley para impugnar dicha decisión, siendo que no consta en el expediente, que la sentencia condenatoria emitida contra el señor AROSEMENA ALVARADO, haya sido objeto del recurso de Casación Penal, remedio que podía haber sido agotado antes de recurrir a la esfera constitucional. Así lo ha expresado esta Superioridad en situaciones similares, como se aprecia en las sentencias de 14 de diciembre de 2007 y 2 de noviembre de 2007, en demandas de inconstitucionalidad presentadas por RAFAEL AROSEMENA ALVARADO contra la Sentencia de 19 de noviembre de 1997, proferida por el Juzgado Noveno de lo Penal del Primer Circuito Judicial de Panamá y Sentencia de 27 de agosto de 1996, emitida por el Juzgado Cuarto de lo Penal del Primer Circuito Judicial de Panamá, respectivamente.

En virtud de lo anterior, la Corte Suprema, Pleno, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECLARA QUE NO ES INCONSTITUCIONAL la Sentencia No. 81 de 15 de octubre de 2002, emitida por el Juzgado Segundo de Circuito Penal del Primer Circuito Judicial de Panamá.

Notifíquese.-

VÍCTOR L. BENAVIDES P.

ALBERTO CIGARRUISTA C.

JERÓNIMO MEJÍA E.

(CON SALVAMENTO DE VOTO)

HARLEY J. MITCHELL D.

OYDÉN ORTEGA DURÁN

ANÍBAL SALAS CÉSPEDES

WINSTON SPADAFORA F.

ADÁN ARNULFO ARJONA L.

MIRTHA VANEGAS DE PAZMIÑO

YANIXSA Y. YUEN

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO

DEL MGDO. JERÓNIMO E. MEJÍA E.

1. Con el mayor de los respetos, me permito manifestar que disiento de la resolución que antecede por la cual se declara que **NO ES INCONSTITUCIONAL** la **SENTENCIA N° 81 DE 15 DE OCTUBRE DE 2002 DICTADA POR EL JUZGADO SEGUNDO DE CIRCUITO DE LO PENAL DEL PRIMER CIRCUITO JUDICIAL DE PANAMÁ** dentro del Proceso Penal seguido a **RAFAEL ALVARADO** y **OTROS AROSEMENA** por delitos **CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA** y **LA SEGURIDAD COLECTIVA**. Mi disconformidad se centra en dos motivos fundamentales, a saber:
2. **I) Considero que los juicios en ausencia son inconstitucionales.** El proceso constitucional que nos ocupa, en lo que respecta al tratamiento de los juicios en ausencia, pudo ser analizado desde dos posiciones distintas, a saber: A) A la luz de la normativa constitucional vigente a la fecha de la presentación de la demanda de inconstitucionalidad que nos ocupa (2 de marzo de 2007), lo que implica considerar las reformas constitucionales del 2004, y B) Aplicando las disposiciones de la Constitución vigente al momento de la celebración de la audiencia de fondo dentro del proceso penal seguido a **RAFAEL AROSEMENA ALVARADO** y **OTROS** por delitos **CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA** y **LA SEGURIDAD COLECTIVA**, esto es, al 30 de noviembre de 1999.
3. **A) El juicio en ausencia a la luz de la normativa constitucional vigente en la actualidad.** Soy del criterio que todo juzgamiento en ausencia es contrario a la Constitución Nacional y a los Convenios Internacionales en materia de Derechos Humanos vigentes en Panamá, que exigen **la presencia del imputado durante la celebración del juicio**, a fin de garantizarle su derecho de defensa y el estricto cumplimiento del debido proceso, tal y como se encuentra

- reconocido por la Ley 23 de 1 de junio de 2001 que prohibió el juicio en ausencia.
4. El derecho de defensa se encuentra debidamente consagrado en el artículo 22 de la Constitución Nacional, en los siguientes términos:

Artículo 22. "...Las personas acusadas de haber cometido un delito tienen derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad en juicio público que le haya asegurado todas las garantías establecidas para su defensa...". (El destacado es mío).

5. Este derecho se encuentra igualmente tutelado por la Convención Americana de Derechos Humanos como parte de la garantía del debido proceso y por el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, instrumentos internacionales que se encuentran incorporados a nuestro Sistema de Protección de Derechos Fundamentales, en atención a lo dispuesto en el artículo 4 y en el segundo párrafo del artículo 17 de la Constitución Nacional, que claramente disponen:

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

Artículo 17.

"..."

Los derechos y garantías que consagra esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad humana" (El destacado es mío).

6. De conformidad con las disposiciones constitucionales antes citadas, las autoridades están obligadas a tener como mínimos los derechos y garantías que consagra la Constitución y a incluir como parte integrante de los derechos y garantías fundamentales, a otros derechos y garantías que "incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad humana".
7. En efecto, el segundo párrafo del artículo 17 de la Constitución Nacional dispone claramente que los derechos y garantías previstos en la Constitución Nacional no excluyen a aquellos que inciden sobre los derechos fundamentales y la dignidad humana, aunque no estén incorporados en la Constitución formal. Este precepto es una cláusula abierta que consagra el principio **pro persona**, conforme al cual se debe "...aplicar siempre la disposición más amplia o favorable a los derechos de las personas, por lo que *siempre debe aplicarse aquel instrumento, regla o norma jurídica que en mejor forma garantice el derecho, no importando si la mayor garantía se encuentra en la norma interna del Estado o en la norma de Derecho Internacional de los derechos humanos incorporada la Derecho Interno*", lo que lleva a la interpretación que mejor favorezca y garantice, optimizando los derechos humanos...". (**NOGUEIRA, ALCALÁ, HUMBERTO**, "Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos", Editorial Librotecnia, Santiago, 2006, p. 376).
8. En ese sentido, salta a la vista que forman parte de los derechos fundamentales, todos aquellos derechos humanos reconocidos en tratados de Derechos Humanos y en cláusulas que sobre los mismos existan en otros tratados aunque éstos no sean de Derechos Humanos, siempre que: 1) Estén vigentes en la República; y 2) Amplíen el catálogo de derechos fundamentales establecidos en la Constitución, su garantía o tutela, es decir, siempre que se ofrezca un mejor reconocimiento, protección y eficacia de los derechos fundamentales.
9. La ampliación por vía normativa (artículo 17 C.N.) de los derechos fundamentales, de su garantía y de su tutela, con base en los tratados de Derechos Humanos y en cláusulas sobre Derechos Humanos previstas en tratados que no son de Derechos Humanos, conforma un verdadero **Sistema de Protección de Derechos Fundamentales** y **un bloque de constitucionalidad** que sirven como parámetro de constitucionalidad, lo que trae como consecuencia que las normas de las Convenciones sobre Derechos Humanos vigentes en Panamá pueden sustentar la inconstitucionalidad de cualquier acto que, como resultado de un juicio de ponderación, las contradigan. Ello es así porque tales normas son autoaplicativas, es decir, que tienen eficacia normativa directa ya que no requieren ser desarrolladas ulteriormente por ningún acto jurídico para que puedan ser aplicadas y producir los correspondientes efectos jurídicos. Por ende, al formar tales normas parte del ordenamiento jurídico, los jueces y demás autoridades, como el Ministerio Público, por ejemplo, están obligados a aplicarlas cuando la situación o caso concreto así lo exijan.
10. En ese orden de ideas, la Convención Americana de los Derechos Humanos, aprobada por Panamá mediante Ley 15 de 1977, garantiza a favor del acusado no sólo el reconocimiento del derecho de defensa técnica sino el reconocimiento de una defensa material consistente en: a) el derecho a ser oído (artículo 8.1 CADH); b) el derecho a conocer previa y detalladamente la acusación formulada en su contra (artículo 8.2.b CADH); c) el derecho a defenderse personalmente (artículo 8.2 d CADH) y d) el derecho de ofrecer pruebas de descargo y a combatir las pruebas de cargo (artículo 8.2.f CADH).
11. Tales presupuestos se encuentran consagrados de modo similar en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, que en el artículo 10 dispone lo siguiente:



Artículo 10. "Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal." (El énfasis es mío).

12. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (aprobado por Panamá mediante Ley N° 15 de 28 de octubre de 1976) de modo expreso consagra como una de las garantías mínimas que tiene toda persona acusada de un delito, el derecho a hallarse presente en el proceso, al indicar que:

" **Artículo 14.**

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviere defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciera de medios suficientes para pagarla." (Lo resaltado es nuestro).

13. De las disposiciones anotadas se advierte, que el acusado tiene, entre otros, derecho a ser oído públicamente, a conocer de qué se le acusa y a estar físicamente presente durante el juicio, en aras de evitar juzgamientos a espaldas de los ciudadanos o acusaciones secretas. Tomando en consideración que, conforme a los artículos 4 y 17 (segundo párrafo) de la Constitución Nacional, tales derechos amplían los derechos y garantías fundamentales previstos en la Constitución Nacional, los mismos tienen rango constitucional y, al conformar un bloque de constitucionalidad, sirven como parámetro de constitucionalidad, lo cual en este caso implica que, al estar en contradicción la sentencia impugnada con dichos derechos, ésta deviene en inconstitucional.
14. Por lo anotado, estimo que el juicio en ausencia atenta contra el Estado de Derecho, el cual está llamado a garantizar, promover, desarrollar y tutelar los derechos fundamentales y la dignidad humana, condición que no pierden quienes son acusados de haber transgredido el orden jurídico preexistente, es decir, de haber incurrido en conductas lesivas de bienes jurídicos tutelados por el derecho penal.
15. **B) Inconstitucionalidad del juicio en ausencia a la luz de la normativa vigente al 30 de noviembre de 1999.**
Comenzaré por puntualizar que el hecho de que el Código Judicial permitía los juicios en ausencia al 30 de noviembre de 1999, época en la que se juzgó a **RAFAEL AROSEMENA ALVARADO**, no significa que dicho juicio sea legal, porque las normas de Derecho Internacional de Derechos Humanos vigentes en Panamá desde la década del 70, prohibían el juicio en ausencia.
16. En efecto, como he expuesto, el artículo 14, numeral 3, literal d, del **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** ratificado por Panamá el 8 de marzo de 1977 consagra, entre las garantías mínimas a la que tiene derecho toda persona acusada de un delito, la de "...hallarse presente en el proceso...".
17. Dicho **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** se encontraba vigente en Panamá al momento de celebrarse el juicio en ausencia que nos ocupa, por lo que resultaba aplicable a la situación concreta, ya que en esa fecha estábamos obligados convencionalmente a garantizar su eficacia, en virtud de lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 2 que a letra expresa:

Artículo 2 (PIDCP).

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.(Lo resaltado es mío).
18. De lo anterior colijo que, al haberse comprometido la República de Panamá a cumplir dichas normas (de naturaleza autoaplicativas) no podía anteponer el derecho interno al convencional, porque el Estado tenía el deber de garantizar el derecho del acusado a estar presente en el juicio, consagrado en el referido artículo 14, numeral 3, literal d, del **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**.
19. El derecho a estar presente en juicio también se deduce del artículo 8.2.b de la Convención Americana de Derechos Humanos, conforme a la cual el acusado tiene derecho a que se le comunique detalladamente la acusación formulada. En efecto, si la acusación se ejerce y tiene lugar al inicio y durante el juicio público, es apenas natural que el procesado o acusado debe estar presente en el mismo, porque esta es la única forma como podrá tener conocimiento de qué se le acusa. En nuestra legislación vigente el momento preciso en el que el acusado adquiere conocimiento de la acusación, es con la notificación personal del auto de enjuiciamiento, pieza procesal con la que, según el artículo 2217 del Código Judicial, comienza el juicio y se le formulan cargos al procesado sobre los cuales recaerá la sentencia (Cfr. artículo 2409 del Código Judicial).
20. Lo dispuesto en los instrumentos internacionales antes mencionados es de obligatorio cumplimiento en virtud de lo establecido en el artículo 4 de la Constitución vigente al momento en que se efectuó el juicio en ausencia bajo

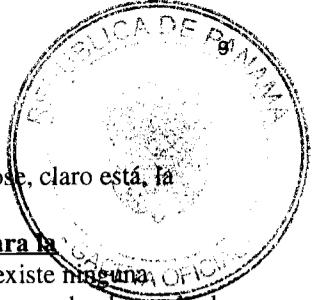
examen y se dictó el acto impugnado, que dispone que "La República de Panamá acata las normas del Derecho Internacional", lo que hace perfectamente exigible el cumplimiento de tales instrumentos.

21. Por otro lado, el derecho a estar presente en el juicio no sólo tiene el propósito de que el acusado conozca la acusación y las pruebas que operan en su contra, sino el de garantizar el derecho de defensa material y técnica, previsto en el artículo 22 de la Constitución Nacional, conforme al cual todo acusado de cometer un delito tiene derecho a ser juzgado en un juicio público en el que "...se le haya asegurado todas las garantías establecidas para su defensa".
22. Por lo expresado, la Sentencia que nos ocupa resulta igualmente inconstitucional, por vulnerar el artículo 22 y el artículo 4 de la Norma Fundamental.
23. No obstante, alguno podría decir que la Sentencia impugnada debe ser confrontada no sólo con las normas vigentes al momento del juicio que nos ocupa (efectuado el 30 de noviembre de 1999), sino a la luz de la doctrina constitucional imperante en esa fecha. Por ello, haremos el ejercicio de aplicar al caso concreto la doctrina del Bloque de la Constitucionalidad tal cual estaba vigente en esa época, la cual respecto al valor normativo de los Tratados Internacionales exponía:

"...Excepcionalmente, ha establecido también la Corte que algunas normas de derecho internacional podrían formar parte del bloque de constitucionalidad "siempre que no contraríen los principios básicos del Estado de Derecho, ni las instituciones que sustentan la independencia nacional y autodeterminación del Estado panameño" (Sentencia del Pleno de 24 de julio de 1990).

"... si bien los tratados internacionales aprobados por leyes de la República son de obligante cumplimiento, la consecuencia jurídica de esa obligación es la de adecuar la legislación interna a lo dispuesto en dichos convenios internacionales, porque estos (sic) sólo tienen formalmente valor de ley y carecen de jerarquía constitucional. También ha expresado el Pleno de esta Corporación de Justicia al interpretar esta norma que, si bien las normas internacionales ratificadas por Panamá, como regla general carecen de jerarquía constitucional, excepcionalmente podrían integrar el bloque de constitucionalidad convenios internacionales que consagran derechos fundamentales. En sentencia de 19 de marzo de 1991, bajo la ponencia del Magistrado Arturo Hoyos, el Pleno expresó que el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos integra un bloque de constitucionalidad conjuntamente con el artículo 32 de la Constitución, en cuanto se refiere a la garantía constitucional del debido proceso, con el fin de ampliar un derecho fundamental que es esencial para el fortalecimiento del Estado de Derecho." (Sentencia del Pleno de 12 agosto de 1994, R. J. agosto-1994, p. 168. El destacado es mío).

24. Aunque no comparto la forma como se concebía la doctrina del bloque de constitucionalidad ni el valor que le otorgaba a los Tratados de Derechos Humanos, considero que nada obsta para que, desde la perspectiva de la aplicación de dicha doctrina, se arribe a las mismas conclusiones a las que arribamos cuando describimos el **Sistema de Protección de Derechos Fundamentales** vigentes en la actualidad (descrito en los párrafos 9 al 13 del presente salvamento de voto).
25. En atención al criterio del bloque de constitucionalidad que regía en la época en que se juzgó a **RAFAEL ALVARADO**, encuentro que el artículo 14, numeral 3, literal d, del **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, debió ser respetado por el juzgador de primera instancia dentro del Proceso Penal en el que se dictó la Sentencia que nos ocupa, ya que hacía parte de los derechos que se consagraban en la ley (bajo el criterio de la doctrina del Bloque de Constitucionalidad que consideraba que los tratados de derechos humanos tenían valor de ley para todas las personas acusadas de la comisión de un delito a quienes debía comprobárseles su culpabilidad en un juicio público, "...que le haya asegurado todas las garantías establecidas para su defensa", en virtud de lo dispuesto por el artículo 22 de la Constitución Nacional.
26. Como he expuesto en párrafos anteriores (párrafos 12 y 13), es evidente que entre esas garantías estaba el derecho de todo acusado a hallarse presente en el juicio, contemplada en el artículo 14, 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual quedaba enfrentado al contenido del artículo 2313 del Código Judicial (actual 2310) que permitía los juicios en ausencia.
27. No obstante, una interpretación de la Constitución que tenga en cuenta el principio *favor libertatis* (citado continuamente en la jurisprudencia de la Corte de la época del juicio en ausencia que nos ocupa), hace prevalecer la disposición convencional que proscribe el juicio en ausencia sobre el artículo 2313 del Código Judicial (actual 2310) que permitía los juicios en ausencia.
28. En efecto, si al **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos** se le daba jerarquía de Ley, queda claro que al enfrentarse dos normas de igual jerarquía, una que amplía el derecho de defensa (el PIDCP) y otra que lo restringe (artículo 2313 C.J.), debe darse preferencia al contenido del artículo 14, numeral 3, literal d, del **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, por las siguientes razones: 1) Es la norma que mejor protege los derechos y garantías del procesado; 2) Se ajusta a los postulados de la doctrina del bloque de constitucionalidad imperante en esa época, ya que no contradice la Constitución, sino que la fortalece mediante la realización más amplia del debido proceso (artículo 32 C.N.) y el derecho de defensa (artículo 22 C.N.) y 3) Está en consonancia con los postulados del Estado Constitucional y democrático de derecho, en el que los derechos fundamentales son una precondición del mismo, al ser esenciales para su constitución y el cumplimiento de sus fines.
29. Como puede verse, aún aplicando la citada versión del bloque de constitucionalidad se imponía concluir que la Sentencia impugnada, dictada en contradicción del derecho del imputado a hallarse presente en juicio, es inconstitucional.
30. Por ello estimo que, en cualesquiera de los escenarios argumentativos expuestos, ha debido declararse la



inconstitucionalidad de la Sentencia impugnada y decretarse la nulidad de lo actuado, ordenándose, claro está, la continuación del proceso ahora que el acusado está presente y puede comparecer en juicio.

31. **II. No puede exigirse el agotamiento del ejercicio del recurso de casación como requisito para la procedibilidad de la acción de inconstitucionalidad.** Lo anterior lo afirmo en vista de que no existe ninguna disposición constitucional ni legal que exija el agotamiento del recurso extraordinario de casación para poder demandar la inconstitucionalidad de una resolución judicial. Por el contrario, la propia Constitución establece en su artículo 207 que los únicos actos jurisdiccionales que no pueden ser demandados por inconstitucionales son los emanados de la Corte Suprema de Justicia y sus Salas.
32. De allí que mal pueda exigirse del recurrente el agotamiento de este medio extraordinario de impugnación como presupuesto para la interposición de la acción de inconstitucionalidad cuando del propio texto constitucional se desprende que la decisión de fondo de un recurso de casación resulta en sí misma impeditiva para la procedencia de la acción de inconstitucionalidad.
33. He sido consistente en señalar que es deber de todo juez interpretar los presupuestos procesales en **el sentido más favorable a la plena efectividad del derecho** del recurrente a obtener una resolución de fondo y que toda limitación al ejercicio de un derecho debe ser **interpretada restrictivamente**. (Cfr. Sentencia del Pleno de 4 de Septiembre de 2008).
34. En vista de que el fallo mayoritario responde a un criterio limitante de los derechos humanos reconocidos por el texto constitucional, la ley y los tratados internacionales y se aleja de la efectiva protección de la constitucionalidad, respetuosamente, Salvo mi Voto.

Fecha *ut supra*,

MGDO. JERÓNIMO E. MEJÍA E.

YANIXSA YUEN

SECRETARIA GENERAL (e)

Mediante la Ley 23 de 2001 el legislador patrio modificó el artículo 2313 (actual 2310) del Código Judicial en el sentido de prohibir el juicio en ausencia.

Con relación al principio *favor libertatis*, bajo la ponencia del magistrado HUMBERTO A. COLLADO, nuestra jurisprudencia ha manifestado que el mismo: "... sienta las bases para que el tribunal propenda a buscar una interpretación de la ley que, inspirada en el principio del favor libertatis, **favorezca la situación jurídica del sujeto pasivo de la relación jurídico procesal**. En efecto, de este principio se deduce que no solo en los "supuestos dudosos **habrá que optar por la interpretación que mejor proteja los derechos fundamentales, sino que implica concebir el proceso hermenéutico como una labor tendiente a maximizar y optimizar la fuerza expansiva y la eficacia de los derechos humanos fundamentales en su conjunto**" (Jurisprudencia de 30 de diciembre de 1997. Sala Segunda de lo Penal. Registro Judicial de diciembre de 1997, pág.169. Lo destacado es mío).

Demandado Contencioso Administrativo de Nulidad, interpuesta por el lcdo. Rubén Darío Cogley García, actuando en su propio nombre y representación, para que se declare nulo, por ilegal, el artículo 81 del Acuerdo No.162 del 19 de diciembre de 2006, emitido por el Consejo Municipal de Panamá, publicado en la Gaceta Oficial No.25,710 del 15 de enero de 2007.

Panamá, viernes 29 de mayo de dos mil nueve (2009)

VISTOS:

El licenciado **Rubén Darío Cogley García** actuando en su propio nombre y representación ha presentado **demandado contencioso administrativo de nulidad**, para que se declare nulo, por ilegal, el **artículo 81 del Acuerdo No.162 de 19 de diciembre de 2006**, emitido por el **Consejo Municipal del Distrito de Panamá**.

