

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 348

Panamá, 3 de abril de 2019.

Demanda de Inconstitucionalidad.

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

La firma forense Morgan & Morgan, actuando en nombre y representación de la sociedad **Corporación La Prensa, S.A.**, demanda la inconstitucionalidad del **artículo 254 del Texto Único del Código Electoral**.

Honorable Magistrado Presidente de la Corte Suprema de Justicia.

Pleno.

Acudo ante usted de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 206 de la Constitución Política de la República, en concordancia con el artículo 2563 del Código Judicial, con el propósito de emitir el concepto de la Procuraduría de la Administración con respecto a la acción de inconstitucionalidad descrita en el margen superior.

I. Norma acusada de inconstitucional.

Mediante la acción que ocupa nuestra atención, la firma forense apoderada judicial de la recurrente solicita que se declare inconstitucional el artículo 254 del Texto Único del Código Electoral, aprobado mediante el Acuerdo del Pleno 82-2 de 27 de noviembre de 2017, publicado en la Gaceta Oficial 28422 de 11 de diciembre de 2017; norma cuyo texto íntegro es el siguiente:

“Artículo 254: Las encuestas políticas no podrán publicarse ni divulgarse dentro de los veinte días calendarios anteriores a las elecciones.”

II. Disposiciones constitucionales que se aducen infringidas.

La accionante aduce que el artículo 254 del Texto Único del Código Electoral, infringe los artículos 17, 19, 37 y 138 de la Constitución Política de Panamá, los cuales son del tenor siguiente:

“Artículo 17: Las autoridades de la República están instituidas para proteger en su vida, honra y bienes a los nacionales donde quiera se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción; asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales, y cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley.”

“Artículo 19: No habrá fueros o privilegios ni discriminación por razón de raza, nacimiento, discapacidad, clase social, sexo, religión o ideas políticas.”

“Artículo 37: Toda persona puede emitir libremente su pensamiento de palabra, por escrito o por cualquier otro medio, sin sujeción a censura previa; pero existen las responsabilidades legales cuando por alguno de estos medios se atente contra la reputación o la honra de las personas o contra la seguridad social o el orden público.”

“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. La estructura interna y el funcionamiento de los partidos políticos estarán fundados en principios democráticos.

La Ley reglamentará el reconocimiento y subsistencia de los partidos políticos, sin que, en ningún caso, pueda establecer que el número de los votos necesarios para su subsistencia sea superior al cinco por ciento de los votos válidos emitidos en las elecciones para Presidente, Diputados, Alcaldes o Representantes de Corregimientos, según la votación más favorable al partido.”

III. Argumentos de la activadora constitucional.

A través de la acción que apertura este proceso, la accionante demanda la inconstitucionalidad del artículo 254 del Texto Único del Código Electoral, aprobado mediante el Acuerdo del Pleno 82-2 de 27 de noviembre de 2017, argumentando, en tal sentido, que el mismo vulnera los artículos 17, 19, 37 y 138 de la Constitución Política de la República; puesto que a su juicio, dicha norma impone una prohibición que coarta el pleno uso de los derechos políticos de los

ciudadanos, por cuanto limita el acceso a la información e imposibilita que muchos electorales se hagan una idea clara de su decisión antes del sufragio, tomando en cuenta que las encuestas agregan transparencia y democratizan el proceso al abrir a la visibilidad pública la evolución de la contienda electoral (Cfr. fojas 5-9 del expediente judicial).

En este mismo contexto, la recurrente alega que se conculcan los principios de no discriminación e igualdad ante la ley, pues la prohibición contenida en el artículo atacado de inconstitucional únicamente le es aplicable a las empresas encuestadoras y medios de comunicación en la República de Panamá y no así a aquellas internacionales, las cuales pueden publicar sus sondeos electorales por medio de internet u otros medios de publicaciones fuera del territorio nacional, situación que pone en evidencia un trato desigual para los medios panameños y sus ciudadanos (Cfr. fojas 9 y 10 del expediente judicial).

En adición, la accionante expone que la disposición normativa impugnada de inconstitucional quebranta el derecho a la libertad de expresión, el cual comprende el derecho de informar y ser informado de la oferta electoral a fin de permitir el ejercicio libre y racional del sufragio (Cfr. fojas 10-15 del expediente judicial).

