

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 391

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 1 de noviembre de 2005

Proceso de
Inconstitucionalidad.

Acción de
inconstitucionalidad ejercida
por la licenciada **Nieves
Karina Cerrud Vigil**, en su
propio nombre y
representación, para que se
declaren inconstitucionales
los artículos **52** y **17** numeral
17 de la **Ley 106 de 8 de
octubre de 1973**.

Concepto de la
Procuraduría de
la Administración

Honorable Magistrado Presidente de la Corte Suprema de
Justicia. Pleno.

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

I. Las normas acusadas de inconstitucionales.

a. El artículo 52 de la Ley 106 de 8 de octubre de 1973, según el cual "En cada Municipio habrá un Tesorero Municipal escogido por el Consejo Municipal para un período de dos años y medio, el cual podrá ser reelegido."

b. El numeral 17 del artículo 17 de la Ley 106 de 8 de octubre de 1973, relacionado a la **competencia exclusiva de los Consejos Municipales** para el cumplimiento de las siguientes funciones: "17. Elegir de su seno a su presidente

y vicepresidente y **elegir** al secretario del Consejo Municipal, al subsecretario cuando proceda, **al tesorero**, al ingeniero, agrimensor o inspector de obras municipales, y al abogado consultor del municipio.”

Por razones de orden técnico, se deja en claro que aunque la demandante menciona como normas legales acusadas de inconstitucionales los artículos 52 y 17, numeral 17, de la Ley 106 de 8 de octubre de 1973, y hace referencia a la Gaceta Oficial 17,458 de 24 de octubre de 1973, el texto reproducido corresponde a los artículos 52 y 17, numeral 17, de la Ley 106 de 8 de octubre de 1973, reformados por la Ley 52 de 12 de diciembre de 1984, publicada en la Gaceta Oficial 20,214 de 29 de diciembre de 1984, normas vigentes.

II. Disposición constitucional que se estima violada y el concepto de la infracción.

La demandante considera que se ha violado de modo directo, por comisión, el numeral 8, del artículo 242 de la Constitución Política de la República de Panamá, reformada por el Acto Legislativo 1 de 27 de julio de 2004, publicada en la Gaceta Oficial 25,176 de 15 de noviembre de 2004, el cual se señala:

“Artículo 242. Es función del Consejo Municipal, sin perjuicio de otras que la Ley señale, expedir, modificar, reformar y derogar acuerdos y resoluciones municipales, en lo referente a:

1. ...

2. ...

8. La ratificación del nombramiento del Tesorero Municipal que haga el Alcalde.

9. ...

Los acuerdos municipales tienen fuerza de Ley dentro del respectivo municipio.”

El demandante explica la infracción de la norma constitucional citada, señalando la contradicción que se crea entre lo dispuesto en los artículos 52 y 17 numeral 17, de la Ley 106 de 8 de octubre de 1973, con relación a la escogencia de los Tesoreros, que según las normas legales, le corresponde a los Consejos Municipales, para que cumplan un período definido, establecido en dos años y medio, mediante elecciones indirectas en las cuales participan los Concejales, manteniendo la oportunidad de presentarse a reelección y lo dispuesto en la norma constitucional vigente, que varía la competencia del Concejo, señalándole la función de ratificar al Tesorero nombrado por el Alcalde.

Según la demandante, es menester declarar la inconstitucionalidad de los artículos 52 y 17, numeral 17, de la Ley 106 de 8 de octubre de 1973, en lo referente al Tesorero Municipal, para evitar la colisión de normas de rango legal con normas de carácter constitucional y la posibilidad de conflictos al momento de su aplicación.

III. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Mediante el Acto Legislativo 1 de 27 de julio de 2004, publicado en la Gaceta Oficial 25,176 de 15 de noviembre de 2004, se introducen reformas al articulado de la Constitución Política de la República de Panamá de 1972, reformada también por los Actos Reformatorios de 1978, por el Acto Constitucional de 1983 y los Actos Legislativos 1 de 1993 y 2 de 1994.