I . EL ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO

Mediante el artículo acusado de ilegal se dispone los siguiente:

Acuerdo No.162 de 19 de diciembre de 2006, emitido por el Consejo Municipal del Distrito de Panamá.

"...

ARTÍCULO 81: Transcurrido el término que trata el artículo anterior, al contribuyente automáticamente se le generará una multa de cincuenta Balboas (B/.50.00), que deberá ser cancelada junto con el costo del impuesto de circulación vehicular (placa) y del recargo generado, y como desacato una sanción adicional conforme de la escala siguiente:

- 1 . De uno (1) a siete (7) días: B/.5.00
- 2 . De ocho (8) a catorce (14) días: B/.10.00
- 3 . De quince (15) a veintiún (21) días: B/.15.00
- 4 . De veintidós (22) a treinta (30) días: B/.20.00
- 5 . Más de un (1) mes: B/.25.00.

..."

II . FUNDAMENTO DE LA DEMANDA

Solicita la demandante se declare la nulidad por ilegal del artículo 81 del Acuerdo No.162 de 19 de diciembre del año 2006, emanado del Consejo Municipal del Distrito de Panamá.

A fin de lograr lo arriba indicado, se demandan como violadas por el artículo atacado, las siguientes normas legales:

Ley 38 de 31 de julio de 2000.

"Artículo 36. Ningún acto podrá emitirse o celebrarse con infracción de una norma jurídica vigente, aunque éste provenga de la misma autoridad que dicte o celebre el acto respectivo...".

Señala el demandante que esta disposición ha sido violada ya que la misma prohíbe que se emitan o celebren actos que conlleven infracciones de una norma jurídica vigente, como lo es el artículo 32 de la Constitución Nacional, la cual prohíbe el doble juzgamiento.

"Artículo 52. Se incurre en vicio de nulidad absoluta en los casos administrativos dictados, en los siguientes casos:

..."

6 . Cuando se graven, condenen o sancionen por un tributo fiscal, un cargo o causa distintos a aquellos que fueron formulados al interesado.".

Al respecto de la anterior norma indica el demandante que el cargo que fue formulado al ciudadano contribuyente consiste en un recargo del diez por ciento (10%) sobre el impuesto vehicular que no se pague en el mes correspondiente.

En ese sentido, manifiesta el demandante que el cargo o sanción de cincuenta balboas (B/.50.00), referido en el artículo 81 demandado, es completamente distinto al formulado al contribuyente, que consiste en un recargo de 10% sobre la morosidad del impuesto vehicular.



Código Penal.

"Artículo 4. Al aplicar la ley a un hecho, éste no podrá ser considerado más de una vez para la imposición de la sanción, menos que constituya dos o más hechos punibles.

...".

Indica el demandante que si el contribuyente no paga en el mes que le corresponde el impuesto vehicular para circular, se hace merecedor de una sanción o gravamen, que consiste en un recargo del diez por ciento, sobre el impuesto vehicular.

Pero además de este cargo o gravamen, el contribuyente también recibe otra sanción de cincuenta balboas (B/.50.00), si circula con placa vencida, esto es si no ha pagado el impuesto vehicular de circulación.

Se le impone al contribuyente una tercera sanción que consiste en una multa de cincuenta balboas por no pagar a tiempo su placa vencida, agravada ésta sanción por el desacato, que oscila entre cinco y veinticinco balboas (B/.5.00 y B/.25.00) resulta que el ciudadano está siendo castigado o sancionado más de una vez por el mismo hecho.

III . INFORME DE CONDUCTA DEL FUNCIONARIO ACUSADO

A fojas 69 a la 70, reposa el informe rendido por el Consejo Municipal de Panamá, en el cual indican que han actuado en todo momento conforme a derecho y que la multa automática de cincuenta balboas y el desacato progresivo establecido en el artículo 81 del Acuerdo No.162 de 19 de diciembre de 2006, son perfectamente legales.

Además, indica al autoridad acusada que los contribuyentes del Municipio de Panamá, tienen la posibilidad que se les realice un ajuste de crédito de la multa y el desacato generado, siempre y cuando proporcionen el material probatorio, que evidencie la no circulación de sus vehículos.

Continúa manifestando la autoridad que en el sistema sancionador tributario, el recargo tiene por fin penalizar la moratoria en el pago, mientras que la aplicación o generación de la multa automática y el desacato, tienen la finalidad ejemplarizante de represión y prevención.

IV . CONCEPTO DE LA PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN

El Procurador de la Administración en su contestación visible a fojas 71 a la 76 del dossier, solicita a esta Sala Tercera que se declare que no es ilegal el artículo 81 del Acuerdo No.162 del 19 de diciembre de 2006, dictado por el Consejo Municipal de Panamá.

En cuanto a la referida violación del artículo 36 de la Ley 38 de 2000, por parte del artículo demandado, el Procurador de la Administración disiente de la misma, toda vez que según el artículo 28 del Acuerdo Municipal No.162 de 19 de diciembre de 2006, los contribuyentes que no paguen los impuestos, contribuciones, rentas y tasas serán considerados incursos en mora con el tesoro municipal y, por ende, quedarán obligados a pagar el importe correspondiente desde la fecha en que se hubiesen causado, lo mismo que los recargos respectivos según lo establecido legalmente.

Además, el hecho de alegar que se está infringiendo el artículo 32 de la Constitución Nacional, exime de competencia a esta Sala Tercera para valorar dicha violación.

En cuanto a la supuesta violación del artículo 4 del Código Penal, indica el Procurador de la Administración que esta norma no es aplicable al ámbito administrativo.

Por último, en cuanto a la demandada violación del numeral 5 del artículo 52 de la Ley 38 de 2000, se indica que el artículo demandado no se encuentra contemplado en ninguno de los supuesto que prevé la norma.

V . DECISIÓN DE LA SALA

Esta Superioridad procede a desatar la litis planteada bajo las consideraciones que a continuación se desarrollan.

En ese sentido, tenemos que le es imposible a esta Sala Tercera conocer de la violación que alega el demandante ha cometido el artículo demandado, con relación al artículo 36 de la ley 38 de 31 de julio de 2000, puesto que si bien es cierto esta última tiene rango legal, la norma jurídica vigente que manifiesta el demandante ha infringido el artículo demandado, está constituido por el artículo 32 de la Constitución Nacional, lo cual escapa de la competencia de la Sala Tercera, puesto que de conformidad con el artículo 206 de nuestra Carta Constitucional, la guarda de la integridad de la misma, corresponde al Pleno de la Corte Suprema de Justicia.

En cuanto a la supuesta violación del artículo 4 del Código Penal, debemos indicar que dicha norma no resulta aplicable al presente caso, puesto que la misma es reguladora de la materia penal, y no de la administrativa que nos ocupa, por lo cual desestimamos dicha violación.

Señala el demandante que el artículo 81 del Acuerdo No.162 de 19 de diciembre de 2006, del Consejo Municipal de Panamá, ha vulnerado el numeral 5 del artículo 51 de la Ley 38 de 2000.

Contrario a lo señalado por la parte actora, no encuentra esta Corporación Judicial que se incurriese en violación alguna de la referida norma legal.

En ese sentido, el artículo 52 de la ley 38 de 2000, en su numeral 5, establece que cuando se graven, condenen o sancionen por un tributo fiscal, un cargo o causa distintos de aquellos que fueron formulados al interesado, se estaría incurriendo en un vicio de nulidad absoluta del acto administrativo.

Contrario a lo que expusiese el demandante el artículo 81 del Acuerdo No.162 que ha sido demandado, lo que impone es una multa de cincuenta balboas (B/.50.00), la cual es generada transcurridas las 48 horas para presentarse ante la Tesorería a cancelar el impuesto correspondiente; y adicionalmente se impone un desacato el cual escalonadamente va en aumento ante la renuencia del pago del impuesto de circulación.

"..."

ARTÍCULO 81: Transcurrido el término que trata el artículo anterior, al contribuyente automáticamente se le generará una multa de cincuenta Balboas (B/.50.00), que deberá ser cancelada junto con el costo del impuesto de circulación vehicular (placa) y del recargo generado, y como desacato una sanción adicional conforme de la escala siguiente:

7 . De uno (1) a siete (7) días: B/.5.00

8 . De ocho (8) a catorce (14) días: B/.10.00

9 . De quince (15) a veintiún (21) días: B/.15.00

10 . De veintidós (22) a treinta (30) días: B/.20.00

11 . Más de un (1) mes: B/.25.00.

"..."

Además, debemos precisar que en el presente caso no estamos hablando de la imposición de un impuesto adicional, sino de una multa, la cual podríamos definir, en este caso, como la sanción pecuniaria que se impone por una infracción administrativa.

En ese orden de ideas, con el artículo acusado se sancionan dos conductas distintas entre si, una está constituida por la inobservancia por parte del contribuyente de los plazos para pagar el impuesto de circulación vehicular, y la otra versa sobre un recargo por desacato.

Por otro lado, la multa de conformidad con lo establecido en el numeral 6 del artículo 246 de nuestra Constitución, es fuente de ingreso municipal.

Como bien lo señala la autoridad demandada, la multa tiene una función preventiva y represiva, a fin de evitar que el pago del impuesto de circulación se realice de manera tardía y en caso de que este pago sea atrasado sancionar dicha conducta la cual el causa perjuicios a la administración del municipio.

Además, cabe resaltar que esta multa y desacato impuesta por el artículo demandado no es impuesta de forma arbitraria, puesto que existe la posibilidad del ajuste de los mismos, cuando se pruebe de manera idónea la no circulación de vehículos, y se cumpla con lo establecido en el Acuerdo No.43 de 15 de abril de 2008, del Consejo Municipal de Panamá, "Por el cual se Establecen los Requisitos para la Aplicación del Ajuste de Crédito del Impuesto de Circulación (Placa) de vehículos y del 10% de Recargo y de la Multa Automática y Desacato, consagrados en el artículo 81 del Acuerdo No.162 de 19 de diciembre de 2006, cuyos propietarios evidencian la No circulación de los mismos.".

En base a los argumentos detallados en la presente motivación, le corresponde a la Sala declarar la no ilegalidad del artículo 81 del Acuerdo No.162 de 19 de diciembre del año 2006, dictado por el Consejo Municipal del Distrito de Panamá.

VI . PARTE RESOLUTIVA

Por lo que antecede, la Sala Tercera Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **DECLARA QUE NO ES ILEGAL el artículo 81 del Acuerdo No.162 de 19 de diciembre del año 2006**, dictado por el **Consejo Municipal del Distrito de Panamá**.

Notifíquese.



WINSTON SPADAFORA F.

ADÁN ARNULFO ARJONA L.

VICTOR L. BENAVIDES P.

JANINA SMALL

SECRETARIA

Entrada No.228-08 Magistrado Ponente: Winston Spadafora F.

Demandada contencioso Administrativa de Nulidad interpuesta por el Icdo. **Elías Solís González**, actuando en su propio nombre y representación, para que se declare nula, por ilegal, la frase "así como otros tributos aduaneros incluso en los casos en que su aplicación esté exonerada, siempre que incidan en la operación con anterioridad al retiro de la mercadería", contenida en el literal "g" del artículo 9 del Decreto ejecutivo No.84 del 26 de agosto de 2005, emitido por el Ministerio de Economía y Finanzas.

Panamá, viernes 29 de mayo de dos mil nueve (2009)

VISTOS:

El licenciado **Elías Solís González**, actuando en su propio nombre y representación, ha interpuesto **demandada contencioso administrativa de nulidad** para que se declare que es nula, por ilegal la frase "**así como otros tributos aduaneros incluso en los casos en que su aplicación esté exonerada, siempre que incidan en la operación con anterioridad al retiro de la mercadería**", contenida en el literal g del artículo 9 del **Decreto Ejecutivo No.84 de 26 de agosto de 2005**, por el cual se reglamentó el Impuesto sobre la Transferencia de Bienes Corporales Muebles y la Prestación de Servicios (ITBMS), dictado por el Ministerio de Economía y Finanzas.

• **I. EL ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO**

Como hemos visto la frase demandada de ilegal se encuentra contenida en el literal g del artículo 9 del Decreto Ejecutivo No.84 de 26 de agosto de 2005, emitido por el Ministerio de Economía y Finanzas, por el cual se reglamentó el Impuesto de Transferencia de Bienes Corporales Muebles y la Prestación de Servicios (ITBMS), el cual señala lo siguiente:

"...

Artículo 9. BASE IMPONIBLE. La base imponible será:

...

g) En las importaciones el valor CIF más todos los impuestos, tasas, derechos, contribuciones o gravámenes aduaneros que afecten los bienes importados, **así como otros tributos aduaneros incluso en los casos en que su aplicación esté exonerada, siempre que incidan en la operación con anterioridad al retiro de la mercadería**. En los casos que no se conozca el valor CIF éste se determinará agregándole al valor FOB el (13,5%) trece punto cinco por ciento del referido valor por concepto de flete y el (1,5%) uno punto cinco por ciento por concepto de seguro.

..." . (se resalta la frase impugnada).

• **II. FUNDAMENTO DE LA DEMANDA**

La demandada visible a fojas 17 a la 42, en su parte medular señala que el literal g del artículo 9 del Decreto Ejecutivo No.84 de 26 de agosto de 2005, del Ministerio de Economía y Finanzas, dispone la determinación de la base imponible del impuesto sobre la Transferencia de Bienes Corporales Muebles (ITBMS), en contradicción con el mecanismo de cálculo pre establecido por el literal d) del parágrafo 5 del artículo 1057-V del Código Fiscal, con lo cual se modifica la base imponible del impuesto, la cual solo puede ser establecida por Ley formal, de conformidad con el principio de legalidad tributaria y se menoscaban derechos del contribuyente.

Manifiesta la demandante que la frase impugnada vulnera el primer párrafo del literal d) del parágrafo 5 del artículo 1057-V del Código Fiscal, tal como quedó modificado por la Ley 6 de 2005, el cual señala lo siguiente:

"Artículo 1057-V del Código Fiscal. Se establece un Impuesto sobre la Transferencia de Bienes Corporales Muebles y la Prestación de Servicios que se realicen en la República de Panamá.

...

Parágrafo 5. La base imponible es:

d. En las importaciones: el valor CIF más todos los impuestos, tasas, derechos, contribuciones o gravámenes aduaneros que afecten los bienes importados. En aquellos casos que no se conozca el valor CIF de los bienes, se determinará éste agregándole al valor FOB el quince por ciento (15%) de éste."

Por valor CIF (Costo, Seguro y Flete), se entiende el costo del bien franco a bordo de la nave o vehículo marítimo, aéreo o terrestre en que se transporta a la República de Panamá, ya sea directamente o por un puerto de trasbordo; incluye además los gastos de preparación de documentos y otros gastos necesarios incurridos en el puerto de embarque, el costo del flete, el seguro, comisiones y corretajes hasta el primer punto de atraque en el territorio nacional."

Señala la demandante que de la simple lectura de la norma citada puede observarse que la base imponible del ITBMS en las importaciones surge del valor CIF, más todos los impuestos, tasas, derechos, contribuciones o gravámenes aduaneros que afecten los bienes importados, por lo cual, queda excluida la consideración de cualquier tributo aduanero exonerado, porque en tal caso no estarían afectando el bien importado.

En base a lo anterior, manifiesta la demandante que el acto demandado para la determinación de la base imponible del ITBMS en las importaciones de bienes afectados con ese impuesto, altera la determinación de la obligación tributaria (causación del ITBMS en las importaciones), porque adopta una base imponible que no ha sido o no es la predeterminada por la Ley (literal "d" del parágrafo 5 del artículo 1057-V del Código Fiscal).

En resumen, concluye la demandante que la frase "así como otros tributos aduaneros incluso en los casos en que su aplicación esté exonerada, siempre que incidan en la operación con anterioridad al retiro de la mercadería", contenida en el literal g del artículo 9 del Decreto Ejecutivo No.84 de 26 de agosto de 2005, por el cual se reglamentó el Impuesto sobre la Transferencia de Bienes Corporales Muebles y la Prestación de Servicios (ITBMS), dictado por el Ministerio de Economía y Finanzas, es ilegal por ser violatoria del literal d del parágrafo 5 del artículo 1057-V del Código Fiscal.

• **III. INFORME DE CONDUCTA DEL FUNCIONARIO DEMANDADO**

A fojas 57 a la 60 del dossier, se encuentra el informe de la autoridad acusada, en donde se indica que antes de la entrada en vigencia de la Ley 61 de 26 de diciembre de 2002 y la Ley 6 de 2 de febrero de 2005, y aún cuando el Decreto No.59 de 24 de marzo de 1977, reglamentario del Impuesto sobre la Transferencia de Bienes Corporales Muebles, (ITBMS) no contemplaba dentro de su texto la frase que se acusa de ilegal. Todas estas normas en su momento han dispuesto que la base imponible en las importaciones en el valor CIF más todos los impuestos, tasas, derechos, contribuciones o gravámenes aduaneros que afecten los bienes importados.

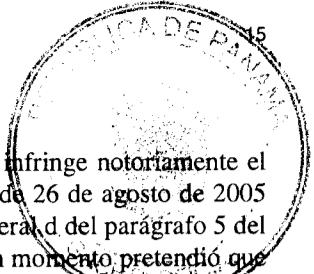
Continúa manifestando la autoridad demandada que tal aplicación ha sido generalizada antes de la entrada en vigencia de los Decretos Ejecutivos No.59 de 26 de junio de 2003 y No.84 de 26 de agosto de 2005, toda vez que la base imponible establecida en el Parágrafo 5 del Artículo 1057-V del Código Fiscal, si bien se refiere a los tributos que "afecten" los bienes importados, no está sujeta a interpretaciones conveniente por parte de los contribuyentes que pretenden inferir que si los mismos están exonerados no forman parte de la base imponible.

Se concluye que el hecho cierto que muchas empresas tengan derecho a la exoneración total o parcial de impuestos, tasas, derechos, contribuciones o gravámenes aduaneros, no significa que la introducción de bienes al territorio panameño dejen de estar afectados, puesto que se trata de bienes cuyo arancel de importación recae por disposición expresa del Decreto de Gabinete, pero que por una ley especial se les exime o dispensa del pago de los respectivos tributos.

• **IV. OPINIÓN DE LA PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN**

A fojas 64 a la 73 del dossier, se encuentra el concepto emitido por la Procuraduría de la Administración, a través de la Vista No.660 de 18 de agosto de 2008, en el cual realiza las manifestaciones que a continuación se detallan.

Manifiesta el Procurador de la Administración que a primera vista resulta incuestionable que la frase "así como otros tributos aduaneros incluso en los casos en que su aplicación esté exonerada, siempre que incidan en la operación con anterioridad al retiro de la mercadería", contenida en el literal g del artículo 9 del Decreto Ejecutivo 84 de 26 de agosto de 2005, viola el texto y el espíritu de la disposición legal que pretende reglamentar, habida cuenta que, conforme a dicha normativa legal, para la determinación de la base imponible del ITBMS en las importaciones, sólo puede tomarse en cuenta el monto del valor CIF, más todos los impuestos aduaneros, tasas, derechos, contribuciones o gravámenes que afecten los bienes importados, lo que excluye la imposibilidad de incluir en esta fórmula otros aspectos no contemplados por la ley.



Estima la Procuraduría de la Administración que la incorporación de la frase acusada de ilegal infringe notoriamente el principio de legalidad tributaria, toda vez que el literal g del artículo 9 del decreto ejecutivo 84 de 26 de agosto de 2005 añade una frase que no fue incluida por el órgano Legislativo en el texto del primer párrafo del literal d del parágrafo 5 del artículo 1057-V del Código Fiscal, por lo que no cabe duda, que la voluntad legislativa en ningún momento pretendió que para la determinación de la base imponible del ITBMS en las importaciones, fueran tomados en consideración otros renglones que no fueran aquellos previstos de manera expresa en el texto legal, pues, de lo contrario, así lo habría establecido.

En base a lo anterior, termina solicitando la Procuraduría de la Administración que esta Sala Tercera se sirva declarar que es ilegal la frase "así como otros tributos aduaneros incluso en los casos en que su aplicación esté exonerada, siempre que incidan en la operación con anterioridad al retiro de la mercadería", contenida en el literal g del artículo 9 del Decreto Ejecutivo No.84 de 26 de agosto de 2005, por el cual se reglamenta el impuesto sobre la transferencia de bienes corporales muebles y la prestación de servicios (ITBMS), dictado por el Ministerio de Economía y Finanzas.

● V. DECISIÓN DE LA SALA

Expuesto lo anterior y encontrándose el proceso en estado de decidir, procede esta Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, a resolver la litis planteada, no sin antes señalar que este Tribunal mediante resolución de 8 de abril de 2008, decidió suspender provisionalmente, los efectos de la frase, "así como otros tributos aduaneros incluso en los casos en que su aplicación esté exonerada, siempre que incidan en la operación con anterioridad al retiro de la mercadería.", contenida en el literal g del artículo 9 del Decreto Ejecutivo No.84 de 26 de agosto de 2005, por el cual se reglamenta el impuesto sobre la transferencia de bienes corporales muebles y la prestación de servicios (ITBMS), dictado por el Ministerio de Economía y Finanzas.

Ahora bien, a efectos de realizar una comparación práctica, para poder valorar la legalidad de la frase acusada, procedemos a citar la misma, así como el literal d del parágrafo 5 del artículo 1057-V del Código Fiscal que se dice violentado.

"Artículo 9. BASE IMPONIBLE. La base imponible será.