IV. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Para los efectos del concepto jurídico que nos corresponde emitir respecto a los cargos de inconstitucionalidad que la actora le atribuye al artículo 254 del Texto Único del Código Electoral, es indispensable indicar que la acción en estudio se presentó el 14 de septiembre de 2018, fecha en la que aún se encontraba pendiente de decisión otra acción de inconstitucionalidad previamente interpuesta contra la misma disposición normativa, identificada con el número de expediente 378-18, tal como lo destacó la activadora judicial en el escrito de su demanda; lo que conllevó a que posteriormente esa Alta Corporación de Justicia,

en Pleno, por medio de la **Sentencia de 13 de diciembre de 2018**, publicada en la Gaceta Oficial 28740 de 26 de marzo de 2019, se pronunciara sobre la misma norma advirtiéndolo, en lo medular, lo siguiente:

“

DECISIÓN DEL PLENO DE LA CORTE

...

En este caso en particular la prohibición del artículo 254 del Texto Único del Código Electoral, el cual indica que las encuestas políticas no podrán publicarse ni divulgarse dentro de los veinte días calendarios anteriores a las elecciones, es violatoria del derecho a la información, por lo tanto, la vinculación de las encuestas con el derecho a la información y libertad de expresión son directamente proporcionales.

Los medios de comunicación llegan a todas las masas del país permitiendo un mejor discernimiento al momento de tomar la decisión clave para la democracia panameña, respetando el Estado de Derecho y Democrático de la República de Panamá.

Las restricciones a la libertad de expresión e información deben estar debidamente fundamentadas y al analizar la norma atacada, la misma no ha sido justificada, atentando así contra la libertad de expresión e información. Toda la información relacionada con las elecciones es influyente, así debe llegar a todo el país para que cada uno pueda decidir de acuerdo a su criterio.

...

Concluyéndose de lo mencionado anteriormente, que la Constitución de la República de Panamá establece como mínimos los derechos políticos previstos, entre los cuales se encuentra la libertad de expresión, así el artículo 254 del Texto Único del Código Electoral es una limitante a la tutela de estos derechos fundamentales y es indispensable que sea analizada, pues es un derecho consagrado en instrumentos internacionales. El derecho o libertad de buscar información, recibirla y difundirla, hace que la garantía de la libertad de expresión sea indispensable para la emisión del sufragio, concluyéndose que la libertad de pensamiento y expresión son claves para la convicción de los ciudadanos. Con la manifestación del libre pensamiento se garantiza el derecho a la libertad de expresión, en este caso, las encuestas permiten el ejercicio del derecho a informar y ser informado, siendo un derecho humano inalienable, consagrado en nuestra Constitución Nacional, que garantiza la formación del voto del ciudadano Panameño, derecho éste dispuesto en el artículo 135 de nuestra Carta Magna, que reza así:

...

Por las consideraciones esgrimidas, el Pleno de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: DECLARAR QUE ES INCONSTITUCIONAL** el artículo 254 del Acuerdo del Pleno 82-2 de 27 de noviembre de 2017, que aprueba el Texto único del Código Electoral y ordena su publicación en la Gaceta Oficial y en

el Boletín Electoral, que estableció que **'las encuestas políticas no podrán divulgarse, dentro de los veinte días calendarios anteriores a las elecciones.'**

...”

El análisis de la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, respecto a la sentencia reproducida en el párrafo anterior, nos lleva a colegir que **el punto medular impugnado** en aquella acción al igual que en la que actualmente ocupa nuestra atención, **recae sobre la restricción al derecho de libertad de expresión e información dentro de los procesos electorales, garantías que devienen en indispensables para la formación y convicción de todos los ciudadanos panameños al momento de ejercer el sufragio, y que se ven limitadas al no permitir la publicación de encuestas como herramientas de información científica y formadores de opinión pública, máxime cuando del contenido de la norma declarada inconstitucional no se desprendía una justificación razonable para un periodo de veda electoral tan prolongado.**

Ante este escenario esta Procuraduría debe advertir el hecho que, en atención a que la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, a través de la Sentencia reproducida, parcialmente, en líneas anteriores **declaró que es inconstitucional el artículo 254 del Texto Único del Código Electoral, estimamos que con relación a dicha norma impugnada se ha producido el fenómeno de Cosa Juzgada.**

En ese sentido, en cuanto al tema de la cosa juzgada constitucional, el constitucionalista argentino Patricio Maraniello destaca lo siguiente:

"La cosa juzgada es el efecto procesal por excelencia de un pronunciamiento judicial, y podemos definirla como la influencia que ejerce cierta providencia sobre las posibles declaraciones posteriores de cualquier otro órgano.