Entre las reformas constitucionales más recientes, debemos referirnos a la dispuesta en el Título VIII, Regímenes Municipal y Provincial, Capítulo 2º Régimen Municipal, artículo 242, que señala otras funciones a los Concejos Municipales, sin perjuicio de las dispuestas en la Ley y en específico, la dispuesta en el numeral 8 del artículo mencionado, relacionada con la expedición, modificación, reformas y derogación de los acuerdos y las resoluciones municipales, referentes a la función de ratificar el nombramiento del Tesorero Municipal, llevado a cabo por el Alcalde.

De acuerdo con el numeral 8 del artículo 242 de la Constitución Política, corresponde al Alcalde nombrar al Tesorero Municipal y al Concejo la ratificación de ese nombramiento. La variación choca con el Régimen Municipal preexistente, pues de acuerdo con el anterior artículo 239 de la Constitución la función de escoger al Tesorero correspondía al Concejo Municipal.

En este orden, el artículo 52 de la Ley 106 de 8 de octubre de 1973, modificado por la Ley 52 de 1984, vigente, señala:

“Artículo 52: En cada Municipio habrá un Tesorero Municipal escogido por el Consejo Municipal para un período de dos años y medio, el cual podrá ser reelegido.”

La comparación entre la norma constitucional reformada y la legal revela contradicciones que afectan la competencia funcional del Ejecutivo y el Legislativo Municipal, igual los

derechos subjetivos inherentes al cargo, tales como el nombramiento para un período definido en la ley y la oportunidad de reelección, y objetivamente, varía el proceso de escogencia del Tesorero y la determinación de la autoridad competente para ello. Esta incongruencia justifica nuestra adhesión al cargo presentado por la demandante.

En cuanto al numeral 17 del artículo 17 de la Ley 106 de 8 de octubre de 1973, modificado por la Ley 52 de 1984, éste dispone:

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

1. ...

17. Elegir de su seno a su presidente y su vicepresidente y elegir al secretario del Consejo Municipal, al subsecretario cuando proceda, **al tesorero**, al ingeniero, agrimensor o inspector de obras municipales y al abogado consultor del municipio;

18.”

En este caso valga advertir que la contradicción se limita a la referencia que hace la Ley 106 a la figura del Tesorero, cuando se confronta con el numeral 8 del artículo 242 de la Constitución Política de la República, reformada por el Acto Legislativo 1 de 27 de julio de 2004; porque conforme a la norma constitucional el nombramiento del Tesorero lo realiza el Alcalde y no el Concejo Municipal que ahora tiene la función de ratificar el nombramiento a cargo del Alcalde.

Conceptuamos que no se requiere de elaborados razonamientos para determinar que los artículos 52 y la parte alusiva “al Tesorero” del artículo 17, numeral 17, de la Ley

106 de 8 de octubre de 1973, reformada por la Ley 52 de 12 de diciembre de 1984, son contrarios al numeral 8 del artículo 242 de la Constitución Política de la República de Panamá, reformada por el Acto Legislativo 1 de 27 de julio de 2004.

Sin embargo, cabe aclarar que no estamos ante una contradicción ordinaria entre Constitución Política y Ley, pues se trata de una Ley preexistente a una reforma constitucional. De modo que debemos remitirnos al artículo 35 del Código Civil que dispone la regla aplicable para estos casos, como sigue:

“Artículo 35: La Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente. Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra y espíritu se desechará como insubsistente.”

La Constitución Política de la República de Panamá de 1972, tiene su cláusula derogatoria, dispuesta en el artículo 326 (antes 311), luego del Acto Legislativo 1 de 27 de julio de 2004, de la siguiente forma:

“Artículo 326: Quedan derogadas todas las Leyes y demás normas jurídicas que sean contrarias a esta Constitución, salvo las relativas a la patria potestad y alimentos, las cuales seguirán vigentes en las partes que sean contrarias a esta Constitución por un término no mayor de doce meses a partir de su vigencia.” (Subrayas de la Procuraduría de la Administración).