.....

g) En las importaciones, el valor CIF más todos los impuestos, tasas, derechos, contribuciones o gravámenes aduaneros que afecten los bienes importados, **así como otros tributos aduaneros incluso en los casos en que su aplicación esté exonerada, siempre que incidan en la operación con anterioridad al retiro de la mercadería.** En los casos que no se conozca el valor CIF éste se determinará agregándole al valor FOB el (13.5%) trece punto cinco por ciento del referido valor por concepto de flete y el (1.5%) uno punto cinco por ciento por concepto de seguro.". (se resalta la frase atacada).

"Artículo 1057-V. Se establece un impuesto sobre la Transferencia de Bienes Corporales Muebles y la Prestación de Servicios (ITBMS) que se realicen en la República de Panamá.

.....

Parágrafo 5. La base imponible es:

.....

d. En las importaciones, el valor CIF **más todos los impuestos, tasas, derechos, contribuciones o gravámenes aduaneros que afecten los bienes importados.** En aquellos casos que no se conozca el valor CIF de los bienes, se determinará éste agregándole al valor FOB el quince por ciento (15%) de éste. (el resaltado es nuestro)

.....".

Del examen comparativo de las normas transcritas, podemos percibir que la frase contenida en el literal g del artículo 9 del Decreto Ejecutivo No 84 de 26 de agosto de 2005, incluye el cobro de otros tributos e inclusive en el caso que el mismo este exonerado, situación que no se encuentra contenida en el literal d del parágrafo 5 del artículo 1057-V del Código Fiscal. El hecho de que la situación planteada por la frase demandada de nulidad, no encuentre cabida o refugio en el citado artículo del Código Fiscal, señalado como violentado, nos lleva a constatar un exceso por parte del Órgano Ejecutivo, en el ejercicio de su actividad reglamentaria, lo cual conduce a la declaratoria de ilegalidad y consecuente nulidad de la frase demandada.

La frase atacada con la presente demanda de nulidad o de reparación de derechos objetivos, proviene de un reglamento dictado por el Poder Ejecutivo, Ministerio de Economía y Finanzas, en virtud de la facultad otorgada por el numeral 14 del artículo 179 de la Constitución, el cual dispone que el Presidente de la República con la participación del Ministerio del Ramo tiene entre sus atribuciones "reglamentar las Leyes que lo requieran para su mejor cumplimiento, **sin apartarse en ningún caso del texto y de su espíritu**"; al respecto cabe indicar que esta Sala a reiterado que dicha potestad ejecutiva, no es ilimitada, debido a que debe encontrarse inmersa dentro del principio de legalidad y constitucional de reserva de

Ley.

Con lo anterior debemos entender que la ley tiene mayor fuerza que el reglamento, el cual se encuentra indefectiblemente subordinado a la ley. En ese sentido lo expuso el autor Antoni Roig, en su obra La Deslegalización, Orígenes y Límites Constitucionales en Francia, Italia y España, en la cual señala que, "La ley tiene mayor fuerza ("puissance"). Con ello se quieren significar dos cosas: la superioridad o preferencia legal, y la consiguiente subordinación reglamentaria. La ley prima sobre o mejor, deroga- todas las reglas- todas las reglas preexistentes contrarias a la misma (equivale a lo que se suele llamar en la doctrina española la fuerza activa de ley); además, la ley no puede ser modificada o derogada si no es por otra disposición legislativa (es decir la fuerza pasiva o resistencia de la Ley)."

En cuanto a la subordinación que mantiene el reglamento frente a la ley, el referido autor indicó:

"..."

El reglamento se encuentra subordinado a la ley. Esta relación desigual tiene un contenido triple. En primer lugar, el reglamento no puede actuar si no es en los límites de la ley (respeto a la ley). Pero es que además, y como segundo punto, el reglamento sólo puede dictarse en ejecución de la ley(prefiguración legal). Finalmente, la ley siempre puede regular de nuevo, y libremente, una materia regulada reglamentariamente (ámbito universal de la ley, y ausencia correlativa de reserva de reglamento).

En resumen, la desigual posición del derecho producido por el poder legislativo y reglamentario consiste en una fuerza activa y pasiva diferente, un respeto a la ley, e incluso una prefiguración legal, y finalmente un ámbito universal de la ley, pues esta última siempre puede volver sobre la materia dejada al reglamento.

"..."

Al respecto del tema esta Sala, en sentencia de 15 de junio de 2001, Registro Judicial, pág. 166, señaló lo siguiente:

"Los reglamentos de ejecución de las Leyes a los que se refiere expresamente en el numeral 14 del artículo 179 de la Constitución, son aquellos dictados por el Presidente de la República y el Ministro respectivo para asegurar o facilitar el cumplimiento o aplicación de las leyes. Esta es la hipótesis tradicional y se trata de una actividad de Administración Pública subordinada de la ley y con límites propios: **no pueden alterar el texto ni el espíritu de la Ley que reglamentan**". (el resaltado es nuestro).

Ya en sentencia anterior, la Sala Tercera había tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la subordinación de los reglamentos con respecto a la ley. En ese sentido nos permitimos citar la sentencia de 29 de octubre de 1991, en donde la Sala Tercera indicó lo siguiente:

"..."

La potestad reglamentaria de las leyes posee una serie de límites que se derivan tanto del principio constitucional de "la reserva de la ley" como de la naturaleza de los reglamentos, particularmente los reglamentos de ejecución de la ley, que están subordinados a ésta.

Hay que señalar, en primer término, que de acuerdo con el numeral 14 del artículo 179 de la Constitución, el Presidente de la República y el Ministro respectivo pueden reglamentar las leyes que lo requieran para su mejor cumplimiento. Debe existir, pues, una necesidad de reglamentación para facilitar la ejecución de la ley.

Mientras más detallada sea la ley menor será la necesidad de reglamentarla para asegurar su cumplimiento ya que, en este caso, la ley contiene los pormenores que se requieren para su cumplimiento y poco podrá agregar el reglamento. Por el contrario, la potestad reglamentaria tendrá mayor extensión cuando la ley, por ser de concisa o parca redacción, requiere que se detallen con mayor precisión y concreción los elementos necesarios para su cumplimiento...

La Sala ha señalado en la sección anterior de esta sentencia que todo reglamento está subordinado tanto a la Constitución como a las leyes, de conformidad con el artículo 15 del Código Civil. El respeto a la jerarquía normativa es, como queda dicho, uno de los límites formales de la potestad reglamentaria.".

Al respecto de dicha facultad reglamentaria, el jurista colombiano Juan Carlos Mocada Zapata, en su obra El Reglamento como Fuente de Derecho en Colombia, Bogotá, Editorial Temis, 2007, pág. 127, cita jurisprudencia del Consejo de Estado de su país, en donde se deja claro los límites a los reglamentos en donde se indica que éstos no pueden, "**bajo pretexto de reglamentación, dictar normas nuevas y así, no pueden establecer ni una pena, ni un impuesto que no estén previstos en la ley, ni dictar ninguna disposición que viole una ley cualquiera, ni ampliar o restringir el alcance de la ley...ni regular materias cuya competencia sea reserva de ley**". (lo resaltado es nuestro).

Consideramos a tono con el caso, citar la sentencia dictada por esta Sala el 15 de junio de 2001, donde se señaló: "...Los reglamentos de ejecución de la Leyes a los que se refiere expresamente en el numeral 14 del artículo 179 de la Constitución, son aquellos dictados por el Presidente de la República y el Ministerio respectivo para asegurar o facilitar el cumplimiento o aplicación de las leyes. Esta es la hipótesis tradicional y se trata de una actividad de Administración

Pública subordinada de la ley y con límites propios: no pueden alterar el texto ni el espíritu de la ley que reglamentan (Registro Judicial. Pag.166).

Como ha quedado expuesto en párrafos anteriores, es cierto que el Órgano Ejecutivo, a través de su Ministerio del Ramo, tiene la facultad de reglamentar las leyes, pero esto con el único propósito de asegurar o facilitar su cumplimiento, aplicación o puesta en práctica, y no con la finalidad de variar el sentido y alcance de la norma reglamentada, como ha sucedido en el caso in examine.

Además, cabe resaltar que esta violación, la cual proviene del ejercicio de la actividad reglamentaria del Poder Ejecutivo, cobra una especial importancia en el plano tributario que nos ocupa, puesto que esta materia se encuentra revestida de una jerarquía superior, ya que el artículo 52 de la Constitución señala que, "Nadie está obligado a pagar contribución ni impuesto, que no estuvieren legalmente establecidos y cuya cobranza no se hiciere en la forma prescrita por las leyes".

De lo plasmado se obtiene con claridad meridiana la conclusión de que no es posible vía decreto reglamentario, imponer obligación tributaria alguna, como se constata lo ha hecho la frase demandada, infringiendo el principio de legalidad tributaria o reserva de ley, y a la vez comprometiendo la separación de los poderes del Estado, puesto que según la Constitución los tributos nacionales y su cobranza sólo pueden ser instituidos mediante ley formal.

Y es que el principio de legalidad tributaria está íntimamente ligado al principio de seguridad jurídica, puesto que es necesaria una ley formal para la fijación de los tributos.

Al respecto del tema, la autora MARÍA JOSÉ FALCÓN Y TELLA en su obra EQUIDAD, DERECHO Y JUSTICIA, señaló lo siguiente:

"..."

Examinados los criterios sustantivos que inspiran el sistema tributario español en materia de equidad, es necesario aludir ahora a las reglas formales para el establecimiento de los tributos. Estas reglas se recogen básicamente en el principio de legalidad tributaria, muy ligado al de seguridad jurídica. A tenor del principio de legalidad tributaria, también conocido como principio de reserva de ley en materia tributaria, es necesaria una ley formal en materia tributaria, es necesaria una ley formal para el establecimiento de los tributos.

El fundamento de este principio arranca de la máxima clásica del Parlamentarismo inglés "no taxation without representation", que exigía la autoimposición y el consentimiento del impuesto a través de la representación, y cuya violación fue una de las causas de la Revolución americana de las colonias frente a la metrópoli, Inglaterra. Igualmente puede citarse la Declaración Francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano, que menciona el derecho a aprobar la contribución por sí mismo o a través de representantes. El significado de este principio es el de servir tanto de garantía individual frente al poder político, como de institución al servicio del interés colectivo, al asegurar las democracias, a través de la aprobación parlamentaria, la representación de los contribuyentes en la decisión de imponer tributos, al ser el Parlamento, en cuanto órgano elegido por sufragio universal, reflejo de la soberanía universal, reflejo de la soberanía popular. Además de esta exigencia de democracia o de representación, cabe hablar también de una garantía de igualdad, pero entendiendo ésta menos en sentido equitativo y material y más como igualdad formal, de tratamiento uniforme y unitario de los tributos dentro de todo el territorio nacional. Por último, el principio de legalidad tributaria sirve a la seguridad jurídica o certeza del Derecho, al permitir al contribuyente conocer con suficiente precisión el alcance de sus obligaciones fiscales.

"..."

En resumidas cuentas la frase acusada de ilegal ha logrado violentar el principio de legalidad tributaria, y de paso alterar el espíritu de la ley que pretendía reglamentar, creando situaciones no establecidas previamente en ella, haciendo con esto manifiesta la ilegalidad de la frase acusada en demanda contencioso administrativa de nulidad.

Es por los planteamientos antes esbozados que a juicio de esta Sala Contencioso Administrativa, debe procederse a declarar la nulidad, por ilegal, de la frase "así como otros tributos aduaneros incluso en los casos en que su aplicación esté exonerada, siempre que incidan en la operación con anterioridad al retiro de la mercancía", contenida en el literal g del artículo 9 del Decreto Ejecutivo N°84 del 26 de agosto de 2005, emitido por el Ministerio de Economía y Finanzas.

VI PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por Autoridad de la Ley, DECLARA QUE ES NULA, POR ILEGAL, la frase "así como otros tributos aduaneros incluso en los casos en que su aplicación esté exonerada, siempre que incidan en la operación con anterioridad al retiro de la mercadería", contenida en el literal g del artículo 9 del Decreto Ejecutivo N°84 del 26 de agosto de 2005, del Ministerio de Economía y Finanzas.

Notifíquese.

Winston Spadafora F.

Adán Arnulfo Arjona L.

Victor L. Benavides P.

JANINA SMALL

SECRETARIA

ENTRADA N° 392-04 Magistrado Ponente: **VÍCTOR L. BENAVIDES P. DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE NULIDAD**, interpuesta por el licenciado Nemesio Fajardo Angulo, en representación de **ADMINISTRACIÓN EJECUTIVA DE TRANSPORTE VERANILLO, S.A.**, para que se declare nulas, por ilegales, las Resoluciones N° 149 de 26 de julio de 1999, N° 156 de 27 de julio de 1999 y N° 158 de 27 de julio de 1999, emitida por el Director Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre del Ministerio de Gobierno y Justicia.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

SALA TERCERA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Panamá, nueve (9) de junio de dos mil nueve (2009).

VISTOS:

El licenciado Nemesio Fajardo Angulo, actuando en representación de **ADMINISTRACIÓN EJECUTIVA DE TRANSPORTE VERANILLO, S.A.**, ha interpuesto ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, demanda contencioso administrativa de nulidad para que se declaren nulas, por ilegales, las Resoluciones N° 149 de 26 de julio de 1999, N° 156 de 27 de julio de 1999 y N° 158 de 27 de julio de 1999, emitida por el Director Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre del Ministerio de Gobierno y Justicia.

Admitida la demanda, mediante resolución calendada el 3 de agosto de 2004 (f.18), se corrió en traslado a la Dirección Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre, para que rindiera el informe explicativo de conducta ordenado por el artículo 33 de la Ley 33 de 1946; y a la Procuraduría de la Administración, para que emitiese los descargos a que hubiere lugar.

I. EL ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO

Los actos administrativos impugnados, están constituidos por las Resoluciones N° 149 de 26 de julio de 1999; N° 156 de 27 de julio de 1999; y, N° 158 de 27 de julio de 1999, las cuales resolvieron lo siguiente:

Resolución N° 149 de 26 de julio de 1999.

"Reconocer como Prestataria del servicio de Transporte Colectivo de Pasajeros en la ruta **TRANSISTMICA - VERANILLO Y VICEVERSA**, Distrito de Panamá, Provincia de Panamá, a la Sociedad **AMIGOS DE VERANILLO, S.A.**, inscrita a la ficha 276988, rollo 39807, imagen 2, del Registro Público (Persona Mercantil) por haber cumplido con el artículo 18 de la Ley 14 de 26 de mayo de 1993."

Resolución N° 156 de 27 de julio de 1999.

"Reconocer como Prestataria del servicio de Transporte Colectivo de Pasajeros en la ruta **VERANILLO - TUMBA MUERTO - CALLE 12 Y VICEVERSA**, Distrito de Panamá, Provincia de Panamá, a la Sociedad **AMIGOS DE VERANILLO, S.A.**, inscrita a la ficha 276988, rollo 39807, imagen 2, del Registro Público (Persona Mercantil) por haber cumplido con el artículo 18 de la Ley 14 de 26 de mayo de 1993."

Resolución N° 158 de 27 de julio de 1999.

"Reconocer como Prestataria del servicio de Transporte Colectivo de Pasajeros en la ruta **VERANILLO - VÍA ESPAÑA Y VICEVERSA**, Distrito de Panamá, Provincia de Panamá, a la Sociedad **AMIGOS DE VERANILLO, S.A.**, inscrita a la ficha 276988, rollo 39807, imagen 2, del Registro Público (Persona Mercantil) por haber cumplido con el artículo 18 de la Ley 14 de 26 de mayo de 1993."

II. LOS ARGUMENTOS DE LA PARTE ACTORA

Quienes demandan, solicitan a esta Sala que se declaren nulas, las resoluciones impugnadas, por medio de las cuales se les reconoció a la sociedad Amigos de Veranillo, S.A., como prestataria del transporte público de las rutas Transístmica - Veranillo y Viceversa; Veranillo - Tumba Muerto - Calle 12; y, Veranillo - Vía España y Viceversa, todas del distrito de Panamá.



III. HECHOS Y CONSIDERACIONES EN QUE SE FUNDAMENTA LA DEMANDA

La parte actora presenta como argumentos, los siguientes hechos a saber:

"PRIMERO: Mediante las resoluciones números 149, 156 y 158 la dirección nacional de Tránsito y Transporte Terrestre reconoce a la Sociedad Amigos de Veranillo, S.A., como propietaria del servicio Terrestre colectivo de pasajeros en la ruta Veranillo - Vía España y Viceversa; Veranillo - Tumba Muerto - calle y Transístmica - Veranillo y Viceversa todas del distrito de Panamá, provincia de Panamá.

SEGUNDO: La Sociedad Amigos de Veranillo, S.A; es una sociedad anónima registrada en la Ficha 276988, Rollo 39807, Imagen 2 desde el siete (7) de septiembre de 1993; según certificación expedida por el Registro Público.

TERCERO: La ley 14 de 26 de mayo de 1993, establece el derecho de comisión a las personas jurídicas que estuviesen conformadas por los transportistas que al momento de entrar en vigencia esta ley estuviesen prestando el servicio de transporte público terrestre de pasajeros en sus distritos modalidades ya sea en una línea, ruta o píquera.

CUARTO: La norma citada concedía un término de seis (6) meses después de la entrada en vigencia de esta ley a aquellos transportistas que no estuviesen organizadas o agrupadas en alguna persona jurídica, para que lo hicieran y que aspirarse a una concesión de ruta.

QUINTO: La entrada en vigencia de la ley en cita desde su publicación el 27 de mayo de 1993, el término para conformar las respectivas organizaciones era hasta el 27 de noviembre de 1993; después de esta fecha ninguna organización podía solicitar tal inscripción o reconocimiento.

SEXTO: La Sociedad Amigos de Veranillo, S.A., actualmente no presta el servicio como lo exige la ley 14 de 1993, ya que dicho servicio es prestado por otra empresa.

SÉPTIMO: La razón de ser de la ley 14 de 1993 era la de obligar a los transportistas a organizarse en persona jurídica y de que los mismos designaran una persona responsable ante el Estado y los usuarios del servicio público de Transporte de pasajeros.

OCTAVO: La dirección de Tránsito y Transporte Terrestre al emitir las resoluciones N° 149, 156 y 158 de 26 de julio de 1999 violan directamente, por comisión el artículo 18 de la ley 14 de 1993 debido a que la sociedad Amigos de Veranillo, S.A., se le reconoció un derecho o concesión de ruta pasado los seis (6) meses que establecía dicha ley."

IV. NORMA LEGAL INFRINGIDA Y EL CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Quien recurre considera la infracción de la siguiente norma legal:

Ley N° 14 de 26 de mayo de 1993.

"Artículo 18. Los transportistas que actualmente presten el servicio de transporte terrestre público de pasajeros en sus distintas modalidades en una línea, ruta o píquera determinada, seguirán prestando el servicio en forma definitiva, reconociéndosele el derecho de concesión a las personas jurídicas bajo cuya organización se encuentren los mismos. Los prestatarios del servicio de transporte terrestre público de pasajeros que no están organizados como personas jurídicas deberán organizarse como tales dentro de los (6) meses siguientes a la entrada en vigencia de esta Ley."

A juicio del recurrente, esta norma ha sido violada directamente por comisión, toda vez que dicha norma concedía un término de seis (6) meses después de entrada en vigencia de la ley a aquello transportistas que no estuviesen organizados o agrupados en alguna persona jurídica, para que lo hicieran y de esa manera aspirar a una concesión de ruta o una determinada zona de trabajo. De ahí pues, manifiestan los demandantes, que al entrar en vigencia esta ley, tenía fecha de cumplimiento y fuera de estos términos toda resolución que se dictase estaba violentando el espíritu y letra de la misma. Como en efecto sucedió con las resoluciones que hoy se demanda su ilegalidad. Dicho esto, consideran los recurrentes que, no se cumplieron con los requisitos ni formalización de la solicitud de concesión dentro del término requerido, pese a lo indicado, le fue otorgado el reconocimiento como prestataria del servicio público de pasajeros y su respectiva concesión.

V. INFORME DE CONDUCTA

En Nota N° DG-381-2004 de 12 de agosto de 2004 (fs.20 a 27), el Director General de la Autoridad de Tránsito y Transporte Terrestre, adjunta el respectivo informe explicativo de conducta indicando medularmente, que en efecto, mediante las resoluciones demandadas, se otorgaron las concesiones para la operación del transporte público de pasajeros en las rutas indicadas en el libelo de demanda. No obstante, en las mismas se exponen que los peticionarios cumplieron con todos los requisitos establecidos en el artículo 18 de la ley 14 de 1993 y el Decreto Ejecutivo N° 186 de 28 de junio de 1993.

Continúa señalando el representante de la Autoridad demandada, que desde el momento en que se otorgó la concesión en mención, no se ha llevado a cabo proceso alguno de revisión, apelación o impugnación.

VI. INTERVENCIÓN DE TERCEROS INTERESADOS

Visible de fojas 33 a 38 del proceso contencioso administrativo, consta poder especial otorgado al licenciado Manuel Antonio Batista L., por parte del señor Alexis Alberto Martínez Pérez, en su condición de representante legal de la sociedad denominada Amigos de Veranillo, S.A., solicitando que se les tenga como terceros interventores en el proceso de marras, mismo que se les reconoce en resolución de 8 de abril de 2005 (f.39), solicitando a los Magistrados de la Sala Tercera, en el memorial de contestación de demanda, que se proceda a desestimar las pretensiones formuladas por la contraparte.

VII. CRITERIO DE LA PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN

Mediante la Vista Número 030 de 20 de enero de 2006 (fs.41 a 45), la Procuraduría de la Administración, solicitó a los Magistrados que integran la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, declaren la legalidad de las resoluciones impugnadas, dictadas por el Director Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre.