A partir de una sentencia firme puede ser considerada como *res iudicata* para a ser inatacable, inimpugnabile, inmodificable, inmutable e imperativa, es decir, hay una imposibilidad material de abrir un nuevo proceso sobre la misma cuestión existiendo una verdadera prohibición de que en otro pleito se decida en forma contraria.

Sabemos que conviven dos valores vinculados al concepto de cosa juzgada: seguridad jurídica y justicia. Probablemente el escepticismo que surge en estos casos se fundan en la evidente ruptura del plexo axiológico y la sobrevaloración de la seguridad jurídica sobre la justicia. Ello es lo que debemos analizar...

...

La cosa juzgada es el efecto impeditivo que, en un proceso, ocasiona la preexistencia de una sentencia judicial firme dictada sobre el mismo objeto. Es firme una sentencia judicial cuando en derecho no cabe contra ella algún recurso impugnativo que permita modificarla. Este efecto impeditivo se traduce en el respeto a lo decidido sobre lo mismo, en un juicio anterior.

Implica inmutabilidad de la decisión, ella puede ser formal (pues los efectos pueden desvirtuarse en un proceso posterior) o material (reviste de eficacia dentro y fuera del respectivo proceso).

La cuestión no cambia cuando es declarada la inconstitucionalidad de una disposición legal; el fenómeno de la cosa juzgada constitucional produce como regla general la imposibilidad de pronunciarse sobre la materia resuelta, ya que puede conducir a providencias contradictorias que afecten la seguridad del ordenamiento jurídico, o altere la confianza legítima de los administrados en la aplicación de la Constitución, o vulnere el principio de igualdad." (MARANIELLO, Patricio. La Cosa Juzgada Constitucional. Artículo publicado dentro del libro de investigación: Derecho Procesal Constitucional. Eduardo Andrés Velandia Canosa. Colombia. Mayo 2014. Impresora Legis, S.A. Págs.532-533)

Bajo esa premisa, es importante destacar que esa Alta Corporación de Justicia, mediante la Sentencia de 3 de julio de 2014, ya se ha pronunciado respecto al fenómeno de la **cosa juzgada constitucional**, puntualizando lo siguiente:

"...

En ese orden de ideas, debemos recordar que el artículo 206 numeral 3 de nuestra Carta Fundamental dispone en su parte final y con absoluta claridad que **las decisiones de la Corte, en materia de inconstitucionalidad son finales, definitivas y obligatorias; estas decisiones que al adquirir el carácter de Cosa Juzgada Constitucional impide que se pueda reabrir un nuevo examen sobre un mismo asunto, ya dilucido en sede constitucional, ello con el objeto de evitar sentencias contradictorias que afecten la seguridad del ordenamiento jurídico.**

Es pues que, ante un pronunciamiento previo sobre la inexequibilidad de una disposición legal, **no se debe incursionar en un nuevo análisis que entre a ponderar un mismo asunto o materia, debido a la firmeza de las decisiones emanadas por**

esta máxima Corporación de Justicia, como Tribunal Constitucional, a quien le está encomendada el control constitucional de la norma, y cuyas decisiones son vinculantes y buscan darle seguridad jurídica a los asociados, al mediar el fenómeno jurídico de cosa juzgada constitucional, en sentido formal.

Ahora bien, este mismo criterio se aplica en aquellos supuestos, como el que nos ocupa, cuando el contenido de una norma ya examinada en sede constitucional, es reproducida posteriormente en otro cuerpo normativo que tiene vigencia, y cuya constitucionalidad es sometida posteriormente al control constitucional de esta Corporación de Justicia, pero que debido a las razones expuestas le impiden a la Corte Suprema de Justicia nuevamente atender este mismo asunto, ello por concurrir el fenómeno jurídico de COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL, en sentido material.

Al respecto resulta oportuno reproducir parte del criterio expuesto por esta Corporación de Justicia, en fallo de 1 de septiembre de 2009, que respecto al fenómeno jurídico de COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL, ha merecido el siguiente concepto:

‘Como es sabido, dicha Sentencia, por mandato del artículo 206, numeral 3 de la constitución es final, definitiva y obligatoria por lo que la decisión sobre ambas disposiciones tiene carácter de Cosa Juzgada Formal, la cual se produce cuando existe una decisión previa de la Corte sobre la misma norma llevada nuevamente a su conocimiento.

