

PROPUESTA DE REFORMA O ADICION DEL ARTICULO 258 DE LA CONSTITUCION NACIONAL.

Quien suscribe, JUAN CARLOS HENRIQUEZ CANO, portador de la cédula de identidad personal No. 7-93-601, abogado en ejercicio, concurre ante entidad, con la finalidad de presentar formalmente una propuesta de modificación o adición del Artículo 258 de nuestra Carta Magna.

El artículo 258 de la Constitución Nacional comprende lo que en doctrina se define como BIENES DE DOMINIO PUBLICO DEL ESTADO, que son aquellos que gozan de los atributos de **inajenabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad**, y tal como el propio artículo señala, "no pueden ser objeto de apropiación privada". Dichos bienes son sustancialmente opuestos a los comprendidos en el artículo 254 de la Carta Magna que vienen a constituir los Bienes Patrimoniales o privados del Estado, que si bien son enajenables, no pueden ser objeto de prescripción adquisitiva por particulares aunque éstos gocen la tenencia u ocupación de los mismos por un tiempo determinado.

NORMA ACTUAL

ARTICULO 258. "Pertenece al Estado y son de uso público, y por consiguiente, **no pueden ser objeto de apropiación privada**:"

1. El mar territorial y las aguas lacustres y fluviales, las playas y riberas de las mismas y de los ríos navegables, y los puertos y esteros. Todos estos bienes son de aprovechamiento libre y común, sujetos a la reglamentación que establezca la Ley.
2. Las tierras y las aguas destinadas a servicios públicos y a toda clase de comunicaciones.
3. Las tierras y las aguas destinadas o que el Estado destine a servicios públicos de irrigación, de producción hidroeléctrica, de desagües y de acueductos.
4. El espacio aéreo, la plataforma continental submarina, el lecho y el subsuelo del mar territorial.
5. Los demás bienes que la Ley defina como de uso público.
En todos los casos en que los bienes de propiedad privada se conviertan por disposición legal en bienes de uso público, el dueño de ellos será indemnizado"

PROPUESTA.

Sugerimos adicionar lo siguiente:

"Los bienes de uso o de dominio público son imprescriptibles, inadjudicables e inembargables y solamente podrán ser desafectados de esta condición a través de una reforma del estatuto legal que los creó.

No obstante lo anterior, los bienes del Estado, de cualquier clase o naturaleza que sean, podrán ser embargados cuando se trate de hacer efectivo el reconocimiento de derechos fundamentales".

BREVE EXPLICACION DE ESTA PROPUESTA.

A. El tema de la Desafectación de Bienes de Dominio Público, para ser aprovechados por los particulares no solamente mediante el otorgamiento de Concesiones Administrativas en las cuales éstos solamente tienen derecho a la explotación, usufructo y goce de dicha Concesión, mas no la PROPIEDAD de tales bienes, sino también a la posibilidad de adjudicación privada de tales bienes otrora del Estado, ha sido sometido en varias ocasiones al escrutinio de nuestra Corte Suprema de Justicia, cuyos pronunciamientos ni han sido uniformes, ni han representado una solución definitiva a esta discusión de vital importancia para la Nación; antes por el contrario, se externa una inteligencia oscilante sobre el particular.

Antes de exponer algunos pronunciamientos de nuestro más alto Tribunal de Justicia, debemos consignar que los BIENES DE DOMINIO PUBLICO, tal como se ha dejado señalado en la transcripción del Artículo 258 de la carta fundamental, no solamente tienen su origen en la Constitución como es el caso de los numerales que van del 1 al 4 de la excerta citada, sino que ese mismo cuerpo de leyes permite que una ley de inferior jerarquía (Ley, Decreto – Ley, Decreto de Gabinete, Decreto Ejecutivo y otros) convierta en BIENES