VIII. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

Cumplidos los trámites correspondientes, la Sala procede a resolver la presente controversia, previa las siguientes consideraciones.

En primer término, la Sala observa que la petición de la parte actora de que las resoluciones atacadas de nulas, en sede contencioso administrativa, y expedidas por el Director General de Tránsito y Transporte Terrestre, se sustentan en la supuesta vulneración del artículo 18 de la ley 14 de 1993, porque la petición de reconocimiento como prestataria del servicio de transporte a la sociedad Amigos de Veranillo, S.A., se presentó fuera del término de seis (6) meses que le fuera concedido a los transportistas, por esta Ley.

Al analizar la situación planteada y cada una de las constancias probatorias contentivas en autos, en cotejo con la disposición acusada de infringida, conlleva a la Sala a concluir que no le asiste razón a la parte actora, por lo siguiente:

- En primer término, el artículo 18 de la ley 14 de 1993: "*Por la cual se regula el Transporte Terrestre Público de Pasajero y se dictan otras disposiciones*", dispuso un término de seis (6) meses, a partir de su promulgación, para que los transportistas que prestaban el servicio de transporte terrestre de pasajeros en sus distintas modalidades, *pero que no estaban organizados como personas jurídicas*, cumplieran con el requisito de organizarse como tales. Siendo que la ley en comento se publicó en la Gaceta Oficial del 27 de mayo de 1993, los prestatarios no organizados tenían hasta el 27 de noviembre de 1993, para organizarse como personas jurídicas.
- Sin embargo, de las pruebas aportadas al presente cuadernillo de marras se observa con claridad, que la sociedad Amigos de Veranillo, S.A., fue inscrita en el Registro Público, a la Ficha 276988, Rollo 39807, Imagen 2, desde el día 7 de septiembre de 1993, es decir, dos (2) meses y veinte (20) días previos a la fecha en que caducara el término de seis (6) meses a que hace referencia el artículo 18 de esta Ley (f.10).
- De acuerdo con las explicaciones ofrecidas en el Informe de Conducta rendido por la Autoridad del Tránsito y Transporte Terrestre, se indica que las resoluciones se emitieron en base a: "...memorial petitorio por parte de apoderado legal, presentado desde noviembre de mil novecientos noventa y tres (1993)...", y posteriormente se impulsa ésta (sic) solicitud en junio de mil novecientos noventa y nueve (1999)..."

Lo anterior es indicativo, que contrario a lo señalado por el demandante, la solicitud en cuestión no fue presentada de manera extemporánea, sino dentro del plazo que estableciera el propio artículo 18 de la Ley 14 de 1993.

En refuerzo de lo esbozado por este Tribunal Colegiado, en fallo de 23 de marzo de 1999, esta Corporación Judicial se expresó de la siguiente manera:

"..."

El artículo 18 de la ley 14 de 1993 se refiere al reconocimiento del derecho de concesión a los transportistas que prestaban el servicio cuando la Ley entró en vigencia y estaban organizados como personas jurídicas, y al reconocimiento del derecho de concesión a los transportistas que también prestaban el servicio cuando entró en vigencia la Ley, pero que no estaban organizados como personas jurídicas, a quienes les dio un plazo de seis meses a partir de la promulgación de la Ley para agruparse en sociedades. Además este derecho de concesión puede adquirirse por nuevos transportistas que quieran prestar el servicio de transporte terrestre público. Estos últimos deben cumplir con los requisitos establecidos por la Ley y sus reglamentos (artículo 27 de la Ley 14 de 1993).

Consta en autos que los transportistas que se organizaron bajo la persona jurídica denominada Expreso Panamá Colón, Centro América, S. A. venían prestando el servicio de transporte público terrestre de pasajeros al momento de entrar en vigencia la Ley 14 de 1993, pero bajo la organización denominada Utracolpa, S. A., quien ya tenía derecho a la concesión. Posteriormente, en los primeros meses de 1994 decidieron organizarse bajo la sociedad Expreso Panamá Colón, Centro

América, S. A. creada en el año de 1991 (f. 170 del expediente administrativo), persona jurídica que solicitó la concesión de las ruta Panamá Colón y viceversa en las modalidades de transporte regular y expreso, otorgadas mediante las resoluciones ahora impugnadas.

Los transportistas solicitantes listados en las Resoluciones N° 31 y 31-1 de 20 de abril de 1995, ya prestaban el servicio de transporte terrestre público de pasajeros en la ruta Panamá Colón Centro América, S. A. y por ello se les permitió seguir prestándolo definitivamente, reconociéndosele el derecho de concesión a la persona jurídica bajo la cual se organizaron, o sea a la sociedad Expreso Panamá Colón, Centro América, S. A.

Para el reconocimiento del derecho de concesión, el artículo 18 de la Ley 14 de 1994 exige a los prestatarios del servicio que se organicen como persona jurídica dentro de los seis meses siguientes a la fecha de entrada en vigencia el 27 de noviembre de 1993. A pesar de lo dispuesto en la ley, el Ministerio de Gobierno y Justicia dictó el Resuelto N° 397 de 5 de noviembre de 1993 (fundamento de las resoluciones N° 31 y 31-1) cuyo artículo quinto establecía hasta el 31 de mayo de 1994 como fecha límite para la presentación, ante el Ente Regulador, de las solicitudes de concesiones de líneas, rutas o piqueras de los transportistas constituidos en personas jurídicas conforme a la Ley 14 de 1993 y esta fecha límite fue extendida hasta el 31 de agosto de 1994 por el Resuelto Ministerial N° 153 de 31 de mayo de 1994.

La sociedad Expreso Panamá Colón, Centro América, S. A., acreditó su organización como empresa dedicada al negocio del transporte público con la finalidad de prestar este servicio en la ruta Panamá Colón y viceversa y de solicitar la concesión respectiva al Ente Regulador desde el 26 de febrero de 1994, en que se celebró una reunión extraordinaria de accionistas, y el acta de esta reunión fue protocolizada el 31 de marzo de 1994 (fs. 37 a 39 del expediente administrativo). El 14 de marzo de 1994, el representante legal de la sociedad Expreso Panamá Colón, Centro América, S. A. confiere poder al abogado Alejandro Pérez para que tramite la solicitud de concesión de la Ruta Panamá Colón y viceversa, presentando el poder ante Notario el 6 de abril de 1994 (f. 176 del expediente administrativo). El 18 de agosto de 1994 los solicitantes listados en las Resoluciones N° 31 y 31-1 de 20 de abril de 1995, firmaron expresando su consentimiento como afiliados a la sociedad Expreso Panamá Colón, Centro América, S. A. para solicitar la concesión en la ruta Panamá Colón y viceversa (fs. 157 a 159 del expediente administrativo).

Los transportistas que ya prestaban el servicio de transporte al momento de dictarse la Ley 14 cumplieron a tiempo con el requisito de agruparse u organizarse bajo la sociedad Expreso Panamá Colón, Centro América, S. A. Esta persona jurídica cumplió dentro del plazo permitido con la obligación de acreditar su personería y con la presentación de los documentos y requisitos exigidos para el reconocimiento del derecho a la concesión de la ruta al momento de solicitarla.

..."

En síntesis, una vez ensayado el cargo de violación traído a conocimiento de esta Sala, esta Magistratura ha determinado que no se ha materializado conculcación alguna, por lo que se procede a desestimar las pretensiones contenidas en la demanda incoada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **DECLARA QUE NO SON ILEGALES**, las Resoluciones N° 149 de 26 de julio de 1999; así como tampoco la Resolución N° 156 de 27 de julio de 1999; ni la Resolución N° 158 de 27 de julio de 1999, todas ellas expedidas por el Director Nacional de Tránsito y Transporte Terrestre del Ministerio de Gobierno y Justicia.

NOTIFÍQUESE,

VICTOR L. BENAVIDES P.

WINSTON SPADAFORA F.

ADÁN ARNULFO ARJONA L.

JANINA SMALL

SECRETARIA

- Entrada N°349-06

DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE NULIDAD, INTERPUESTA POR EL LICENCIADO ABIEL GONZÁLEZ, EN REPRESENTACION, DE LA ASOCIACIÓN DE RESIDENTES DE LA COMUNIDAD DE ALTOS DEL DIABLO, PARA QUE SE DECLARE NULA, POR ILEGAL, LA RESOLUCIÓN DE GABINETE N°1 DE 5 DE ENERO DE 2000, DICTADA POR EL CONSEJO DE GABINETE.

MAGISTRADO PONENTE: ADÁN ARNULFO ARJONA L.

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

Panamá, treinta (30) de junio de dos mil nueve (2009)

VISTOS:

El Licenciado Abdiel González, en representación de la **ASOCIACIÓN DE RESIDENTES DE LA COMUNIDAD DE ALTOS DEL DIABLO**, ha presentado Demanda Contencioso-Administrativa de Nulidad para que se declare nula, por ilegal, la Resolución de Gabinete N°1 de 5 de enero de 2000, dictada por el Consejo de Gabinete.

El apoderado judicial de la asociación demandante solicita a este Tribunal que declare la nulidad de la Resolución de Gabinete N°1 de 5 de enero de 2000, dictada por el Consejo de Gabinete.

Mediante la Resolución de Gabinete impugnada, el Consejo de Gabinete emitió concepto favorable al establecimiento de la Zona Procesadora de Exportación Procesadora Marpesca, S.A., con fundamento en la Ley 25 de 30 de noviembre de 1992.

Considera la parte actora que la referida resolución infringe el artículo primero del Decreto Ejecutivo N°5 de 31 de enero de 1992, según el cual, a partir de su entrada en vigencia, las empresas que se dediquen al procesamiento, almacenamiento y comercialización de camarones y otras especies marinas en escala industrial en la provincia de Panamá, tendrán que ubicarse en el Puerto de Vacamonte, y explica que comprenden tales actividades. La infracción de esa norma se dice producida porque el concepto favorable para el establecimiento de la Zona Procesadora Marpesca, S.A., objeto de este examen, permite el ejercicio de esas actividades en lugar distinto al puerto de Vacamonte.

Igualmente se alega como infringido el artículo 19 de la Ley 25 de 1992, que autoriza establecer las Zonas Procesadoras para la exportación en cualquier parte del territorio nacional, siempre que ello no cause efectos devastadores e irreversibles en el ecosistema del lugar, y no infrinja disposiciones legales vigentes, lo cual no es acatado por la resolución de gabinete en comento.

Por último, se cita el artículo 35 de la Ley 38 de 2000, que se considera infringido porque la Resolución de Gabinete N° 1 de 5 de enero de 2000, viola el orden jerárquico de las normas al entrar en contradicción con un decreto ejecutivo que tiene supremacía jurídica.

Por otra parte, el Ministro de la Presidencia rindió el informe explicativo requerido por esta Sala, expresando primeramente que la empresa Procesadora Marpesca, S.A., suscribió un contrato con la Autoridad de la Región Interoceánica, (ahora Unidad Administrativa de Bienes Revertidos del Ministerio de Economía y Finanzas) para el arrendamiento e inversión de un globo de terreno ubicado en Corozal, por un periodo de 40 años, con el objeto de que dicha empresa estableciera una zona procesadora de productos alimenticios, bienes perecederos, tecnología y servicios relacionados con el procesamiento de camarones en escala industrial, además, de pretenderse establecer un grupo de inversionistas de MARPESCA y promover inversiones en el ámbito local y extranjero.

El mencionado funcionario también explica que el proyecto en comento implica el establecimiento de empresas que procesen productos, investiguen, desarrollen productos de tecnología y brinden servicios al mercado internacional, control de calidad, empaque, transporte y todo tipo de actividades para el procesamiento de productos relacionados con el camarón, con un monto de inversión de dos millones de balboas (B/.2,000.000.00), cumpliendo con los requisitos previstos en la Ley 25 de 1992, por lo que pudo obtener la licencia de operación 12 de 7 de febrero de 2000.

Por su parte, el Procurador de la Administración, Encargado, actuando en esa ocasión en interés de la ley, a través de la vista n°. 939 de 7 de diciembre de 2007, solicita a este Tribunal declarar que la Resolución de Gabinete 1 de 5 de enero de 2000, no es ilegal, sostenido primeramente en el hecho que la antigua Autoridad de la Región Interoceánica dio en arrendamiento a Procesadora Marpesca, S.A., un bien para llevar a cabo un plan de desarrollo, sin especificar la naturaleza de los bienes a procesar, y que, si el área dada en arrendamiento es de carácter industrial, tal circunstancia debe entenderse sin perjuicio de lo que, al momento de celebrarse el contrato, establecía el artículo primero del decreto 12 de 17 de abril de 1991, modificado por el artículo primero del decreto ejecutivo 5 de 1992, y derogado por el decreto ejecutivo 26 de 23 de mayo de 2007, porque dichos artículos, al momento en que se emitió el acto acusado establecían que las actividades relacionadas con camarones tenían que ubicarse en el Puerto de Vacamonte.

Explica además, el referido funcionario que el acto acusado no especifica que la actividad comercial de Procesadora Marpesca S.A., es el procesamiento, almacenamiento y comercialización de camarones u otras especies marinas. Asimismo, señala que, ante la circunstancia de que este Tribunal declare la ilegalidad del acto acusado persistiría el contrato de arrendamiento. No obstante, finaliza advirtiendo que su concepto queda supeditado a lo que se establezca en la etapa probatoria que permita acreditar el ejercicio de esas actividades.

CONSIDERACIONES, FUNDAMENTOS Y DECISIÓN DE LA SALA

Surtidas las etapas procesales de rigor, corresponde a esta Sala entrar a resolver el presente negocio, sobre la base de las consideraciones que siguen:

I. Competencia

De acuerdo con lo establecido en los artículos 206 de la Constitución Política y 97 del Código Judicial, a la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo le están atribuidos los procesos que se originan de actos, omisiones, prestaciones defectuosas o deficientes de los servidores públicos, resoluciones, órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten o expidan o en que incurran en el ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, los funcionarios públicos o autoridades nacionales o provinciales, municipales y de las entidades públicas autónomas o semiautónomas.

• II. Legitimación activa y pasiva

En el presente caso, la demandante, es la Asociación de Residentes de la Comunidad de Altos del Diablo, como persona jurídica que comparece para impugnar la Resolución de Gabinete N° 1 de 5 de enero de 2000, dictada por el Consejo de Gabinete, por razón de que la acción de nulidad puede ser interpuesta por cualquier persona, natural o jurídica, pública o privada. Por tanto, dicha asociación se encuentra legitimada para promover la presente acción.

El acto demandado fue emitido por el Consejo de Gabinete, organismo estatal que figura como sujeto pasivo en el presente proceso contencioso-administrativo.

III. Problemas Jurídicos

Observa este Tribunal que el argumento central de los cargos de ilegalidad gira en torno a que mediante el acto acusado la Zona Procesadora de Exportación Marpesca, S.A., puede realizar actividades de procesamiento, almacenamiento y comercialización de camarones y especies marinas en escala industrial para la exportación dentro del área de Corozal, del Corregimiento de Ancón, cuando el decreto 12 de 1991, subrogado por el decreto ejecutivo 5 de 31 de enero de 1992, de orden jerárquico superior, expresa que todas las empresas que se dediquen a esas actividades deben estar ubicadas en el Puerto de Vacamonte, y cuando la Ley 25 de 1992, que establece el régimen de las zonas procesadoras, dispone que, ante la circunstancia que se realicen esas actividades en territorio nacional, ellas no deben causar efectos devastadores e irreversibles en el ecosistema.

Conforme a lo planteado, deducimos como problemas jurídicos a resolver en el presente negocio, los siguientes: (i) Si la decisión del Consejo de Gabinete de emitir concepto favorable al establecimiento de la Procesadora de Exportación Marpesca, S.A., para el establecimiento de una zona procesadora, permite el ejercicio de actividades como las de procesamiento, almacenamiento y comercialización para la exportación de camarón y especies marinas en Corozal, del Corregimiento de Ancón, cuando de acuerdo con el decreto ejecutivo 5 de 31 de enero de 1992, sólo pueden practicarse en el Puerto de Vacamonte y ii) Si el concepto favorable emitido para el establecimiento de la zona procesadora en Corozal permite el desarrollo de esas actividades sin garantizar que las mismas no causaran efectos devastadores e irreversibles en el ecosistema del lugar, ni infrinjan disposiciones legales vigentes o derechos de terceros.

Es de lugar, partir destacando lo expresado por el Procurador de la Administración, Encargado, en cuanto a que tanto el decreto 12 de 1991, como el decreto ejecutivo 5 de 31 de enero de 1992 que lo modificó, quedaron derogados en todas sus partes por el decreto ejecutivo 26 de 23 de mayo de 2007. Este último decreto dicta nuevas medidas sobre las actividades y ubicación de las plantas de procesamiento y comercialización de camarones y otros organismos acuáticos en escala industrial en el territorio nacional.

No obstante lo anterior, tomando en cuenta que al momento en que se dictó el acto acusado de ilegal, los decretos derogados se encontraban vigentes, es viable aplicar al caso que nos ocupa lo establecido en el artículo 32 del Código Civil, de acuerdo al cual las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir, pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y las diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.

En razón de lo expuesto, entraremos a valorar si la Resolución de Gabinete 1 de 2000, vulneró o no el artículo primero del decreto 12 de 1991, modificado por el decreto ejecutivo 5 de 1992, el artículo 19 de la Ley 25 de 1992 y el artículo 35 de la Ley 38 de 2000, que son las normas citadas como infringidas en la presente acción.

Apreciamos que el acto acusado, es decir, la Resolución de Gabinete N°1 de 5 de enero de 2000, emite concepto favorable al establecimiento de la Zona Procesadora Marpesca, S.A., de acuerdo con los requisitos, condiciones, ventajas, incentivos y disposiciones establecidas en la Ley 25 de 30 de noviembre de 1992.

La Ley 25 de 1992, autoriza el establecimiento de zonas procesadoras para la exportación en áreas específicas y debidamente delimitadas en el territorio de la República de Panamá, que aplicado ello, al caso que nos ocupa se observa en el considerando del acto acusado de ilegal, la Zona Procesadora Marpesca, S.A., se ubica en Corozal, Corregimiento de Ancón, distrito de Panamá.

En ese orden, cabe acotar que el artículo 4 de la Ley en comento, dispone que le corresponde a la Comisión Nacional de Zonas Procesadoras autorizar el establecimiento de las Zonas Procesadoras, previo al concepto favorable del Consejo de Gabinete.

Sobre lo que comprende el concepto de zonas procesadoras para la exportación, expresa la ley 25 de 1992, que trata de las zonas francas y de libre empresa, específicamente delimitadas dentro de las cuales se desarrollan todas las infraestructuras, instalaciones, edificios y sistemas y servicio operativo y la gestión administrativa que sean necesarias bajo criterios de máxima eficiencia, para que se establezcan dentro de las mismas, empresas de todas partes del mundo cuyas actividades sean la producción de bienes y servicios para la exportación, tal y como queda expresado en su artículo 10.

Consecuentemente, el artículo 13 de la Ley 25 de 1992, enuncia una variedad de actividades para las cuales quedan autorizadas las Zonas Procesadoras para la exportación, las cuales vemos en su mayoría están dirigidas al establecimiento de infraestructuras para venta, arrendamiento, cultura, tecnología, entretenimiento, servicios públicos, aeropuertos, muelles, vivienda, entre otros.

En ese orden de ideas, es de lugar hacer mención que se aprecia a foja 93 de los documentos administrativos que conforman la actuación administrativa examinada que el Ministro de Comercio e Industrias mediante la Resolución 51 de 7 de febrero de 2000, otorgó licencia de "promotores y operadores de zonas procesadoras para la exportación", a favor de Procesadora Marpesca, S.A., para desarrollar las actividades que siguen: Proporcionar la infraestructura necesaria y las facilidades para desarrollar una zona procesadora de productos alimenticios, bienes perecederos, tecnología y servicios relacionados, mediante el establecimiento de empresas que procesen productos, que realicen investigación y desarrollo de productos y tecnología y que brinden servicios de mercadeo internacional, control de calidad, empaque y transporte y todo tipo de actividades relacionadas. Se aprecia pues, dicha licencia incluye las autorizadas por la Ley 25 de 1992.

Es importante añadir que, según queda manifestado en el informe de conducta rendido por el Ministro de la Presidencia que se lee a foja 18 y 19 del expediente judicial, el proyecto de la Zona Procesadora en comento, se da en ocasión de un contrato de arrendamiento e inversión, y entre las actividades del proyecto de esa zona, se encuentran incluidas las de procesamiento de productos relacionados con el camarón.

Frente a ese escenario, deducimos que el concepto favorable para el establecimiento de la Zona Procesadora Marpesca, S.A., amparó el procesamiento de productos relacionados con el camarón en Corozal, ante la circunstancia de que dicho concepto favorable no establece exclusión alguna al respecto.

Sobre las consideraciones expuestas, es importante señalar que, si bien no todos los actos preparatorios son revisables por esta jurisdicción no es menos cierto que la Resolución de Gabinete 1 de 2000, que emitió el concepto favorable para el establecimiento de una zona procesadora para la exportación, a favor de la sociedad Marpesca, S.A., ampara la actividad de procesamiento en Corozal, Corregimiento de Ancón, al no excluir ningún producto, en momentos en que la normativa vigente sólo permitía el procesamiento, almacenamiento y exportación de camarón en escala industrial en el Puerto de Vacamonte.

Dicha resolución, sin duda es un acto preparatorio, frente a la circunstancia de que se requería posterior a su emisión de una autorización del Ministerio de Comercio e Industrias por medio de una licencia, como previamente ha quedado expresado, lo cierto es que el concepto favorable es para que se establezca la zona procesadora. No obstante, si la Sala optara equivocadamente por no examinar el acto acusado de ilegal, permitiría mantener en nuestro orden jurídico un acto que nació viciado de ilegalidad.