La cláusula constitucional derogatoria si bien es imperativa, no impide el ejercicio de la acción ni del control constitucional debido a que los efectos de la derogación y de la declaratoria de inconstitucionalidad

varían entre sí. De esta manera, aún cuando la derogatoria constitucional parezca obvia, el Tribunal debe decidir sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad por el deber que le impone el artículo 206, numeral 1, de la Ley Fundamental del Estado, tal como lo han explicado la doctrina y jurisprudencia patrias.

Sobre este punto, el Ex Magistrado de la Corte Suprema de Justicia Edgardo Molino Mola, ha sostenido:

“Todo lo expuesto demuestra que las leyes que estaban en vigor al entrar a regir una Constitución, si son contrarias a la nueva Constitución, la Corte Suprema podrá, a instancia de parte, conocer sobre su conformidad o inconformidad con la Constitución, es decir, que la derogación no es automática, requiriéndose un pronunciamiento de la Corte Suprema. Se da como se aprecia, un efecto retroactivo a todas las normas constitucionales con respecto a las leyes previas a la nueva Constitución.” (MOLINO MOLA, Edgardo. La Jurisdicción Constitucional en Panamá. Un Estudio de Derecho Comparado. Primera Edición. 1998. Pág. 439).

En el mismo orden, la Corte Suprema de Justicia, Sala Tercera, examinó ampliamente tanto la distinción entre derogación constitucional e inconstitucionalidad como la llamada cláusula derogatoria, en fallo de 27 de octubre de 1993, que se cita en lo pertinente:

I. Derogación e inconstitucionalidad: el problema de la ultraactividad de una ley inconstitucional.

La Sala Tercera de esta Corte Suprema ha establecido muy claramente la distinción entre derogación e inconstitucionalidad en la sentencia de 8 de junio de 1992. En esta sentencia, la Sala afirmó que el fenómeno de la

derogación de un reglamento o de una ley es distinto al de la inconstitucionalidad de los mismos. En el segundo caso cesa la vigencia de la ley por ser incompatible con una norma de jerarquía constitucional y la declaratoria de inconstitucionalidad produce la nulidad (ex nunc en Panamá) de la norma legal o reglamentaria, mientras que en la derogación ésta pierde su vigencia, en la concepción tradicional por un mero cambio de voluntad legislativa o ejecutiva, respectivamente, o en concepciones más modernas, en razón de la inagotabilidad de la potestad legislativa. La derogación procede, pues, de un juicio de oportunidad política y no de un juicio de validez normativa como lo es la declaratoria de inconstitucionalidad; y, por último, la declaración de inconstitucionalidad de una ley o de un reglamento corresponde privativamente a la Corte Suprema, mientras que la derogación de una ley es realizada por otra ley, y, por lo tanto, puede y debe ser aplicada por cualquier juez.

La Sala debe aclarar el sentido del artículo 311 de la Constitución, que contiene lo que en el derecho comparado se llama la cláusula o disposición derogatoria. Esa norma dispone, como es usual en muchas constituciones, que 'quedan derogadas todas las leyes y demás normas que sean contrarias a esta Constitución'. En general, se estima que ésta sólo es aplicable a las leyes preconstitucionales, pero hay quienes sostienen que éstas al ser incompatibles con una norma constitucional posterior están afectadas por una inconstitucionalidad sobrevenida (solución italiana), que han sido derogadas (solución alemana) o bien se ha adoptado una solución ecléctica, como en España en donde el Tribunal Constitucional ha señalado, en sentencia del 2 de febrero de 1981, que cabe tanto la inaplicación por derogación en el caso concreto por los tribunales ordinarios como la declaración de inconstitucionalidad pronunciada por él mismo con efectos

erga omnes (cfr. Jérôme Tremeau, "La caducité des lois incompatibles avec la Constitution", publicado en *Annuaire International de Justice Constitutionnelle* 1990, Editorial *Economica-Presses Universitaires D'Aix-Marseille*, París y Aix-en-Provence, 1992, págs. 219 a 316).