DE DOMINIO PUBLICO, los que anteriormente eran considerados bienes patrimoniales del Estado o simplemente aquellos que eran de naturaleza privada o de los particulares. Por ello, en nuestra propuesta se indica que la Desafectación, que no es más que el medio o instrumento jurídico empleado por la administración pública para que un Bien de Dominio Público, deje de tener esta característica y, en consecuencia, ser susceptible de apropiación privada, debe corresponder con la expedición de un acto de la misma fuerza o naturaleza del que creó tales bienes. Así, si los BIENES DE DOMINIO PUBLICO han sido creados por la CONSTITUCION POLITICA (como es el caso de los numerales que van del 1 al 4 del Artículo 258 de la C.N.) solamente a través de un acto Constitucional podrán ser Desafectados; en otro extremo, si estos BIENES DE DOMINIO PUBLICO han sido creados mediante un acto legislativo o del ejecutivo, la Desafectación de los mismos tendrá que derivarse de un acto de la misma condición legal. Esto es lo que se denomina en Derecho, la **JERARQUIA FORMAL** de las normas jurídicas.

Pero volviendo al tema de los diversos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia sobre este particular y sólo a guisa de ejemplo tenemos los siguientes:

1. En la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 30 de diciembre de 2004 que declaró la INCONSTITUCIONALIDAD del inciso final del Artículo 2 de la Ley No. 5 de 15 de abril de 1988, se dijo de manera convincente y contundente:

“...esta Corporación de Justicia puede manifestar, entre otras cosas, que **los bienes de dominio público no deben perder tal carácter por el solo hecho de que se dé una Concesión Administrativa o cualesquiera otras, lo correcto es que se desafecten a través de una ley de igual jerarquía a la que los creó como tal.**

"Si se está rellinando un bien de dominio público como lo es el lecho marino, no es coherente indicar que estos rellenos automáticamente se transforman en bienes patrimoniales. De ser así, el Estado perdería una de sus más importantes potestades, como lo es la disposición que tiene el anterior con respecto de los bienes de dominio público.

"Si el Estado permite que los rellenos que se hagan sobre bienes de dominio público sean propiedad privada, estará perdiendo parte del patrimonio y de los elementos constitutivos del Estado, como lo es el mar territorial, playas, el lecho marino, etc.

"En vista de que el relleno formará parte del bien principal, el primero debe correr con la misma suerte de aquél (el principal); tal como refleja el viejo adagio romano que indica que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, si el bien es de dominio público, el relleno hecho sobre éste también lo es; si ese bien es dado en concesión de acuerdo a los requisitos que la Ley establece, ambos deberán revertir al Estado.

" (....) Debido a la importancia que implica lo anterior, una norma de cualquier rango legal no debe transformar los bienes de dominio público, en privados"

De conformidad con el criterio anteriormente indicado, la única forma de DESAFECTAR estos Bienes de Dominio Público y permitir que los mismos entren a formar parte del patrimonio de los particulares, es a través de una Reforma Constitucional en la cual dichos bienes sean exorcizados o dejados de ser considerados de uso o dominio público. Criterio el cual compartimos absolutamente.

2. En la Sentencia de Constitucionalidad del día 11 de diciembre de 2006, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia señaló:

"...como consecuencia de la certeza jurídica de la existencia de la figura de la **DESAFECTACION**, el Estado puede, a través de un acto de la administración, tales como leyes, decretos leyes, resoluciones de gabinete, como en el presente caso, a través de un Contrato de Concesión Administrativa, autorizar la desafectación de bienes de dominio público para convertirlos en bienes patrimoniales y transferirlos en propiedad privada. Esto puede hacerlo el Estado, como en el caso en estudio, para retribuir a un concesionario como contraprestación por su inversión en la construcción de una obra pública".

