

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 declaren. 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 señalando ....que 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 candidatar 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 excerta constitucional la que indica que el pluralismo política 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.

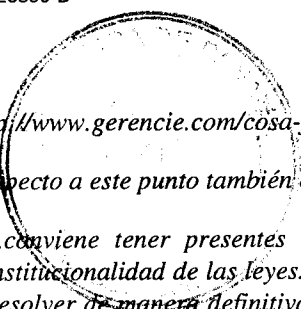
Dedicamos singular importancia a estos eventos, porque precisamente ellos dieron lugar a que el señor Procurador de la Administración, concluyera que en esta controversia concurrían los elementos necesarios para declarar lo que en derecho se conoce como "Cosa Juzgada" (chose jugué, cosa giudicata, caoisa 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.html>. 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 austríaco, 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](http://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 ~~esta 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 sobretodo con relación a derechos que le son inalienables.

Aclarado lo anterior, conviene que previo al análisis de fondo, citeos 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.*

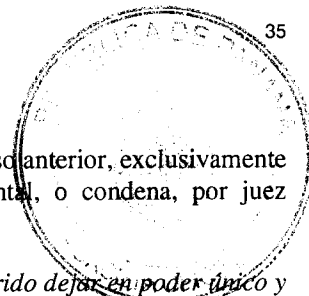
*Consideramos que la redacción del artículo 233 del Código Electoral establece restricciones que pugnan con los presupuestos constitucionales reconocidos en los artículos 179 y 180 de la Carta Magna. Estas normas constitucionales en conjunto, establecen únicamente tres requisitos para poder acceder al 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 prístina 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 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. (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 concurra 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 comento.*

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](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 República; 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 trato(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. ....razono diferencias 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 intento(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.**

Ejerce 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 resolutive 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 arribo 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.**

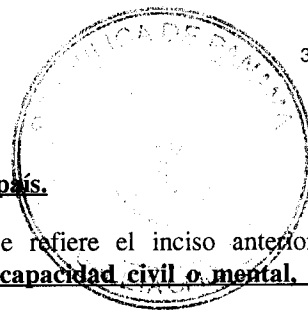
Comenzaré por indicar que la Convención Americana de Derechos Humanos, (Pacto de San José), ratificada por Panamá mediante la Ley 15 de 28 de octubre de 1977, reconoce en su artículo 23 los derechos políticos que abarcan el derecho de toda persona a participar en la dirección de los asuntos públicos, **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:<sup>1</sup>

"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 torne 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 candidatura<sup>2</sup>.

(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 anexas 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.

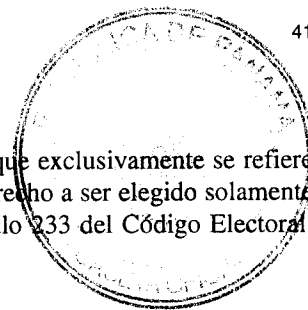
Es allí donde la Convención Americana de Derechos Humanos juega un papel trascendental para la determinación del contenido infranqueable del derecho político que nos ocupa. Así encontramos que el artículo 23 del Pacto de San José **establece el límite** dentro del cual el legislador está facultado para 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 actor 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).

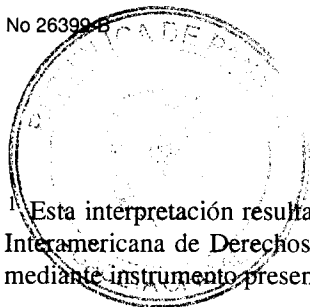
Concluyo citando al connotado constitucionalista venezolano **ALLAN BREWER-CARÍAS** en su trabajo **"Retos Constitucionales para el Siglo XXI"**, en el cual plantea como uno de esos retos, el que la democracia tiene que llegar a ser más representativa:

"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

<sup>1</sup> 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.

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

## SALVAMENTO DE VOTO DE LA

### MAGISTRADA ESMERALDA AROSEMENA DE TROITIÑO

Con todo respeto, paso a sustentar mi salvamento de voto dentro de la **Demanda de 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 disenter 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 1° 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.