De esa norma constitucional no puede entenderse que el efecto de la inconstitucionalidad es la derogación. Es claro que las normas legales posteriores a la Constitución que sean incompatibles con ésta son inconstitucionales, y en esto no hay discusión. Sólo con respecto a las leyes preconstitucionales la hay. En Panamá seguimos, con respecto a las leyes anteriores a la Constitución de 1972, una tesis similar a la ecléctica que se ha adoptado en España: la Corte Suprema ha declarado inconstitucionales leyes preconstitucionales y ésta ha sido la tesis predominante, pero la Sala Tercera de la Corte Suprema reconoció, en la sentencia de 25 de mayo de 1992, que el artículo 534 del Código Fiscal (según el cual el arancel de importaciones sólo puede ser modificado por ley formal) había sido derogado tácitamente por el artículo 195 de la Constitución que facultó al Consejo de Gabinete para modificar el arancel de importación y aplicó al caso concreto la norma constitucional y no la norma legal derogada. La Sala aclaró, sin embargo, que sólo una Sala de la Corte Suprema puede desaplicar en un caso concreto una ley por considerar que ha sido derogada por la Constitución.

La Sala agregó en la sentencia de 8 de junio de 1992, que de esas diferencias se desprende que al ser derogada una ley puede ser aplicada en razón de su ultraactividad según lo previsto en los artículos 30, 31 y 32 del Código Civil, pero no ocurre así con una ley que ha sido declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia, pues la norma inconstitucional 'es nula y no puede ser aplicada por el juez aunque estuviese vigente al momento en que se

produjo el hecho cuyos efectos ahora se determinan'. DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE NULIDAD, INTERPUESTA POR EL LICDO. DIÓGENES DE LA ROSA, EN REPRESENTACIÓN DE VIELKA ROSALES DE SÁENZ, ALCALDESA DEL DISTRITO DE ARRAIJÁN, PARA QUE SE DECLARE NULO POR ILEGAL, EL ARTICULO SEGUNDO DEL ACUERDO NO. 22 DE 21 DE MAYO DE 1990, DICTADO POR EL CONSEJO MUNICIPAL DEL DISTRITO DE ARRAIJÁN. MAGISTRADO PONENTE: ARTURO HOYOS. PANAMÁ, VEINTISIETE (27) DE OCTUBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES (1993). CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA TERCERA (CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA).

Estas razones justifican que la demandante haya solicitado se declare la inconstitucionalidad de los artículos 52 y 17, numeral 17, de la Ley 106 de 8 de octubre de 1973, modificada por la Ley 52 de 12 de diciembre de 1984, a pesar que estamos ante una derogación constitucional por ser normas evidentemente contrarias a la Constitución Política reformada en el año 2004.

Por todo lo expuesto esta Procuraduría solicita a los Honorables Magistrados que integran el Pleno de la Corte Suprema de Justicia se sirvan declarar **INCONSTITUCIONALES** el artículo 52 de la Ley 106 de 8 de octubre de 1973, modificado por la Ley 52 de 12 de octubre de 1984; y, la frase "al Tesorero", del numeral 17, del artículo 17, de la Ley 106 de 8 de octubre de 1973, modificada por la Ley 52 de 1984.

Pruebas: Se aducen las Gacetas Oficiales 25,176 del lunes 15 de noviembre de 2004 y 20,214 de 29 de diciembre de 1984.

Derecho: Constitución Política de la República de Panamá reformada por el Acto Legislativo 1 de 27 de julio de 2004, artículo 206 numeral 1, 242 numeral 8 y 326.

Del Honorable Magistrado Presidente,

**Oscar Ceville
Procurador de la Administración**

OC/9/mcs

Alina Vergara de Chérigo
Secretaria General, a.i.