En cuanto al numeral 4 del artículo 5 del Decreto Ejecutivo N° 24 de 21 de Agosto de 2003, encuentra el Pleno que se trata de una disposición que posee contenido normativo idéntico al que contiene el artículo 257-B del Código de la Familia, como se comprueba fácilmente con la simple lectura de ambas disposiciones, transcritas en el aparte relativo a las disposiciones advertidas de inconstitucionales. De allí que, con relación a esta última disposición, opere la denominada Cosa Juzgada Material, la cual se produce cuando el texto de la disposición sometida a control constitucional no es exacto al de otra norma previamente enjuiciada por la Corte, pero cuyo contenido normativo es idéntico.

El Pleno ha expuesto en circunstancias anteriores que la finalidad de la cosa juzgada es evitar que se produzcan sentencias contradictorias que afecten la seguridad del ordenamiento jurídico, lo que acarrea la imposibilidad de que esta Superioridad se pronuncie nuevamente sobre la materia previamente

resuelta. Esta regla tiene su excepción en los llamados supuestos de relatividad o inestabilidad de la cosa juzgada, a saber: 1) Inconstitucionalidad sobreviniente como consecuencia de cambios o reformas constitucionales; 2) Demandas planteadas por vicios de forma de una ley o acto cuyo contenido material haya sido confrontado y declarado conforme al texto de la Carta Política por el tribunal constitucional, y 3) Casos en que plantean vicios de fondo completamente distintos a los previamente examinados. (Cfr. Sentencia del Pleno de 16 de diciembre de 1996. Ponente: Mgdo. Fabián Echevers) (fallo del Pleno de la Corte Suprema de Justicia del 1 de septiembre de 2009).'

Siendo esta la panorámica de los hechos y como quiera que esta Superioridad, con antelación se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de la entrega simple y condicionada, cuando se encontraba regulada en otra disposición legal; decisión que hace tránsito a cosa juzgada, no prospera en consecuencia un nuevo examen sobre esta materia, lo cual resulta un obstáculo para que la acción propuesta supere la fase de admisibilidad, y en ese sentido nos pronunciamos." (La negrita es nuestra).

De igual manera, el Doctor Edgardo Molino Mola, ha expuesto el siguiente

análisis:

"Si la demanda debe ser conforme con la pretensión para los efectos del principio de congruencia que rige en el proceso civil, vemos que en el proceso constitucional dicho principio de congruencia resulta afectado, ya que puede la sentencia estimar como violada una norma constitucional no sustentada como infringida por el demandante, en un proceso que es de puro derecho, y por tanto decidir sobre aspectos no planteados en la demanda.

La Corte Suprema de Panamá aplica este principio de universalidad constitucional o de interpretación integral de la Constitución, constantemente, y no son pocas las ocasiones en que ha decidido la inconstitucionalidad de una ley con base en una disposición constitucional no alegada como violada por el demandante. Igualmente, en la parte resolutive de sus decisiones puede verse la aplicación de este principio cuando expresa que la norma acusada no infringe la disposición constitucional citada en la demanda así como ninguna otra norma constitucional. **Esto trae a la vez la consecuencia de que la sentencia es final, lo que significa que la norma acusada se convierte en cosa juzgada constitucional y no podrá ser nuevamente demandada como inconstitucional por los mismos motivos de inconstitucionalidad alegados en la demanda**, ya que la Corte consideró que tampoco violaba otras normas de la Constitución en aplicación del principio de universalidad constitucional..." (Molino Mola, Edgardo. La Jurisdicción Constitucional en Panamá. Biblioteca Jurídica Diké. Primera Edición, página 114)

De la referida doctrina y en atención al artículo 2566 del Código Judicial que sobre esta materia dispone que: ***“En estos asuntos la Corte no se limitará a estudiar la limitación tachada de inconstitucional únicamente a la luz de los textos citados en la demanda, sino que debe examinarla, confrontándola con todos los preceptos de la Constitución que estime pertinente”***, podemos inferir que al examinar la demanda de inconstitucionalidad interpuesta, la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, no se circunscribe a las normas constitucionales que se aducen infringidas, sino que realiza un **examen de la norma impugnada comparándola con todos los preceptos de la Constitución y con el espíritu que informa dicha Carta Política. Por consiguiente, queda claro que al emitir la Sentencia de 13 de diciembre de 2018, ya citada, resulta evidente que esa Superioridad confrontó de manera integral la regulación impugnada con el Estatuto Fundamental** y es por ello que reiteramos nuestra postura en torno a que en la presente acción de inconstitucionalidad, se ha producido el **fenómeno de Cosa Juzgada**.

Por todo lo antes expuesto, este Despacho, respetuosamente, solicita a los Honorables Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, se sirvan declarar se ha producido el fenómeno de **COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL**.

Del Honorable Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General