De permitir la situación expresada en el párrafo anterior, a nuestro criterio se estaría limitando el control jurisdiccional de los actos administrativos que tiene precisamente como objetivo salvaguardar el principio de legalidad, cuya finalidad es proteger a los administrados de las arbitrariedades que pudiese cometer el poder público. Por tanto, consideramos que todas las actuaciones de la Administración que son contrarias a Derecho deben ser sometidas al control de legalidad, que ejerce por mandato constitucional y legal la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

A lo anterior también ha agregado la doctrina que ninguna controversia que se sustente en el ordenamiento jurídico, debe estar limitada al control de legalidad porque, en sentido contrario, las personas se tendrían que resignar a aceptar una decisión como si estuviera conforme a Derecho. Al mismo tiempo, se podría estar desconociendo una de las manifestaciones deducidas de la garantía fundamental del debido proceso que comprende la tutela judicial efectiva, en el sentido que el ente jurisdiccional debe pronunciarse sobre la cuestión planteada por el particular en el proceso.

Hecha esta precisión, nos remitimos al texto del artículo primero del decreto 12 de 17 de abril de 1991, tal y como quedó modificado por el artículo primero del decreto ejecutivo 5 del 31 de enero de 1992, en que se dictaron medidas sobre la ubicación de las plantas de procesamiento, almacenamiento y comercialización de camarones y otras especies marinas en escala industrial, para la provincia de Panamá. Dicha norma disponía lo siguiente:

"**ARTÍCULO PRIMERO:** A partir de la vigencia de este Decreto las empresas que deseen dedicarse al procesamiento, almacenamiento y comercialización de camarones en escala industrial en la Provincia de Panamá, deberán ubicar sus instalaciones dentro del área del Puerto de Vacamonte, en el Distrito de Arraiján."

Lo transcrita deja de manifiesto que, efectivamente, al momento de emitirse el acto acusado, se encontraba prohibido realizar actividades de procesamiento, almacenamiento y comercialización de camarones en escala industrial para la exportación, en lugar distinto al puerto de Vacamonte, quedando excluidas de tal prohibición las demás especies marinas al modificarse dicho decreto. Sin embargo, como lo hemos expresado previamente, la Resolución de Gabinete demandada amparó el establecimiento de una Zona Procesadora en el área de Corozal, lo que nos lleva a considerar que la Resolución de Gabinete 1 de 2000, permite efectivamente llevar a cabo las referidas actividades relacionadas con el camarón, en Corozal.

Por otro lado, cabe advertir que, si bien es cierto que el concepto favorable para el establecimiento de la zona procesadora Marpesca se otorgó en ocasión de un contrato de arrendamiento con inversión que suscribió dicha sociedad en el año 1999, con la entonces Autoridad de la Región Interoceánica, para el establecimiento de una zona procesadora, debe tenerse en cuenta que dicho contrato por sí solo no permite el ejercicio de las actividades de procesamiento referidas en éste, ya que para ello era necesario cumplir con los requisitos previstos en la Ley 25 de 1992, que establece el régimen especial de tales zonas. Es sumamente importante tener claro lo anterior, sobre todo frente a los señalamientos que hace el Procurador de la Administración, Encargado, de que aún si se declara la ilegalidad del acto acusado, subsiste el contrato.

Las consideraciones anteriores, llevan a esta Sala a concluir que la Resolución de Gabinete N°1 de 5 de 2000, efectivamente permitía el procesamiento de camarones para la exportación en un lugar distinto al que autorizaba el artículo primero del decreto 12 de 1991, modificado por el decreto ejecutivo 5 de 1992, con lo cual se produjo la ilegalidad alegada por la parte actora. De la misma manera, el tribunal considera que se produjo la violación del artículo 9 de la Ley de 1992, cuando dispone que no se pueden establecer zonas procesadoras que infrinjan disposiciones legales vigentes, lo que resalta la parte demandante en el cargo de ilegalidad formulado.

Con relación al cargo de ilegalidad del artículo 35 de la ley 38 2000, debemos concordar con lo externado por el Procurador de la Administración, en el sentido de que no es aplicable al caso, ya que esa norma no se encontraba vigente al momento que se dictó la resolución de gabinete acusada. Por tanto, queda descartado el cargo de ilegalidad de dicha norma.

IV. Decisión

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **DECLARA QUE ES ILEGAL**, la Resolución de Gabinete N°1 de 5 de enero de 2000, dictada por el Consejo de Gabinete.

NOTIFÍQUESE,

ADAN ARNULFO ARJONA L.

VICTOR L. BENAVIDES P.

ALBERTO CIGARRUISTA C.

JANINA SMALL

SECRETARIA

REPÚBLICA DE PANAMA

ÓRGANO JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-SALA DE NEGOCIOS GENERALES

PANAMÁ, DIEZ (10) DE JULIO DE DOS MIL NUEVE (2009).

VISTOS:

Tomando en cuenta la resolución del veinticinco (25) de julio de dos mil siete (2007), que ordena el llamamiento a juicio del licenciado **BORIS BETHANCOURT CORDERO**, esta Sala procedió citar al letrado en base a la denuncia de Oficio instaurada por la **FISCALÍA AUXILIAR DE LA REPÚBLICA**, por falta a la ética y responsabilidad profesional del abogado.

Llegada la fecha y hora para la celebración de la audiencia oral y luego de conformado el Tribunal, el Magistrado Sustanciador Víctor L. Benavides P. abre el acto, encontrándose presente la parte acusada y su apoderado Judicial el Licenciado Roberto Cueto.

Posterior a la lectura del auto de llamamiento a juicio, se le preguntó a la parte si tenía pruebas para aducir o practicar antes de iniciar los alegatos. El licenciado Roberto Cueto solicitó lo siguiente: *"quisiéramos que constara como prueba el resto del expediente por el cual se juzgó al Licdo. Boris Bethancourt Cordero en el año 2003, cuyas actuaciones reposan en el Juzgado Décimo Tercero Penal del Primer Circuito Judicial de Panamá, a efecto de que obre como prueba el resultado de esa instrucción sumarial y sobre todo la forma en que concluyó, con una declaración de nulidad de la providencia de indagatoria, así como la indagatoria del Licdo. Boris Bethancourt Cordero".*

Acto seguido, el Magistrado Víctor Leonel Benavides P., le otorgó por una sola vez, la palabra al licenciado Cueto para que presentara sus descargos, sobre la denuncia presentada.

Sobre el particular el licenciado Cueto manifestó que, los descargos planteados mal podrían tomarse como falta a la ética, pues el Juzgado Décimo Tercero declaró nula la providencia que ordenaba la indagatoria al licenciado Bethancourt, y si bien la Sala juzga la ética del abogado, no existen pruebas de que el letrado haya o no, realizado una conducta contraria al Código de Ética.

Amparándose en esta tesis, señalan que el Licenciado Carlos Herrera siendo Fiscal Auxiliar, luego de haber declarado la libertad del licenciado Bethancourt el 3 de febrero de 2003, remitió las actuaciones al Colegio de Abogados el 5 de febrero de 2003, a fin de que se inicie una investigación por falta a la ética al letrado; sin embargo, no se comprende el motivo por el cual el agente instructor desconociendo la norma ha inventado un tipo penal, cuando en la jurisdicción ordinaria se señaló que no hay delito, que lo más que puede haber es una falta administrativa. Añaden que: *"Este es un acto que se puede decir de venganza, de malcriadez, porque si no resultó uno, resulta el otro y quiero dejar establecido que estoy aduciendo a situaciones técnicas en favor de nuestro cliente y no con ello, aplaudimos, ni justificamos, de repente sí pudo haber cometido ese tipo de actos, serán ustedes quienes valoraran eso"*.

Por último, alegan que estas actuaciones adolecen de nulidad, porque se sustentan sobre unas pruebas que han sido declaradas nulas, pues como señaló el licenciado Bethancourt, el desconocía que contenía el paquete, solo lo entregó de buena fe, además reitera que no era abogado del reo, solo era una visita que transportaba lo que los familiares le habían dado.

Finalizado el alegato y pasada la fase de preguntas, el Magistrado Víctor Leonel Benavides P., expresa que esa augusta Sala valorara las pruebas y el alegato, con los cuales dará posteriormente su decisión. Acto seguido se dio por terminada la celebración de la audiencia (cfr. 5 y 6).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Surtida todas las actuaciones jurisdiccionales requeridas para estos procesos y con las pruebas documentales que constan en el presente caso, esta Superioridad estima que la presente causa, se inició con la Vista del 16 de Diciembre de 2005 efectuada por el Tribunal de Honor del Colegio Nacional de Abogados, al abrir una investigación de los hechos denunciados por la Fiscalía Auxiliar de la República de Panamá en contra del licenciado Boris Bethancourt Cordero.

Esta Sala observa que de foja 218 a 224 del expediente, reposa el auto de llamamiento a juicio del Licenciado Boris Bethancourt, por supuestamente haber incurrido en la falta descrita en el Acápite B punto 1; Capítulo I artículo 1; y literal a) del artículo 34 del Código de Ética y Responsabilidad Profesional del Abogado, que establecen:

"ACÁPITE B: Función Social del Abogado. *El abogado debe tener clara conciencia de que el ejercicio de su profesión se le reserva en interés público y que, por ello, más que un privilegio, constituye una función de profundo sentido social. En consecuencia, el abogado debe:*

1. Desempeñar su función con integridad;

CAPÍTULO I. EL ABOGADO Y LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

Artículo 1. *El abogado debe mantener para con los funcionarios judiciales del Ministerio Público y del Orden Administrativo una conducta respetuosa y de colaboración, para el logro de una positiva administración de justicia.*

Artículo 34: Incurre en falta a la ética el abogado que:

a. Estorbe la buena y expedita administración de justicia, aconseje la comisión de actos fraudulentos".

La Sala procedió a analizar los alegatos de la parte denunciada y las pruebas que fueron solicitadas al Juzgado Décimo Tercero Penal del Primer Circuito Judicial de Panamá, referente al proceso penal en contra del licenciado Boris Bethancourt Cordero; razón por la que procedemos a realizar el análisis de rigor.

Vemos que el apoderado judicial basa sus alegatos sobre el hecho que, las investigaciones efectuadas contra su cliente fueron declaradas nulas, pues la conducta del abogado no se encontraba tipificada dentro de la causa penal que se le estaba adjudicando; por lo que concluyen que el llamamiento a juicio realizada por esta Sala está basado en pruebas declaradas nulas.

Sobre lo anterior, es preciso citar lo preceptuado en los artículos 19 y 21 de la Ley 9 de 18 de abril de 1984:

Artículo 19. Si los hechos materia de proceso disciplinario fueren, además constitutivos de delito perseguible de oficio, el tribunal disciplinario lo pondrá en conocimiento del Ministerio Público para los efectos de rigor.

La existencia de un proceso penal sobre los hechos no dará lugar a suspensión de la actuación disciplinaria.

Artículo 21. El Colegio Nacional De Abogados creará un Tribunal para la investigación de faltas a la ética por denuncia de parte interesada, o del funcionario del Órgano judicial, del Ministerio Público o de la Administración Pública, que conozca del caso en relación con el cual incurrió en la falta. (Énfasis de la Sala).

Como se desprende de los artículos anteriores, el hecho que se haya declarado nulas las investigaciones penales en contra del licenciado Bethancourt, no quiere decir que el proceso disciplinario bajo análisis debe ser declarado nulo, pues si bien, las autoridades judiciales son las encargadas de determinar si se efectuó la comisión de un delito penal o no, a esta **Superioridad le corresponde evaluar si el abogado ha incurrido en alguna de las Faltas contempladas en el Código de Ética en contra de la profesión y responsabilidad como Abogado**; por tanto mal podría considerar la parte, que no existen méritos que fundamenten el presente proceso disciplinario.

Una vez escuchado los argumentos planteados por el apoderado judicial, licenciado Roberto A. Cueto, la declaración que realizó el denunciado en el Acto de Audiencia, así como las pruebas que reposan en el expediente, **ha quedado evidenciado que el letrado si filtró el arma punzo-cortante al Centro Penitenciario**, la que hizo entrega a un interno por solicitud de sus familiares, además, no era la primera vez que realizaba este tipo de actuación pues en otras ocasiones había ingresado celulares con sus respectivos cargadores.

Si bien el abogado en su momento alegó que desconocía el contenido del paquete, el mismo conocía el manejo de los Centros Penitenciarios y las precauciones que éstos exigen, por lo que su conducta pudo haber generado un serio perjuicio dentro del Recinto.

Frente a esta actuación, debemos manifestarle al letrado que un profesional del derecho tiene la obligación de comportarse con responsabilidad, máximo tomando en cuenta su calidad de miembro y autor fundamental en la administración de justicia. Por tanto, luego de evaluada la prueba y considerando los hechos denunciados, esta Superioridad considera que los argumentos denunciados contra el licenciado **BORIS BETHANCOURT CORDERO**, constituyen una grave Falta a la Ética y Responsabilidad profesional del Abogado.

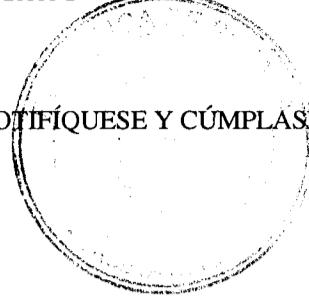
Ahora bien, **el licenciado Bethancourt es reincidente en la comisión de faltas a la ética**, luego de haber sido encontrado culpable mediante sentencia dictada por esta Sala de fecha 3 de febrero de 2009, donde se le sancionó con una amonestación pública.

El artículo 20 de la ley 9 de 1984, reformada por la ley 8 de 1993, señala las sanciones que se aplicaran al abogado infractor de la ley, las cuales son: amonestación privada; amonestación pública; suspensión que es la prohibición del ejercicio de la abogacía por un término no inferior a un (1) mes ni superior de (1) un año, cuando se trate de infractores primarios; y **la exclusión para los infractores reincidentes que consiste en, la prohibición para el ejercicio de la abogacía por un término mínimo de dos (2) años**; el artículo es claro al indicar los tipos de sanciones las cuales se le impondrán al abogado que cometiere una acción contraria a los preceptos estipulado en el Código de Ética, la cual va a depender de la gravedad de la acción que se cometa y los perjuicios que la misma le genere a las partes involucrados, **así como si se trata de un infractor reincidente**.

De igual forma, el artículo 35 de la Ley 9 de 18 de abril de 1984, preceptúa que de acuerdo al carácter disciplinario de la acción, la Corte Suprema de Justicia está dotada de amplia discrecionalidad para imponer la sanción que corresponda, teniendo en cuenta la naturaleza, gravedad y modalidad de la falta, **así como los antecedentes personales y profesionales del infractor**.

Por todas las consideraciones anteriores y después de un meticulosos análisis, es el parecer de este despacho que el licenciado Bethancourt no ha cumplido con los principios de ética y responsabilidad en el ejercicio de la abogacía que deben caracterizar a un profesional del derecho serio, responsable, y **como quiera que el denunciado registra antecedentes disciplinarios**, se dispone este despacho a tomar las medidas correspondientes al caso.

En consecuencia, la **CORTE SUPREMA SALA DE NEGOCIOS GENERALES**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **SANCIÓN CON DOS (2) AÑOS DE SUSPENSIÓN** del ejercicio de la abogacía en el territorio nacional, contados a partir de la notificación de la presente resolución al **LICENCIADO BORIS BETHANCOURT CORDERO**, varón, panameño, abogado en ejercicio, con cédula de identidad personal N° 8-238-413, con residencia en Río abajo, calle 19, casa 33, apartamento 4; por haber incurrido en las faltas a la ética del abogado establecidas en la Ley 9 de 18 de abril de 1984, reformada por la Ley 8 de 16 de abril de 1993, Acápite B punto 1, Capítulo I artículo 1 y literal a del artículo 34 del Código de Ética y Responsabilidad Profesional del Abogado.



NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MAG. VÍCTOR L. BENAVIDES

MAG. HARLEY J. MITCHELL

MAG. ESMERALDA AROSEMENA DE TROITIÑO

DR. CARLOS H. CUESTAS G.

Secretario General

REPÚBLICA DE PANAMÁ

ORGANO JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA -PLENO-

Panamá, veintiuno (21) de julio de dos mil nueve (2009).

Exp N° 937-08 DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADA POR EL LICENCIADO YONY A RAMÍREZ EN REPRESENTACIÓN DE JUAN ANTONIO JOVANÉ DE PUY CONTRA EL ARTÍCULO 233 DEL CÓDIGO ELECTORAL.

Vistos:

Conoce el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, la acción de Inconstitucionalidad incoada por el licenciado Yony Ramírez en nombre y representación de JUAN ANTONIO JOVANÉ DE PUY contra el artículo 233 del Código Electoral.

En el libelo de demanda se señala con claridad la solicitud que este Máximo Tribunal de Justicia declare la inconstitucionalidad de dicha norma legal, ya que a consideración del actor, esta disposición contraviene lo preceptuado en los artículos 19 y 179 de la Constitución Nacional, ya "que cualquier ciudadano que no esté inscrito en un Partido Político, o que no sea postulado por éstos, pueda ocupar el puesto de presidente o vicepresidente de la República". Respecto a la contravención específica del artículo 19 de la Carta Magna señala el recurrente que:

"Al disponer el artículo 233 del Código electoral que sólo los Partidos Políticos pueden postular candidatos a presidente de la República, ésta disposición está discriminando como facultad reservada la postulación al puesto y desecha a toda persona que no comulga con las ideas políticas de los partidos existentes; además establece el Privilegio exclusivo para estas entidades y que sólo estos partidos pueden postular candidatos al puesto en mención, excluyendo a las personas o cualquier otra entidad social que no pertenecen a ningún partido político y por tanto le priva a una cantidad considerable de ciudadanos panameños que no pertenecen a los partidos Políticos, a ser postulados y a la eventualidad de ocupar los puestos públicos de presidente y vicepresidente de la República. Un privilegio y una discriminación que se instituye contra todos los que no pertenecen a partido alguno".

Seguidamente se externa el concepto de infracción del artículo 179 de la Norma Fundamental, sobre la base de los siguientes criterios:

"El artículo 233 del Código Electoral contradice esta máxima constitucional ya que de antemano el impugnado artículo exige como requisito para ocupar los cargos en mención, que sea postulado por un partido político, lo que indica que no cualquier ciudadano puede aspirar al puesto de Presidente o vicepresidente de la república; sólo los que estén inscritos en un Partido Político o los que éstos quieran postular conforme a sus intereses. Este requisito no lo exige el artículo 179 constitucional".

Luego de surtirse los trámites de rigor, la presente acción de Inconstitucionalidad se dio en traslado al señor Procurador de la Administración, quien al emitir el correspondiente concepto arribó a la conclusión que en esta controversia se ha producido la Cosa Juzgada Constitucional y así solicita a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia lo declaran. Fundamenta esta petición el señor Procurador de la Administración, en criterios como los que a continuación citamos:

"...este despacho observa que parte del texto objeto de la misma, cuando correspondía al artículo 183 de la ley 11 de 10 de agosto de 1983, fue demandado en esa sede judicial, que negó la declaratoria de inconstitucionalidad mediante sentencia de 28 de febrero de 1986.....

Posteriormente, otra parte del mismo texto, correspondiente entonces al artículo 193 del Código Electoral, fue demandado como inconstitucional, ante lo cual ese Tribunal decidió no admitir la respectiva demanda a través de la resolución de 23 de octubre de 1998, en la que señaló esencialmente que se había producido en ese caso el fenómeno jurídico de autoridad de cosa juzgada.

Los citados pronunciamientos judiciales y la aplicación de lo dispuesto en la parte final del artículo 206 de la Constitución Política de la República, le permiten a este Despacho arribar a la conclusión que, aún cuando en este momento ha variado la numeración del artículo del Código Electoral que contiene el texto legal demandado, el mismo ya ha sido declarado conforme a nuestra Carta Política por parte de ese Tribunal y, en consecuencia, respecto al mismo se ha producido Cosa Juzgada Constitucional...".

Alegatos:

Recibido el concepto emitido por el señor Procurador de la Administración, se fijó edicto para que posteriormente las partes interesadas presentaran sus argumentos en torno a los señalamientos expuestos en la acción de inconstitucionalidad. Dicha oportunidad fue utilizada por Olmedo Beluche, quien a través del licenciado Aurelio Robles indicó:

".....que una gran cantidad de panameños que no integran las filas de ningún partido político están siendo discriminados puesto que no pueden expresar sus inquietudes políticas desde una concepción independiente y en efecto el Código Electoral priva a estos panameños de dicho derecho.....".

Apoyando igualmente los planteamientos del accionante, el licenciado Luis Ramírez manifestó que:

"Si bien es cierto, según lo declara el señor Procurador de la Administración en su vista, existe un fallo respecto al mismo tema... también es cierto que el problema aquí planteado no es un asunto de intereses onerosos o particulares, sino un asunto de cuidar la integridad de nuestra sagrada Constitución Nacional, la cual todos estamos llamados a respetar.....".

De existir el fallo alegado por el señor Procurador de la Administración, entonces debemos entender que ese fallo fue proferido quién sabe con qué malintencionadas argucias de permitir la violación a la integridad de nuestra Constitución, tal vez por algún interés politiquero, ya que no podemos entender cómo no puede ser inconstitucional un artículo de cualquier ley que desarrolle no importa qué, pero que para la efectividad de lo que desarrolla pone condiciones que no están ni siquiera en el espíritu de lo que determina Nuestra Constitución Nacional...que permite establecer un privilegio dañino a favor de determinadas personas".