Vemos pues, que en un vértice diametralmente opuesto al asido en la Sentencia Constitucional del día 30 de diciembre de 2004 (y a menos de dos años), la Corte Suprema de Justicia, nos sorprende afirmando que no solamente es mediante un Acto Constitucional que se pueden DESAFECTAR bienes de dominio público consagrados en la Constitución Política de Panamá, sino a través de una serie variopinta de actos de gobierno (ley, decretos leyes, decretos de gabinete, etc.) e incluso se atrevió a sentenciar que también mediante un simple Contrato de Concesión Administrativa celebrado entre el Estado y un particular, pueden desincorporarse bienes de la categoría de bienes de dominio público los cuales, por su propia naturaleza, son inadjudicables.

3. En la Sentencia Constitucional de 26 de junio de 2007, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia señaló sobre este mismo punto:

"Recapitulando las explicaciones formuladas, **podemos indicar que es claro que no existe una sola forma de desafectar bienes de dominio público, sino más de una. Ello se debe en gran medida al tipo de bien que se ha de desafectar, de si el mismo es natural o artificial, si ha sido creado por la Constitución Nacional o por normas de menor jerarquía.** (...) Ante este hecho, la frase anteriormente citada incurre en lo que podríamos denominar una doble violación de la Constitución Nacional, ya que no sólo está imponiendo la facultad de desafectar los bienes de dominio público en una sola entidad o a través de una sola fórmula, sino que además, **pretende tratar de igual forma la desafectación de los bienes creados por la Carta Magna como los dispuestos por normas de menor rango,** aún cuando hemos concluido que la desafectación de unos y otros no puede hacerse a través de los mismos métodos, **toda vez que los**

primeros solo podrían ser desafectados a través de una reforma constitucional"

Observamos que en este pronunciamiento, la Corte Suprema de Justicia pretende justificar la vacilación y titubeo cometido con el fallo del día 11 de diciembre de 2006, pero felizmente arriba a una conclusión muy lógica: que los bienes de dominio público consagrados en la Constitución Política y que son calificados por tales por disposición expresa de dicho ordenamiento superior, únicamente pueden perder este carácter de dominio público mediante una acción Constitucional y no mediante la expedición de una ley, un decreto ejecutivo o cualquier otra norma de inferior jerarquía.

Esta demarcación conceptual evitaría que personeros del gobierno intenten afanosamente privar al Estado de su patrimonio el cual está destinado a un uso colectivo o común. Evitaría al mismo tiempo que nuestros diputados aprueben leyes cuyo contenido previamente ha sido declarado INCONSTITUCIONAL, *verbi gracia:* el Artículo 2-A de la Ley No. 5 de 18 de abril de 1988, tal como ha quedado adicionado por el Artículo 30 de la Ley No. 76 de 15 de noviembre de 2010:

"Artículo 30. Se adiciona el Artículo 2-A de la Ley 5 de 1988 así:

Artículo 2-A: El Estado podrá pactar con el concesionario la construcción y habilitación **de las nuevas áreas de terreno que resulten del relleno del lecho marino** u otros medios para desarrollos habitacionales o comerciales, de modo que las nuevas fincas así creadas puedan garantizar el funcionamiento del proyecto y/o amortizar el monto total recuperable de la concesión.

En estos casos, previo consentimiento de la entidad licitante, **las nuevas fincas resultantes deberán ser desafectadas e inscritas como bienes patrimoniales de la nación mediante resolución del Consejo de Gabinete, y traspasadas al concesionario** o, según sea el caso, a un fideicomiso de administración y garantía, en ambos casos para los fines de la concesión.

Las nuevas fincas que sean traspasadas al concesionario o a un fideicomiso, según lo establecido en el párrafo anterior, podrán ser utilizadas como garantía de las facilidades de financiamiento de la concesión y ser vendidas para los fines de la concesión mediante

subasta privada, bajo la fiscalización del Ministerio de Economía y Finanzas, conforme a las siguientes reglas:

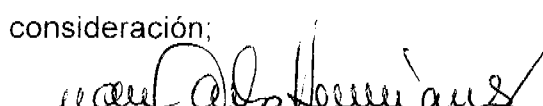
1. El concesionario dirigirá y administrará el proceso de la subasta privada, la cual podrá ser mediante convocatoria al público en general (subasta abierta) o por invitación directa con base en una lista corta (subasta cerrada).
2. El procedimiento de subasta será creado por el concesionario y puesto en conocimiento de los participantes y del Ministerio de Economía y Finanzas y estará orientado a garantizar la transparencia de las ofertas y la eventual adjudicación de las fincas a precios de mercado. La subasta podrá convocarse **para ventas individuales de fincas o grupos de fincas, a criterio del concesionario**. En cada caso, el precio base de la subasta será fijado por el concesionario.
3. El Ministerio de Economía y Finanzas podrá asistir a las reuniones que se celebren en relación con la subasta con los posibles interesados. También podrá solicitar información al concesionario sobre el proceso para fines de fiscalización.
4. En caso de que, luego de dos intentos de subasta abierta, ésta sea declarada desierta por falta de ofertas o por haberse recibido ofertas por debajo del precio base de la subasta, el concesionario podrá vender a terceros la finca o las fincas en cuestión, sin necesidad de convocar a subasta. Para los fines de este numeral, entre una y otra subasta sobre los mismos bienes deberán transcurrir por lo menos treinta días.
5. El Estado, por conducto del Ministerio de Economía y Finanzas, podrá adquirir fincas del concesionario en los casos y para los fines pactados en el contrato de concesión correspondiente”.

Este tema, como ustedes podrán observar, ya había sido objeto de pronunciamiento por la Corte Suprema de Justicia, al resolver Demanda de Inconstitucionalidad decidida el día 30 de diciembre de 2004. En aquella oportunidad se denunció la inconstitucionalidad de la frase final del Artículo 2 de la Ley No. 5 de 15 de abril de 1988 sobre Concesiones Administrativas que trataba precisamente del mismo tema y situación traída nuevamente por el adicionado Artículo 2-A de la Ley No. 5 de 1988 (mediante la Ley No. 76 de 2010) , es decir, la posibilidad de que el Estado le otorgara en propiedad privada a los particulares los terrenos que fuesen objeto de rellenos sobre el Mar Territorial, playas o riberas de éstas, salvo que en esta novísima ocasión la redacción ha sido más compleja que la dibujada en la disposición anterior.

B. En cuanto al inciso final sugerido, es decir, la posibilidad de que los Bienes del Estado sean susceptibles de ser embargados cuando esté en juego el reconocimiento de otro Derecho Fundamental consagrado en la Constitución, sostenemos que el principio de la inembargabilidad de los bienes del Estado no es ni debe ser absoluto y debe sufrir una excepción de origen u orden constitucional cuando se trata de hacer efectivos otros derechos fundamentales. Por ejemplo: consideramos que en materia laboral, la inembargabilidad de los bienes del Estado tiende a desconocer el principio de la igualdad material al convertirse en un obstáculo para el ejercicio del derecho, sobre todo si consideramos que EL TRABAJO está específicamente contemplado en nuestra Constitución Política como un Derecho Individual y tiene una especial protección debido a su valor fundatorio del Estado social de Derecho.

Cuando se trata de los derechos de los trabajadores, el principio de la inembargabilidad de los bienes del Estado debe sufrir dicha excepción por cuanto dicha inembargabilidad siempre responde a un criterio de seguridad presupuestal, que vela por la existencia de recursos, que también son de interés general, pero jamás servir de título o cortapisa contra la validez y eficacia de otro derecho de igual jerarquía. De esta forma se evitaría el carácter de ilusorio que tendrían las sentencias o actos administrativos en tratándose del cumplimiento de obligaciones laborales contraídas por el Estado o sus instituciones.

Sin otro particular, quedo de ustedes, con la muestra de mi más alta consideración;


JUAN CARLOS HENRIQUEZ CAÑO.

7-93-601.

Abogado.

Tels: 227-7608/15/23.

Cel: 6613-6781