Seguidamente, el señor Rolando Palacios es del criterio que el artículo 233 del Código Electoral no es inconstitucional, en virtud de los siguientes argumentos:

"la Demanda de Inconstitucionalidad presentada...en representación de Juan Alberto Jované De Puy, contra el artículo 233 del Código Electoral no debió ser admitida, tomando en consideración que se trata de una disposición legal, que como ya hemos visto anteriormente, es en esencia, similar a los artículos 183, 193 y 205, que ya han sido objeto de anteriores acciones de inconstitucionalidad, y que además, los artículos 19 y 179 (antes 174) de la Constitución Política,.....también han sido objeto de pronunciamientos por parte de esta augusta Corporación de Justicia.

No obstante lo anterior, y tomando en cuenta que el texto actual del artículo 233 del Código Electoral, es demandado por primera vez ante esta instancia corporativa guardiana de la constitucionalidad, por haberse eliminado del mismo la frase "y Legisladores" del anterior texto del artículo 205, lo que diera lugar a que en el Fallo de 27 de junio de 2007 se declarara la sustracción de materia, sin entrar a determinar si en esa oportunidad pudo haberse infringido el artículo 138 de la Constitución Política. Si es ese el caso, es razonable entender entonces, el por qué se admitió la presente demanda de inconstitucionalidad.

.....

La Corte Suprema de Justicia ...ha venido señalandoque la disposición contenida en el artículo 19 de la Constitución Política es amplia y de carácter programático....que no consagran derechos subjetivos, susceptibles de ser vulnerados por disposiciones legales tachadas de inconstitucionalidad.

.....

....el artículo 138, que dice ¿sin perjuicio de la postulación libre en la forma prevista en esta Constitución y la Ley'.

Al analizar esta frase en comento, es evidente que es la propia Constitución Política la que nos indica que el ejercicio de la libre postulación se verificará de conformidad con lo previsto en la propia constitución y la Ley; sin embargo, al revisar todo el contexto constitucional no encontramos en el ninguna disposición que establezca u obligue expresamente candidatizar a un ciudadano panameño al cargo de Presidente de la República a través del sistema de la libre postulación, en cuyo caso, es a través de los mecanismos legales que ha de regularse tal materia.

Si no fuese ello así, la propia Constitución Política hubiere establecido una norma que expresamente exigiera que el Presidente y Vicepresidente de la República sean elegidos a través de la postulación de los partidos políticos o por la libre postulación como sí exige para elegir a los Diputados de la República.

Cosa distinta ocurre cuando la misma Constitución Política establece de forma clara y expresa, la manera en que serán elegidos los miembros del Órgano Legislativo.....

Es por esa razón y no por ninguna otra, que el artículo 233 del Código Electoral es totalmente acorde con lo dispuesto en el artículo 138 de la Constitución Política, porque es la propia exhorta constitucional la que indica que el pluralismo político se expresa a través de los partidos políticos sin perjuicio de la postulación libre en la forma prevista en la Constitución y la Ley, pero dicho sea de paso, la Constitución nada regula al respecto, dejando esa disponibilidad a la potestad legislativa, a quien corresponde entonces establecer si es viable admitir o no, la libre postulación para el cargo de Presidente y Vicepresidente de la República.

De manera que, si en el futuro se introdujera a través de un acto legislativo una norma legal que establezca que el Presidente y Vicepresidente de la República, serán elegidos por medio de la postulación de partidos políticos y también por la libre postulación, dicha disposición también será consecuente con lo estatuido en el artículo 138 de la Constitución Política.

De allí que el problema de no poder actualmente postular a un ciudadano al cargo de Presidente o Vicepresidente de la República a través de la libre postulación, no es un impedimento de tipo constitucional sino de carácter legal, ya que, la Constitución Política la prevé pero no la exige, delegando en la Ley la facultad de regularla con base en el precepto constitucional de la reserva legal".

Por último, el licenciado Belisario Herrera considera que:

"el recurso interpuesto por el profesor Juan Jované...está en justo Derecho, ya que una gran cantidad de panameños que no integran las filas de ningún partido político están siendo discriminados, puesto que no pueden expresar sus inquietudes políticas desde un concepto independiente y en efecto el Código Electoral priva a estos panameños de dicho derecho.....

....el recurso interpuesto....es una exigencia de un sector de la sociedad panameña que no está representada políticamente y que tiene igual derecho que los que pertenecen a los Partidos Políticos, por ello considero que la Corte debe declarar la inconstitucionalidad de este artículo 233 del Código Electoral....".

Aprovechada esta fase procesal por quienes deseaban aportar criterios a favor y en contra de la constitucionalidad del artículo 233 del Código Electoral, corresponde ahora realizar el análisis final de esta pretensión.

Consideraciones y Decisión del Pleno:

Luego de observar los criterios externados por quienes han concurrido a este proceso constitucional, procedemos a resolver el fondo de la controversia, no sin antes señalar ciertas acotaciones.

Como cuestión de primer orden debemos dejar claramente establecido, que la presente acción fue admitida en virtud que se cumplían con los requisitos formales establecidos en la ley y desarrollados por la jurisprudencia nacional, incluyéndose aquel que impide la admisión de una acción de inconstitucionalidad donde previamente haya existido pronunciamiento sobre la norma impugnada. Indicamos lo anterior, porque estamos frente a una norma cuya muy similar redacción con otras que la han precedido, ha traído a colación la existencia de pronunciamientos previos (Fallo de 28 de febrero de 1986) sobre la constitucionalidad de la norma (artículo 183 Ley 11 de 1983) que establecía que para ser presidente y vicepresidente, era necesario ser postulado por partidos políticos.

Luego de la mencionada sentencia de 28 de febrero de 1986, han existido dos intentos por eliminar del mundo jurídico la norma en comento y que correspondía posteriormente al artículo 193 del Código Electoral. Sin embargo, en ambas oportunidades se determinó no admitirlas. En la primera ocasión dicha decisión se adoptó mediante sentencia de 1 de junio de 2001, mientras que en la segunda se determinó que el contenido del artículo recurrido con respecto al anterior (artículo 183) era exactamente igual, circunstancia que daba lugar a que se produjera el fenómeno jurídico de la cosa juzgada constitucional. Dicha norma a la que hemos hecho mención con prelación, indicaba que "Sólo pueden postular candidatos a Presidente y Vicepresidentes de la República y Legisladores, los partidos políticos legalmente reconocidos". Un nuevo intento para que se analizara esta norma, se concretó con la promoción de la pretensión de inconstitucionalidad que se resolvió el 20 de abril de 2006. En esta oportunidad el actor recordó la existencia de un pronunciamiento previo, sin embargo aclaró debía realizarse una nueva valoración de la norma, porque las normas constitucionales que se consultaron en aquel momento habían sufrido modificaciones.

Ante esta cadena de circunstancias, la Corte Suprema de Justicia indicó que el contenido de los actuales artículos 19 y 135 de la Constitución Nacional, eran similares a los de la Carta Magna que regía para el año de 1986; más no así con los artículos 138 y 146 de la Norma Fundamental, que sí habían sufrido una transformación más evidente o profunda en su contenido. Este hecho produjo que se admitiera la acción de Inconstitucionalidad respecto a los artículos que habían sufrido mayores modificaciones. En virtud de la decisión adoptada correspondió posteriormente resolver el fondo de la controversia, no obstante ello, en momentos en que se iniciaba la lectura del proyecto de sentencia, se promulgó la ley 60

de 2006 que taxativamente establecía la modificación del artículo objeto de controversia; eliminando el tema central de la discusión, que era la palabra legislador. Esto produjo como consecuencia, una reforma sustancial en el contenido y alcance de la norma impugnada, situación que acarreó la declaratoria de sustracción de materia y el archivo del expediente. Inexistiendo por tanto una decisión final y de fondo sobre la constitucionalidad de dicha norma con respecto a la nueva redacción constitucional.

Este último antecedente sirve de fundamento para reafirmar que la norma ahora impugnada (artículo 233 del Código Electoral), no ha sido objeto de análisis por parte de esta Corporación de Justicia en la forma y dimensión en que pudo darse en algún momento previo a la nueva redacción constitucional, ya que su evolución legislativa con respecto a aquella estudiada en la sentencia de 1986, da cuentas que hoy día no se trata de la misma redacción, en virtud de la supresión del término "Legislador", entre otros aspectos. Sin soslayar con ello, que algunas de las normas constitucionales utilizadas en ese momento para realizar el análisis jurídico de rigor, han sufrido transformaciones "sustanciales" en su redacción y contenido. Aspecto éste que pone de relieve la importancia de llevar a cabo un estudio profundo de la situación planteada por el actor y éste a su vez se convierte en el presupuesto fundamental que obligaba que esta Corporación de Justicia, en ese momento bajo la responsabilidad del Magistrado Ponente, de admitir la pretensión incoada.

Dedicamos singular importancia a estos eventos, porque precisamente ellos dieron lugar a que el señor Procurador de la Administración, concluyera que en esta controversia concurrían los elementos necesarios para declarar lo que en derecho se conoce como "Cosa Juzgada" (chose jugué, cosa giudicata, caosa julgada, res iudicata, rechtskraft). Figura jurídica ésta, que de ser reconocida por la Corte Suprema de Justicia, le impediría analizar el fondo de la controversia constitucional.

Esta circunstancia obliga a examinar con mayor detenimiento la figura en comento.

Así, pues, conviene aclarar de forma general, que la cosa juzgada es aquella institución procesal que reviste a ciertas decisiones judiciales, de características de inmutabilidad, definitividad, certeza jurídica, estabilidad de derechos e inimpugnabilidad, dotando en última instancia a la controversia de una culminación definitiva, y por consiguiente, da lugar a un estado de seguridad jurídica, ya que se impide conocer nuevamente sobre una causa previamente dilucidada. Para la concurrencia de esta figura, ya sea en el ámbito general como en el constitucional, se requiere de la existencia de identidad de objeto, causa de pedir o petendi y de partes. El primero de los tres presupuestos enunciado se refiere a que la demanda trate sobre la misma pretensión, es decir, sobre lo pretendido. El segundo requisito y para nosotros el de mayor relevancia para explicar el por qué no existe cosa juzgada en este caso, requiere que la demanda primaria y la presente, contengan los mismos hechos o fundamentos, además de la concurrencia de otras circunstancias externas que pudieron haber incidido al momento de la decisión primaria. Por lo tanto, de existir elementos nuevos, corresponderá realizar el análisis constitucional en base a esos nuevos presupuestos. Y es que, en este caso, dichas novedades se hacen presente no sólo en los hechos de la demanda sino en otros aspectos dentro de la misma, ya que muchas de las normas constitucionales con las que corresponde realizar el estudio jurídico han cambiado en su redacción y, por tanto, en parte sustancial de las mismas. Al respecto, opiniones sobre la cosa juzgada constitucional dejan ver criterios que afirman que ante éstas y otras circunstancias entorno a la acción de inconstitucionalidad, se debe realizar un nuevo estudio de la causa. Así tenemos:

"En el proceso constitucional es necesario modular la operancia de la cosa juzgada conforme a un análisis que tenga en cuenta la posibilidad de que se planteen nuevos cargos, no tenidos en cuenta por el juez constitucional, o que el examen de las normas demandadas se hayan limitado al estudio de un solo asunto de constitucionalidad, o que se haya evaluado la disposición frente a la totalidad de la Carta, o que exista una variación en la identidad del texto normativo. En eventos como estos, no obstante existir ya un fallo de constitucionalidad, podría abrirse la posibilidad de realizar una nueva valoración de la norma acusada.

No obstante lo anterior, y teniendo en cuenta la especial naturaleza de la cosa juzgada constitucional, es necesario advertir, que de manera excepcional, resulta posible que el juez constitucional se pronuncie de fondo sobre normas que había sido objeto de decisión de exequibilidad previa. El carácter dinámico de la Constitución, que resulta de su permanente tensión con la realidad, puede conducir a que en determinados casos resulte imperativo que el juez constitucional deba modificar su interpretación de los principios jurídicos para ajustarlos a las necesidades concretas de la vida colectiva-aún cuando no haya habido cambios formales en el texto fundamental-, lo que incide necesariamente en el juicio de constitucionalidad de las normas jurídicas. El concepto de 'Constitución viviente' puede significar que en un momento dado, a la luz de los cambios económicos, sociales, políticos, e incluso ideológicos y culturales de una comunidad, no resulte sostenible, a la luz de la Constitución,- que es expresión, precisamente, en sus contenidos normativos y valorativos, de esas realidades-, un pronunciamiento que la Corte haya hecho en el pasado, con fundamento en significaciones constitucionales materialmente diferentes a aquellas que ahora deben regir el juicio de Constitucionalidad de una determinada norma. En estos casos, no se puede considerar que el fallo vulnera la cosa juzgada, ya que el nuevo análisis parte de un marco o perspectiva distinta, que en lugar de ser contradictorio conduce a precisar los valores y principios constitucionales y permiten aclarar o complementar el alcance y sentido de una institución jurídica". ESCOBAR GIL, Rodrigo, "Cosa Juzgada", Corte Constitucional, Sentencia C-774 de 2001.

<http://www.gerencie.com/cosa-juzgada.htm>. Agosto 28, 2008).

Respecto a este punto también es necesario agregar,

"....conviene tener presentes los fines propios de la jurisdicción constitucional y, en especial, del control de la constitucionalidad de las leyes. Este control va dirigido a preservar la supremacía de la Constitución, antes que a cerrar o resolver de manera definitiva un conflicto intersubjetivo. Aun en el ámbito del control difuso de la constitucionalidad, en aquellos sistemas difusos o mixtos de jurisdicción constitucional, o de la cuestión de inconstitucionalidad, en los que la determinación de la compatibilidad de una norma legal con la Constitución se produce a partir de un litigio concreto, como paso previo para su resolución, el control de constitucionalidad conserva una autonomía de fin frente al que es inherente al proceso en que la sentencia es dictada. En el control de la constitucionalidad, las exigencias de la seguridad jurídica ostentan una intensidad menor a la que es característica de los procesos ordinarios, ya que prevalece el interés en salvaguardar la Constitución, con todo lo que ello implica.

Aquí reside la segunda explicación de las singularidades de la cosa juzgada en materia constitucional: si la Constitución es un orden abierto de reglas y principios, un marco de posibilidades, un cauce por el cual discurre el proceso político democrático, que pretende encauzarlo de manera duradera a pesar del carácter cambiante de la realidad subyacente y de las demandas sociales, es obvio que las sentencias proferidas en los procesos constitucionales no pueden poseer una rigidez ni producir un efecto que conspire contra la adaptabilidad y el dinamismo de la Constitución.

En sistemas de control concentrado de la constitucionalidad, erigidos sobre la base del modelo austriaco, los procesos constitucionales de control normativo son, por lo general y principalmente, dos: la acción directa de inconstitucionalidad de las leyes, que permite impugnar ante el Tribunal Constitucional la ley considerada contraria a la Constitución, y la cuestión de inconstitucionalidad.... La acción directa de inconstitucionalidad existe también en sistemas mixtos o integrales de jurisdicción constitucional, como el venezolano.

La aceptación rigurosa de una cosa juzgada material en tales proceso impediría replantear ulteriormente el asunto decidido, en cuanto concierne a la constitucionalidad o inconstitucionalidad del precepto impugnado.

Pero las singularidades de la jurisdicción constitucional, y las funciones que la Constitución debe cumplir, no admiten tal congelamiento de la interpretación constitucional y de los márgenes de actuación del legislador. De ahí que en los supuestos señalados la doctrina o jurisprudencia constitucionales admitan una flexibilización de los efectos de las sentencias que se parte de los moldes clásicos de la cosa juzgada. Tal vez ello explica que, con frecuencia, la posibilidad de replantear judicialmente problemas relativos a la compatibilidad con la Constitución de normas legales sea examinada desde la óptica de los efectos vinculantes de las sentencias constitucionales, antes que bajo la categoría de la cosa juzgada". (CASAL HERNÁNDEZ, Jesús M. "Cosa Juzgada y efecto vinculante en la justicia constitucional". www.juridicas.unam.mx).

Hoy en día sabemos que las constantes e interminables discusiones sobre la cosa juzgada, incluso la constitucional, reconocen la existencia de límites a esta figura, razón que impide aceptar que la misma opera de forma absoluta. Incluso, retomando las ideas de Celso Neves, la cosa juzgada tiene su limitación objetiva determinada por la materia deducida o decidida en él, entendiendo no sólo el "decisum" sino igualmente las premisas necesarias a la conclusión adoptada.

Las consideraciones antes enunciadas, nos ubican en una nueva realidad de la cosa juzgada, que no es desconocer sus efectos o consecuencias, sino adecuar su operancia al verdadero fin del derecho. Y es que aceptar el carácter absoluto de la cosa juzgada, principalmente en materia constitucional, impediría que los tribunales constitucionales cumplieran con una de sus principales funciones, como es la de erradicar todas aquellas normas legales que contravienen la Constitución. Precisamente, porque el apego irrestricto a esta figura, nos prohibiría hacer un nuevo análisis, dada la existencia de un pronunciamiento previo sobre la norma nuevamente impugnada; ignorándose en consecuencia todos aquellos nuevos hechos de la demanda o situaciones como la modificación de las normas constitucionales a confrontar.

El respeto a la cosa juzgada, no nos debe llevar al extremo de negarle a la sociedad y al Estado de Derecho la labor de garantizar la supremacía de la Constitución. Aunado a que la adición de aspectos novedosos dentro del libelo, producen que no se cumpla a cabalidad con uno de los presupuestos para que se configure la cosa juzgada, por lo tanto, no puede afirmarse con vehemencia que en este caso no puede efectuarse una nueva revisión constitucional. Obviamente, dicha revisión no puede aceptarse de forma total, sino respecto a aquellos aspectos novedosos de la controversia. Con esto, se encontraría el punto intermedio entre el respeto a la cosa juzgada que brinda seguridad jurídica y la obligatoria tarea del tribunal constitucional de ser guardián de la constitucionalidad y por ende, depurar el derecho de normas inconstitucionales.

En este caso en particular, concurren diversos elementos diferenciadores que dan lugar a una nueva revisión constitucional, como lo es la existencia de normas supra legales redactadas de forma diferente, como el artículo 19 de la Constitución Nacional. Otro elemento diferenciador, es que con respecto al fallo de 28 de febrero de 1986, la acción de

inconstitucional se impetró únicamente con respecto al adverbio "solo", contenido en aquel entonces en el artículo 183 de la Ley 11 de 10 de agosto de 1983, y no sobre la totalidad de la norma como ahora alude el actor, lo que en cierta medida rompe con el principio de la cosa juzgada y por ende permite una nueva revisión constitucional.

Las nuevas tendencias sobre la cosa juzgada constitucional a las que hicimos referencia en la ~~cita que precede~~, y el conocimiento de figuras como la constitución viviente, aluden a que pueda permitirse un nuevo análisis constitucional cuando concurren hechos y circunstancias nuevas, tales como los momentos políticos, económicos o de diversa índole que imperan en determinado período de la vida nacional; toda vez que los mismos inciden de forma trascendental en todos los poderes del Estado, incluyendo el judicial.

Por último, se habla del requisito de identidad de partes, que alude a la concurrencia al proceso de los mismos sujetos vinculados con la decisión que da lugar a la supuesta cosa juzgada. Sin embargo, en este punto el hecho de tratarse de la rama constitucional produce cierta modificación, ya que en este ámbito del derecho, las cuestiones trascienden las relaciones jurídicas entre personas para versar aspectos netamente de derecho, produciendo consecuencias a todo el conglomerado social y no exclusivamente al o los promotores de la acción de inconstitucionalidad.

Incurriría esta Corte Suprema de Justicia en un craso error jurídico, si en materia electoral y precisamente en una democracia creciente, no consolidada, en un Estado nacional aún no fortalecido, pretender hacer valer instituciones jurídicas como la cosa juzgada, más allá de los reales derechos que le corresponden a la ciudadanía y sobre todo con relación a derechos que le son inalienables.

Aclarado lo anterior, conviene que previo al análisis de fondo, citemos la norma impugnada a través de esta acción de Inconstitucionalidad:

"Artículo 233. Sólo pueden postular candidatos a Presidente y Vicepresidente de la República, los partidos políticos legalmente reconocidos".

Luego entonces, corresponde determinar a esta Sala Plena, si dicha disposición legal atenta contra los presupuestos, principios y contenido de las normas constitucionales. Recordando en este punto, que este Máximo Tribunal de Justicia en sede constitucional, tiene la potestad y a la vez la obligación de contrastar la norma impugnada con todas aquellas contenidas en la Carta Magna. Esto sin soslayar que si bien algunas de las normas invocadas por el actor pueden contener cierta similitud con aquellas estudiadas con prelación, la existencia de elementos nuevos, las circunstancias particulares de la época, entre otros aspectos, permiten y brindan a esta Corporación de Justicia toda la autoridad para revisar la causa que nos ocupa, máxime cuando muchas normas constitucionales han sufrido ciertas modificaciones.

En virtud de lo indicado, resulta prudente referirnos primeramente a la supuesta contravención de la Constitución Nacional respecto a los artículos citados por el pretensor. Así pues, en primera instancia menciona el actor que el artículo 233 del Código Electoral infringe el artículo 19 de la Carta Magna, ya que todo aquel que no esté inscrito en un partido político y por tanto no concuerde con sus ideas o no esté afiliado a este tipo de agrupaciones, no tiene acceso o posibilidad de ser postulado a los puestos de Presidente y Vicepresidente de la República, impidiéndose con esto que el resto de los ciudadanos accedan a ello. Al comparar este criterio con lo establecido en el artículo 19 de la Norma Fundamental, debemos indicar, que si bien es cierto en pronunciamiento previo se manifestó que el contenido de esta norma era igual al de aquel entonces, importa rectificar en esta ocasión, que a dicha disposición se le eliminó la palabra "**personales**", lo que aún cuando se trata de un solo término, se constituye en una modificación que abre el ámbito de interpretación de forma sustancial, dando lugar a su vez, que esta Corporación de Justicia constate y determine los efectos de esta modificación en el caso en examen. Máxime que con la eliminación de dicho término, surge la diferencia de que actualmente se impiden los fueros y privilegios de diversa índole y ya no sólo los personales como establecía la redacción previa a la reforma constitucional. Al respecto esta Corporación de Justicia exteriorizó que, "Debe interpretarse entonces que desaparece de nuestra legislación, así como de nuestra jurisprudencia patria el anterior concepto que los fueros o privilegios debían ser entendidos de manera personal, para tener ahora una mayor concepción, es decir, que no puede existir en nuestra República fueros o privilegios de cualquier naturaleza sean que favorezcan a grupos o categorías de ciudadanos, por cuanto de una concepción personal pasamos a una general". (Inconstitucionalidad promovida por la Fundación Libertad, contra el segundo párrafo del artículo 45 de la Ley No.21 de 29 de enero de 2003 Ponente: Winston Spadafora F. 30 de mayo 2005). Lo resaltado es de la Corte.

Por lo tanto, esta nueva interpretación sirve de marco para afirmar que la simple lectura de la norma impugnada pone de manifiesto una especie de monopolio en poder de los partidos políticos, quienes se constituyen en el único ente u organismo generador de candidatos "legalmente válidos" para los puestos de elección popular de Presidente y Vicepresidente de la República. Ello es así, porque al introducirse el término "sólo" en la redacción de esta norma, se indica que de forma exclusiva y única, son los partidos políticos (como grupo) los que ostentan la facultad de postulación, en detrimento de otras posibles agrupaciones no políticas. Generándose con esto, una desigualdad entre los partidos políticos y otros grupos o particulares. En otras palabras, estaríamos frente al establecimiento de un privilegio a favor de los partidos políticos, quienes únicamente pueden postular para cargos de candidatos a Presidente y Vicepresidente de la República, afectando a otras agrupaciones, quienes no pueden postular para tales efectos, por no poseer connotaciones o rebites políticos.

Este análisis preliminar de la norma impugnada con respecto a uno de los artículos que compone la Constitución Nacional (artículo 19), demuestra la contravención de ésta. Esto sin soslayar, que dicho principio de igualdad ha sido amplio y mayormente desarrollo en el ámbito general y electoral o político, a través de doctrinas y criterios internacionales. Esto demuestra, que el argumento vertido por esta Magistratura encuentra apoyo no sólo en la Constitución Nacional, sino en aquellos análisis foráneos que al respecto han señalado:

"En la Revolución francesa, la igualdad-junto con la libertad y la fraternidad-fue su divisa, y en su Declaración de los Derechos del Hombre dejó establecido como todos los ciudadanos 'son igualmente elegibles, para todos los honores, plazas y empleos, de acuerdo con diferentes capacidades, sin otra distinción que la de sus virtudes y talentos'.

C. Igualdad política

Suele hacerse consistir la igualdad política, en otorgar a todos las mismas oportunidades de participar en el proceso político y en la inherente adopción de decisiones, así como de acceder a los cargos públicos; supone, por tanto, la igualdad social, entendida como la ausencia de todo privilegio y distinción de sexo, religión, raza, idioma, educación, riqueza, ideología política o condición personal y social.

El Estado moderno descansa, en buena medida, en la igualdad que integra el pueblo en una unidad política formal apoyada en gran parte en el sufragio-activo y pasivo igual, el cual surge de la exigencia popular de eliminar de las elecciones los métodos establecidos por las clases sociales dominantes para hacer perdurar su predominio artificial....". (FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. "Poder Ejecutivo". Editorial Porrúa, México 2008, págs 17-22).

Igualmente considera el actor, que con el artículo 233 del Código Electoral se vulnera el artículo 179 de la Constitución Nacional (antes 174 y el que a diferencia del anterior, sí se mantiene con igual redacción), donde se establecen los requisitos constitucionales para ser Presidente o Vicepresidente de la República. A criterio del pretensor, la norma legal impugnada establece exigencias contrarias al precepto constitucional.

Y es que además del artículo 179 del Estatuto Fundamental, contamos con el 180 que establece otros presupuestos para poder acceder a la Presidencia de la República y el que valga recordar, actualmente mantiene una redacción distinta a la utilizada para fundamentar el aludido fallo de 1986. Por lo tanto, y autorizados para hacer la correspondiente revisión constitucional, somos del criterio que esta disposición en concordancia con la anterior (artículo 179 de la Constitución Nacional), desarrollan los límites legales de los requisitos para acceder a la Presidencia de la República.

Así pues y si bien es cierto no puede aseverarse con vehemencia que toda implementación de un requisito adicional a los establecidos en la Constitución Nacional automáticamente la contraviene, ya que de ser así se estaría contraviniendo otras disposiciones constitucionales como el artículo 137 de la Carta Fundamental; lo que importa determinar es si el o los requerimientos legales se encuentran en concordancia con los principios reseñados en la Norma Fundamental. En ese sentido debemos recordar, que las normas legales tienen como una de sus razones de ser, el desarrollar las ideas, conceptos, principios, garantías y criterios establecidos en la Constitución Nacional, pero ello debe realizarse en perfecta concordancia con los mismos.

Consideramos que la redacción del artículo 233 del Código Electoral establece restricciones que pugnan con los presupuestos constitucionales reconocidos en los artículos 179 y 180 de la Carta Magna. Estas normas constitucionales en conjunto, establecen únicamente tres requisitos para poder acceder al puesto de Presidente y Vicepresidente de la República. Ninguno de ellos contempla la obligación de ser postulado única y exclusivamente por los partidos políticos para poder acceder a dichos cargos. Igualmente contamos con el artículo 132 de la Norma Fundamental, el que de forma prística señala que se reserva a los ciudadanos panameños, la capacidad para ejercer cargos públicos con mando y jurisdicción, como el de presidente y vicepresidente de la República. Aclarando en este sentido el artículo 131 de la Constitución, que se consideran ciudadanos, los panameños mayores de dieciocho años. Importa resaltar además, que el artículo 132 de la Carta Magna reconoce los derechos políticos, los cuales son principalmente identificados y desarrollados a través de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Pacto de San José), la que en su artículo 23 dispone lo siguiente:

"Artículo 23 Derechos Políticos

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) De participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
- b) De votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garanticé la libre expresión de la voluntad de los electores, y
- c) De tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal. (Lo resaltado es de la Corte).

La observancia conjunta de estas cuatro normas, ponen de relieve que ninguna de ellas ha querido dejar en poder único y exclusivo de los partidos políticos, la posibilidad para postular a cargos de elección popular como el de presidente y vicepresidente de la República, precisamente porque fuera o al margen de éstos, existen personas capaces y que cumplen a cabalidad con los presupuestos éticos, morales, constitucionales y de diversa índole para el ejercicio de ese cargo. Permitir que subsista el artículo atacado, implicaría aceptar lo contrario.

No puede aceptarse la tesis o los planteamientos basados en que los partidos políticos son la única agrupación donde existen personas con capacidad y que cumplen con los requisitos establecidos en la Constitución Nacional para ser Presidente o Vicepresidente de la República.

Consideramos que la incorporación de la norma impugnada, conlleva un monopolio partidista que apunta a una restricción al ejercicio de los derechos políticos consagrados en la Carta Magna, ya que en algunos casos o para determinados cargos públicos (presidente y vicepresidente de la república), sólo se le otorga a los partidos políticos la posibilidad de postular. El ejercicio de estos derechos no es exclusivo de los derechos políticos, ya que de lo contrario, se contravendría entre otras normas constitucionales, el artículo 132 de la Norma Fundamental, en la medida que esta disposición estipula de forma clara, que el ejercicio de los mismos se reserva a los "ciudadanos panameños".

Queda evidenciado que lo establecido en el artículo 233 del Código Electoral, va más allá del desarrollo de otros requisitos para ser presidente o vicepresidente de la República, toda vez que lo ahí establecido, sobrepasa los límites de una exigencia, para convertirse en un impedimento o restricción alejada de los principios de un verdadero Estado democrático, donde se busca que la mayoría de la ciudadanía concurre a la participación política.

La ubicación de un requisito legal como exigencia o restricción, es lo que nos permitirá determinar cuándo una norma legal va más allá de lo que la disposición constitucional le permite. Y es que los requisitos no son más que condiciones que dan lugar a algo, mientras que con una restricción se limita lo que previamente se ha permitido, que en este caso es acceder a la presidencia de la República a todos los ciudadanos panameños, que si bien deben cumplir con ciertos presupuestos, éstos permiten que de forma general todo ese conglomerado social que cumplan con lo establecido en la Constitución, acceda a dicha posición. Posibilidad que se impide si se mantiene la norma impugnada, ya que con ella se restringe a que sólo los inscritos en partidos políticos puedan concretar aquella aspiración a dicho cargo.

Somos del criterio que la contravención constitucional también se refleja en que tal y como indicamos con prelación, las normas legales deben desarrollar lo establecido en el Estatuto Fundamental, mientras que en este caso, el artículo 233 del Código Electoral no va en concordancia con ninguna regla, presupuesto, criterio u otro concepto establecido en la Constitución Nacional, ya que en ningún apartado de la misma se alude a un monopolio partidista para poder ejercer los derechos políticos y por ende para acceder a cargos de elección popular como el de Presidente de la República; muy por el contrario, lo que se establecen son directrices que apuntan a una participación democrática de la mayoría de la ciudadanía, que cumpla con presupuestos más bien éticos, morales, de edad y de otra índole.

En este sentido observamos además, que los artículos 178 y 192 de la Carta Magna establecen presupuestos que no permiten acceder al cargo de Presidente de la República, los cuales en ningún momento aluden a la necesidad de ser postulados por partidos políticos.

Estas consideraciones sirven de norte también para considerar, que se incumple con lo estatuido en el artículo 138 de la Norma Fundamental (antes 132 y también modificado), porque si bien es cierto reconoce la preponderancia de los partidos políticos para "la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumentos fundamentales para la participación política", no son los únicos que cumplen esa función, tal y como lo deja ver la redacción de dicha norma constitucional, que no le establece esa prerrogativa de forma absoluta, sino que además reconoce la libre postulación, que si bien será regulada o desarrollada en la ley, no puede ser en contravención a lo indicado en la Carta Magna y por ende a lo señalado en relación a la interpretación del artículo in commento.

Así pues podemos manifestar, que este análisis no debe interpretarse como una pretensión de eliminar o limitar las facultades de los partidos políticos, ya que su importancia en el desarrollo de un Estado de derecho es trascendental, por tanto, reconocemos su preponderancia al igual que lo realiza el artículo 138 de la Constitución Nacional. Sin embargo, no se puede permitir el extremo de que estos degeneren la democracia, al monopolizar bajo su manto aquella facultad de postular a los más altos cargos de elección popular y por ende de dirección del país. No creemos que en estos momentos de la vida nacional, se tenga la intención de alcanzar en un futuro la partidocracia, que no es más que:

"'aquella forma de oligarquía arbitrada en que los partidos políticos monopolizan la representación' (Gonzalo Fernández de la Mora. **La Partidocracia**, Madrid, 1977, p.154). El partido político es el que concentra el poder. Es el actor principal y exclusivo del sistema democrático. El Estado es regido no por sí mismo sino por los partidos políticos. El parlamento es un congreso de partidos en donde el diputado o senador ha de votar, no según sus principios y convicciones personales, sino por lo que ordena el partido en que milita. Las bancas son del partido.

Los representantes electos, no lo son más del pueblo que los votó, sino de los partidos que los incluyó en una lista hermética y sólo accesible a la oligarquía partidaria.

En cuanto a las fuentes de financiación propias como las cuotas de afiliados no alcanza para nada, de modo tal que las fuentes reales de los partidos políticos se encuentran en primer lugar en los recursos económicos y financieros que les facilitan los poderosos, los que a su vez, le pasarán la factura de lo prestado cuando los partidos accedan al poder, lo que genera la primera y fundamental corrupción". BUELA, Alberto. "Sobre la Partidocracia". <Http://foster.20megsfree.com/28.htm>.

Lo anterior permite recordar que si bien la figura de la postulación no se encuentra dentro de los requisitos establecidos en el artículo 179 de la Carta Magna para ser Presidente o Vicepresidente de la República, la misma es condición necesaria para acceder a ello. Por lo tanto y si esta se restringe a determinadas agrupaciones como los partidos políticos, sólo podrán aspirar a ser elegidos para dichos cargos, únicamente las personas que pertenezcan a un partido político. Esta simple y clara premisa permite colegir, que la norma impugnada establece privilegios a favor de estas agrupaciones con respecto a las no políticas y los independientes o particulares.

Se evidencia pues, un tratamiento diferenciado para las agrupaciones denominadas partidos políticos versus una agrupación independiente integrado por razones distintas a las políticas. Por tanto, se establecen cortapisas que limitan el libre juego de ideas y criterios dentro de un Estado de "Derecho". La disposición impugnada impide que se dé una verdadera y real democracia "participativa". Esta norma establece un distingo que consiste en establecer frente al reconocimiento general por parte de la Constitución Nacional que "los derechos políticos y la capacidad para ejercer cargos públicos con mando y jurisdicción, se reserva a los ciudadanos panameños", por lo tanto, constituye una limitante el que se establezca que sólo podrán ejercer dichos derechos, quienes hayan sido postulados por partidos políticos para los cargos de Presidente y Vicepresidente. Lo que genéricamente permite la Constitución, lo restringe la ley electoral. En esencia, todos los ciudadanos panameños que cumplan con los requisitos establecidos en la Carta Magna, son iguales y por tanto idóneos y facultados para aspirar a ser Presidente o Vicepresidente de la Repùblica; pretensión ésta que se ve truncada por la incorporación del requisito de postulación "solo" por los partidos políticos.

La existencia de la norma impugnada resulta contradictoria con la subsiguiente del Código Electoral (artículo 234), que permite acceder al resto de los cargos de elección popular, por la libre postulación, incluso así se entendió por parte del legislador, quien en modificaciones de reciente data, eliminó la palabra legislador del artículo atacado, para así dar paso a la posibilidad de ser postulado también de forma libre. Frente a ésta realidad, cuál sería el criterio para considerar que ello no se puede dar para los cargos de Presidente y Vicepresidente. ¿Por qué mantener esta restricción única y exclusivamente para los cargos mencionados?

El hecho que el artículo 146 del Estatuto Fundamental permita taxativamente la postulación para diputados de forma partidista o por la libre, no desvirtúa el reconocimiento de la figura de la libre postulación en "general" que realiza la Constitución en el artículo 138 y en el que además no se hace distinción alguna si la misma operará de forma exclusiva para unos u otros cargos. Si la Carta Magna no establece restricción para la libre postulación a determinados cargos, por qué sí se establece para los cargos de Presidente y Vicepresidente de la República por parte de la norma electoral. Además, que la redacción general sobre la libre postulación que establece el artículo 138 de la Norma Fundamental, debe interpretarse como un término abierto y no restrictivo, es decir, permitiendo la concretización de esta figura para unos y otros.

Lo dispuesto en el artículo impugnado, establece una prerrogativa a favor de los partidos políticos, rompiéndose con ello aquella igualdad que en principio ostentan todos los ciudadanos panameños para ejercer derechos políticos y cargos públicos. Esto implica una ventaja establecida legalmente en beneficio de las organizaciones denominadas partidos políticos.

En apoyo al argumento de que es posible entrar a analizar ciertos aspectos en una causa previamente decidida (cosa juzgada constitucional), debemos citar parte del salvamento de voto del Magistrado del Tribunal Electoral, licenciado Gerardo Solís, dentro del Acuerdo 6 de 16 de diciembre de 2008 "Por el cual se resuelve la solicitud promovida por el Profesor Juan Antonio Jované De Puy, ... para iniciar los trámites como candidato a Presidente de la República por la libre postulación" y que indica lo siguiente:

"Si bien reconozco que el Pleno de la Corte Suprema ha decidido sobre una norma con diferente numeración, pero de similar texto, también reconozco que la Corte Suprema que trató(sic) el asunto lo hizo en una época política totalmente distinta a la que tenemos ahora. Para nadie es un secreto que los magistrados que integraron aquellas cortes de 1968 a 1989 no gozaban de la misma independencia de criterio que los Magistrados que la han conformado de 1990 a la fecha.razones básicas, al menos en cuanto a jurisprudencia electoral se refiere, entre la fuente de poder real de aquella época y la de ésta. En aquella época los hilos del poder se tejían desde los cuarteles, especialmente en esta materia. Y si también es cierto, que tanto en 1998 como en el 2001 se intentó(sic) procurar una decisión de fondo ante la Corte Suprema, la misma no fue conveniente remitirse al fallo citado, frustrando así la posibilidad de abolir una norma legal aberrante, frente a la constitución(sic).

....entiendo que la ley puede reglamentar la materia Constitucional. En este caso la postulación presidencial. Pero también entiendo...que los Principios del Derecho no pueden ser violentados contra natura, y también que el Derecho Positivo, creado por los hombres, debe ser coherente positivo inferior es la ley y el derecho positivo superior es la Constitución. Nuestra Constitución no prohíbe la postulación independiente para Presidente, que no venga la ley, a impedirla, puesto que rebasaría su marco de acción, haciéndola ineficaz.

Ejerozo la facultad constitucional de interpretar la ley electoral, que la Carta Magna reserva sólo a los Magistrado de este Tribunal, e interpreto, en consecuencia, que no debemos 'perjudicar la libertad del proceso político, ni la más amplia participación en el mismo', como una vez dijera Rogelio Cruz al intentar, con éxito, evitar que se aplicara una interpretación restrictiva de los derechos políticos fundamentales, como lo es el derecho de elegir y ser elegido.....

Cualquier interpretación restrictiva del derecho a elegir y ser elegido afecta de manera adversa y directamente nuestra democracia .

En este caso se crearía un privilegio a favor de los partidos políticos, discriminatorios de los independientes, mismo que debemos evitar, aboliéndole los efectos a una norma legal, que al interpretarla en sentido literal choca con las buenas costumbres de participación pluralista, dándole un monopolio a los partidos políticos, que no le ha dado la Constitución, puesto que, los mismos, son solamente fundamentales para la participación democrática, pero no vehículos exclusivos para la misma. Lo contrario crea una desigualdad ante la ley entre quienes optan a ese cargo de manera independiente.

.....
El fin del proceso electoral es que todos ejerzan el sufragio de la manera más libre y participativa posible. Por lo tanto, la limitación adjetiva de forma, al derecho constitucional de elegir y ser elegido, impuesta por una ley, debe ceder ante el mismo derecho sustantivo de fondo y fundamental.

El intérprete de la norma legal tiene que establecer prioridades al momento de aplicarla, ya que hay derechos que pueden, como en efecto ocurre en este caso, entrar en conflicto.

Me inclino porque prevalezca la libertad, la participación más amplia y como quiera que el poder real solo emana del pueblo y radica en el, que sea el pueblo el que juzgue quien debe ser elegido, al ejercer su derecho supremo de elegir. Por lo tanto, el derecho a ejercer una postulación libre para Presidente debe prevalecer, con supremacía, por encima de limitaciones restrictivas de ese derecho fundamental.

..... un verdadero ESTADO DE DERECHO sólo es posible si lo basamos en un sistema de justicia que se fundamente en pilares bien cimentados sobre la ley y la equidad. Y cuando la primera producirá un resultado indeseable contrario a los principios del derecho, la segunda se impone para lograr un resultado justo y deseado". Lo resaltado es de la Corte.

No podemos culminar el análisis de esta causa constitucional, sin antes hacer un llamado de atención al apoderado judicial del actor, por la promoción de un impulso procesal en momentos en que la acción se encontraba en la Procuraduría de la Administración, surtiendo debidamente y en el término de ley, los trámites que para esta pretensión se imponen. No puede pretender el representante del recurrente, que un juez o magistrado elimine de forma arbitraria, términos establecidos en la ley para así dar celeridad a "su" causa, ya que tanto dicho profesional del derecho, los administradores de justicia, los funcionarios públicos y la sociedad en general, deben regir sus conductas en base a lo que establecen las normas legales. Y es hay que recordar que "todas" las controversias que se surten en los tribunales de justicia son importantes para sus funcionarios.

Se observa en el expediente, que en el momento en que se promovió dicho impulso, no existía mora o retraso alguno por parte de esta Corporación de Justicia que ameritara la promoción del mismo.

En consecuencia, el Pleno de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECLARA INCONSTITUCIONAL el artículo 233 del Código Electoral.

Notifíquese.

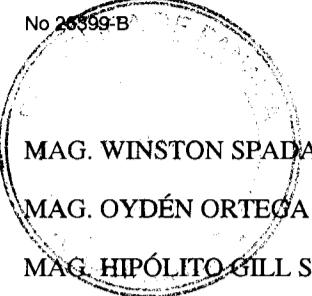
MAG. ALBERTO CIGARRUISTA CORTÉZ

MAG. JERÓNIMO MEJÍA E.

VOTO RAZONADO

MAG. HARLEY J. MITCHELL D.

MAG. ANIBAL SALAS CESPEDES



MAG. WINSTON SPADAFORA F.

MAG. OYDÉN ORTEGA DURÁN

MAG. HIPÓLITO GILL SUAZO

MAG. ESMERALDA AROSEMENA

DE TROITIÑO

(CON SALVAMENTO DE VOTO)

MAG. VICTOR L. BENAVIDES P.

DR. CARLOS H. CUESTAS G.

Secretario General.

VOTO RAZONADO

DEL MGDO. JERÓNIMO E. MEJÍA E.

Con el mayor de los respetos, me permito manifestar que, si bien estoy de acuerdo con la parte resolutiva del fallo que antecede, haré uso del derecho consignar algunos criterios que, a mi parecer, han debido incluirse dentro de la Sentencia que resuelve la **ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD** interpuesta por el licenciado **YONI RAMÍREZ**, actuando en nombre y representación de **JUAN ANTONIO JOVANÉ DE PUY**, contra el artículo 233 del Código Electoral, que a la letra expresa:

"Artículo 233. Sólo pueden postular candidatos a Presidente y Vicepresidente de la República, los partidos políticos legalmente reconocidos."

La Sentencia que antecede llega a la conclusión de que la disposición recurrida es inconstitucional, ya que desconoce el principio de igualdad contemplado en el artículo 19 de la Norma Fundamental, indicando que la norma impugnada crea una desigualdad entre los partidos políticos y otros grupos o particulares.

Del mismo modo, establece la vulneración del artículo 180 de la Constitución, visto en concordancia con el artículo 179 de la Norma Fundamental, pero bajo la salvedad de que el artículo 179 ya había sido examinado por la Corte en un fallo previo de 28 de febrero de 1986.

El Pleno expone que, en ocasiones anteriores, la existencia de ese fallo de 1986 dio lugar a que se declarara que existía cosa juzgada respecto a la disposición que hoy se examina, pero que debido a la modificación de algunas de las disposiciones que fueron confrontadas en aquella ocasión y de algunas palabras de la norma recurrida, procede examinar nuevamente la constitucionalidad del artículo 233 del Código Electoral.

Ahora bien, aunque arriba a la misma conclusión que mis colegas del Pleno, de que la norma impugnada es inconstitucional, los criterios utilizados para llegar a esa decisión son diferentes, en mi caso. Paso a explicar mi posición al respecto:

● **La libre postulación en los Instrumentos Internacionales adoptados por Panamá.**

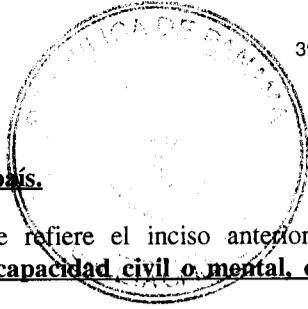
Comenzaré por indicar que la Convención Americana de Derechos Humanos, (Pacto de San José), ratificada por Panamá mediante la Ley 15 de 28 de octubre de 1977, reconoce en su artículo 23 los derechos políticos que abarcan el derecho de toda persona a participar en la dirección de los asuntos públicos, **derecho a votar y a ser elegido**, derecho de igual acceso a las funciones públicas **y establece además los límites a la reglamentación legal del ejercicio de estos derechos**, en los siguientes términos:

Artículo 23.

1. **Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:**

a) de **participar en la dirección de los asuntos públicos**, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

b) de votar y **ser elegidos en elecciones periódicas auténticas**, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y



c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal. (El destacado es mío).

Como se observa, el numeral 2 del precitado artículo establece de manera taxativa los motivos por los cuales el legislador puede limitar el ejercicio de tales derechos políticos, de manera que todo exceso legislativo que restrinja el ejercicio de los derechos políticos fuera de los casos contemplados en el citado numeral 2 del artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos implica la vulneración de dicho instrumento internacional.

Sobre el particular, en Sentencia de 23 de junio de 2005 dictada en el Caso YATAMA vs. NICARAGUA, la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresó:¹

"206...De acuerdo al artículo 23.2 de la Convención se puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a las que se refiere el inciso 1 de dicho artículo, **exclusivamente** por las razones establecidas en ese inciso. La restricción debe encontrarse prevista en una ley, no ser discriminatoria, basarse en criterios razonables, atender a un propósito útil y oportuno que la tome necesaria para satisfacer un interés público imperativo, y ser proporcional a ese objetivo. Cuando hay varias opciones para alcanzar ese fin, debe escogerse la que restrinja menos el derecho protegido y guarde mayor proporcionalidad con el propósito que se persigue....

...208. Con respecto a las limitaciones al derecho a ser elegido, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas señaló que

[e]l derecho de las personas a presentarse a elecciones no deberá limitarse de forma excesiva mediante el requisito de que los candidatos sean miembros de partidos o pertenezcan a determinados partidos. Toda exigencia de que los candidatos cuenten con un mínimo de partidarios [para presentar su candidatura] deberá ser razonable y no constituir un obstáculo a esa candidatura².

(Sentencia de 23 de junio de 2005 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Yatama Vs. Nicaragua. El destacado es mío).

Se entiende entonces que, conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos, todos los ciudadanos de un país tienen derecho a postularse a cargos electivos y "...nadie puede ser privado de este derecho por la imposición de requisitos irrazonables...". "La afiliación a un partido político -y menos aún a un partido determinado- no debe ser requisito para presentarse como candidato, ni obstáculo a la presentación de una candidatura". (OFICINA REGIONAL PARA AMERICA LATINA Y EL CARIBE DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, "Derecho Internacional de los Derechos Humanos", Santiago, 2007, f. 751-752. El destacado es mío).

Este criterio tiene que ser respetado por todos los países miembros de la Convención Americana de Derechos Humanos, que hayan aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que el artículo 1.1 de la Convención obliga a los Estados Partes a respetar los derechos y libertades reconocidos en el pacto y a garantizar su libre y pleno ejercicio.

- La incorporación de los derechos políticos tutelados por la Convención Americana de Derechos Humanos al ordenamiento constitucional patrio.

En nuestro país, a través del Acto Legislativo N°1 de 2004 se introdujo el párrafo segundo del artículo 17 de la Constitución Nacional que preceptúa que los derechos y garantías reconocidos en la Constitución deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona.

Lo expresado significa que la propia Constitución reconoce que existen otros derechos fundamentales que no aparecen con el texto constitucional, que pueden ser incorporados a la misma siempre que deriven de la dignidad humana o de otros derechos fundamentales. Esto trae como consecuencia que se puedan anexar a la Constitución aquellos derechos humanos previstos en Tratados y Convenios Internacionales que incidan o deriven de la dignidad humana o de otros derechos fundamentales, contemplados en la Ley Fundamental, los cuales pasan a integrar el bloque de constitucionalidad.

En este orden de ideas, se colige que, en virtud del artículo 17, numeral 2 de la Constitución, la República de Panamá está obligada a tener como mínimos los derechos políticos previstos en la Constitución, entre los cuales se encuentra la libre postulación, y a incorporar a la Constitución los derechos ampliados por el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En efecto, el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene dos importantes efectos en nuestro constitucionalismo. Por un lado, amplía o complementa mediante el numeral 1, los derechos políticos reconocidos en la Constitución. Por el otro, le fija límites al legislador cuando expresa que "La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad,

residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal."

Esta conclusión la retomaremos más adelante, a propósito de la confrontación de la norma impugnada con el artículo 138 de la Constitución, pero antes veamos por qué razón no procede la cosa juzgada constitucional en este caso y por qué era y es posible entrar a decidir el fondo del asunto, pero confrontando la norma impugnada con el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

- **En cuanto a la cosa juzgada constitucional.**

En primer lugar, debo manifestar que coincido con el resto del Pleno en que, en el presente caso, **no existe cosa juzgada constitucional.**

No obstante, estimo que los argumentos vertidos en el fallo que antecede respecto a la inexistencia de la cosa juzgada en el presente caso, dejan por fuera algunas consideraciones, a mi parecer esenciales.

En el caso que nos ocupa, es evidente que el planteamiento central de la acción de inconstitucionalidad gira en torno a un derecho fundamental y humano que hace parte de los denominados 'derechos políticos; como lo es **el derecho de toda persona a ser elegido y a tener acceso a las funciones públicas** que, como hemos visto, se encuentra tutelado por la Convención Americana de Derechos Humanos e integra la Constitución Nacional al formar parte del bloque de constitucionalidad.

Quiero enfatizar que, **lo fundamental para entrar al análisis normativo de disposiciones infringidas en el presente fallo, no es el cambio en la redacción del artículo impugnado o de las disposiciones que se estiman infringidas**, pues pueden darse variaciones en la redacción de un precepto que no afectan la cosa juzgada, si el contenido normativo es idéntico a otro previamente examinado.

Lo que interesa en todo caso, es que en las anteriores demandas de inconstitucionalidad no se había analizado la posible violación del artículo 23 de la Corte Americana de Derechos Humanos, la cual amplía el contenido del derecho **constitucional que se dice infringido**, y que el nuevo contenido, como bien se expone en la sentencia que antecede, "...no ha sido objeto de análisis por parte de esta Corporación de Justicia en la forma y dimensión en que pudo darse en algún momento previo a la nueva normativa constitucional". (Cfr. f. de la Sentencia).

- **El reconocimiento del derecho a la libre postulación en nuestro ordenamiento constitucional.**

El artículo 138 de la Constitución reconoce el derecho a la libre postulación en los siguientes términos:

Artículo 138. Los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumentos fundamentales para la participación política, **sin perjuicio de la postulación libre en la forma prevista en esta Constitución y la ley**.... (El resaltado es mío).

Ahora bien, como los derechos no son absolutos, es lógico que existan límites o condiciones para el ejercicio de los mismos. Esos límites o restricciones no se encuentran desarrollados en la Constitución, sino que la norma constitucional patria deja al legislador el deber de determinarlos.

Es allí donde la Convención Americana de Derechos Humanos juega un papel trascendental para la determinación del contenido infranqueable del derecho político que nos ocupa. Así encontramos que el artículo 23 del Pacto de San José establece el límite dentro del cual el legislador está facultado para desarrollar la forma como pueden ejercerse los derechos políticos, incluido el derecho a la libre postulación que hace parte del derecho a ser electo y del derecho de participación en las funciones públicas del Estado que tiene todo ciudadano.

En efecto, recuérdese que por mandato del artículo 17 de la Constitución en concordancia con el artículo 4 *ibidem*, el artículo 23 de la Convención Americana se integra al bloque de constitucionalidad y, por ende, sirve como parámetro de constitucionalidad.

En ese sentido, el artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece los supuestos en virtud de los cuales se puede limitar el derecho a ser electo por libre postulación, al señalar que "La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, **exclusivamente** por razones de **edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal**".

La clara referencia a los temas por los cuales los derechos reconocidos en el artículo 23 pueden ser reglamentados y, en consecuencia, restringidos, no puede ser desconocida por el legislador al momento de desarrollar o reglamentar el derecho a la libre postulación.

Ello significa que el ejercicio de **tales derechos** no puede ser reglamentado ni restringido por razones distintas a las previstas en el numeral 2 del artículo 23. Por ello, el artículo 233 del Código Electoral, al señalar que "sólo pueden postular candidatos a Presidente y Vicepresidente de la República, los partidos políticos legalmente reconocidos", desconoce el derecho a la libre postulación que reconoce el artículo 23 de Convención Americana de Derechos Humanos,

al realizar una reglamentación de dicho derecho con fundamento en razones distintas a las que exclusivamente se refiere el numeral 2 de la referida norma; y es que el numeral 2 del artículo 23 no permite que el derecho a ser elegido solamente pueda ejercitarse a través de los partidos políticos, que es lo que pretende el referido artículo 233 del Código Electoral. Tal exigencia es irracional y contradice el derecho a la libre postulación.

CONCLUSION

Puede afirmarse entonces que, del carácter y naturaleza expansiva de los derechos fundamentales, que se deriva del artículo 17 de la Norma Fundamental, los derechos políticos electorales que se listan en el artículo 23.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos se encuentran incorporados como derechos políticos en la Constitución Nacional y esta incorporación de derechos a través del artículo 17 de la Constitución Nacional conforma un verdadero Sistema de Derechos Fundamentales debidamente tutelados y un auténtico Bloque de Constitucionalidad.

En consecuencia, toda reglamentación legislativa que establezca limitaciones al derecho político de ser elegido para cargos públicos, deviene inconstitucional si contradice el referido bloque de constitucionalidad.

Está claro que el artículo 233 del Código Electoral impugnado excede cualquier criterio válido que pueda ser usado para limitar la participación ciudadana en elecciones de carácter político.

Debe tenerse presente que la tutela de los derechos fundamentales es indispensable para la constitución, consagración y preservación del Estado de Derecho e incluso de la democracia como principio reconocido a nivel internacional, recogido también en la Carta Democrática del año 2001, que en la parte pertinente dice:

"**Artículo 1.** Los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla.

La democracia es esencial para el desarrollo social, político y económico de los pueblos de las Américas".

"**Artículo 3.** Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos". (El destacado es del Pleno)

Sobre el particular es importante considerar lo expuesto por **LUIGI FERRAJOLI**, en cuanto a que las garantías constitucionales de los derechos fundamentales resultan también garantías de la democracia. El citado autor expone que la democracia constitucional se encuentra relacionada a cuatro clases de derechos fundamentales: "...La democracia política asegurada por la garantía de los derechos políticos; la democracia civil asegurada por la garantía de los derechos civiles; la democracia liberal (o liberal democracia) asegurada por la garantía de los derechos de libertad; la democracia social (o social democracia), asegurada por la garantía de los derechos sociales..." (**FERRAJOLI, LUIGI**, "La teoría del derecho en el paradigma constitucional", Fundación Coloquio Jurídico Europeo, J. San José, S.A., Madrid, 2008, p. 90. El énfasis es mío). Agrega el autor que, "...en este sentido, el garantismo, explicado en sus cuatro dimensiones (política, civil, liberal y social, dependiendo de la clase de los derechos garantizados), es la otra cara del constitucionalismo y constituye el presupuesto jurídico de la democracia". (**FERRAJOLI**, ob.cit. p. 91).

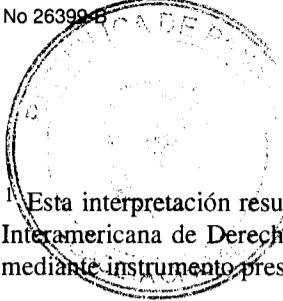
Concluyo citando al connocido constitucionalista venezolano **ALLAN BREWER-CARÍAS** en su trabajo "**Retos Constitucionales para el Siglo XXI**", en el cual plantea como uno de esos retos, el que la democracia tiene que llegar a ser más representativa:

"La democracia, en las complejas sociedades contemporáneas, tiene que ser representativa ... por lo que el reto constitucional de nuestros países, en el futuro, está en diseñar un esquema de efectiva representación popular y superar aquellos sistemas políticos en los cuales los partidos políticos monopolizaron toda la representación, desligándose del pueblo. Los partidos, en una democracia, son instrumentos esenciales de intermediación entre el pueblo y el gobierno del Estado; pero no por ello deben confiscar la propia soberanía y asumir el monopolio de la representación, muchas veces de espaldas al propio pueblo". (**BREWER-CARÍAS, ALLAN**, "Retos constitucionales Hacia el Siglo XXI", *Encuentro Anual de los Presidentes y Magistrados de los Tribunales Constitucionales y Salas Constitucionales de América Latina*, Corte Suprema de El Salvador, Federación de Asociaciones de Abogados de El Salvador y la Fundación Konrad Adenauer, San Salvador, 8 de Junio de 2000, El Salvador, p.8).

Fecha *ut supra*,

MGDO. JERÓNIMO E. MEJÍA E.

CARLOS H. CUESTAS



SECRETARIO GENERAL

Esta interpretación resulta vinculante para Panamá, por cuanto reconoció como obligatoria la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención mediante instrumento presentado a la Organización de Estados Americanos el 29 de febrero de 1990.

² O.N.U., Comité de Derechos Humanos, Observación general No. 25, *supra* nota 173, párr. 17.

SALVAMENTO DE VOTO DE LA

MAGISTRADA ESMERALDA AROSEMANA DE TROITIÑO

Con todo respeto, paso a sustentar mi salvamento de voto dentro de la **Demandada Inconstitucionalidad promovida por el Licdo. Yony Ramírez en representación del señor Juan Antonio Jované De Puy, contra el artículo 233 del Código Electoral.**

En primer lugar, debo consignar mi disentir con lo expuesto en la decisión de mayoría respecto a la inaplicabilidad de la cosa juzgada, pasando por alto los reiterados fallos de esta Corporación de Justicia sobre el tema, desde 1986, siendo el de mayor trascendencia el proferido por el Pleno en el año 2006.

Este precedente, posterior al cambio constitucional de 2004, da cuenta del criterio reiterado que imperaba sobre la imposibilidad de acceder a la calidad de candidato al cargo de presidente y vicepresidente de la República por vía de la libre postulación, ya que se estimó que la reciente reforma sólo habilitaba la libre postulación para los cargos de diputados; posición que ha sido evaluada y respaldada por destacados especialistas nacionales en el tema, que estiman que en aquel fallo, la Corte "no consideró significativo el dato de que el constituyente derivado hubiera decidido extender la posibilidad de la libre postulación a las elecciones parlamentarias." (Sánchez González, Salvador: La Libre Postulación Presidencial: elementos jurídicos y políticos, en Revista Panameña de Política, N° 6, Panamá, Julio-Diciembre de 2008, pág. 12). Es decir, esta Corporación de justicia, en el fallo de 20 de abril de 2006, con la ponencia del mismo magistrado, en cumplimiento de la responsabilidad constitucional, examinó el nuevo texto constitucional y reafirmó la posición vertida en los fallos de 28 de febrero de 1986, 23 de octubre de 1998 y 1º de junio de 2001.

Por otro lado, no comparto el argumento que presenta la decisión de la que me aparto, al afirmar en forma categórica, que: "... el hecho que el artículo 146 del Estatuto Fundamental permita taxativamente la postulación para diputados de forma partidista o por la libre, no desvirtúa el reconocimiento de la figura de la libre postulación en general que realiza la Constitución en el artículo 138 y en el que además no se hace distinción alguna si la misma operará de forma exclusiva para unos u otros cargos. Si la Carta Magna no establece restricción para la libre postulación a determinados cargos, por qué sí se establece para los cargos de Presidente y Vicepresidente de la República por parte de la norma electoral. Además, que la redacción general sobre la libre postulación que establece el artículo 138 de la Norma Fundamental, debe interpretarse como un término abierto y no restrictivo, es decir, permitiendo la concretización de esta figura para unos y otros."

Tal sucinta y elemental conclusión deja de considerar importantes principios de hermenéutica constitucional, partiendo del más básico de todos, el elemento gramatical, según el cual cuando el texto de la ley es claro, nos debemos atener al mismo. Una lectura sencilla de la norma antes citada basta para identificar que su finalidad primordial fue la de darle reconocimiento constitucional a los partidos políticos, como el instrumento fundamental de la participación política; y subsidiariamente reconocer la libre postulación como otro canal de acceso a dicho derecho ciudadano, pero condicionándolo al desarrollo constitucional y legal.

Adicionalmente, es remarcable el hecho que a nivel constitucional la libre postulación se haya reconocido expresamente para ciertos cargos de elección popular, como son los miembros de la Asamblea Nacional, en el artículo 146 de la Constitución Nacional; mientras que a nivel legal se haya desarrollado esta fórmula para todos los cargos de elección popular con excepción de los cargos de Presidente y Vicepresidente de la República (art. 234 del Código Electoral).

De otro lado, la argumentación sobre la constitucionalidad de la norma electoral, expuesta en el fallo, es huérfana de un enfoque de derechos humanos, discusión a la que no se llegó ante la ineludible conclusión que el sistema que se plantea en la constitución nacional, es compatible con los precedentes que sobre el mismo tema de la libre postulación se han dado en el marco del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. En esa dirección, dos casos a nivel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ilustran de forma categórica la opinión de esta instancia judicial hemisférica: en el caso Castañeda Gutman contra México, la Corte afirmó que un sistema de exclusiva postulación partidista es una de las formas que adopta el régimen democrático, y que no viola la Convención Americana. Mientras que en el caso Yatama contra Nicaragua, la Corte consideró que la exigencia de postulación partidista si constituía una limitación para los miembros de comunidades indígenas, al imponerles una forma de organización ajena a sus usos, costumbres y tradiciones, que les impedía su participación en las elecciones municipales respectivas.

En Panamá, el reconocimiento constitucional que se le concede a los partidos políticos, lleva aparejada su promoción en tanto se conciben como entes promotores de la voluntad popular y de libre acceso a todos los ciudadanos panameños, sin limitaciones de sexo, raza, religión o etnia.

De modo que la igualdad, como criterio de constitucionalidad que se esgrime en el fallo de mayoría, para extender el derecho de libre postulación a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, debe ser, en mi opinión, sustentado desde el punto de vista del derecho a un trato igualitario de todos los panameños a participar en los partidos políticos y a constituirlos según los parámetros que la Carta Magna y la ley señalan.

Finalmente, y valorando la eficacia de este fallo, lamento su emisión pasado el torneo electoral nacional, que limitó la posibilidad de una participación efectiva del accionante, como era su aspiración política. Si de la protección de los derechos humanos se trata, la Corte Suprema, considerando las particularidades del caso, tenía la responsabilidad de ofrecer una respuesta oportuna a la iniciativa planteada.

En atención a las ideas que he expuesto, SALVO MI VOTO.

Fecha, ut. supra.

MAG. ESMERALDA AROSEMENA DE TROITIÑO.

Dr. CARLOS CUESTAS

Secretario General.