



República de Panamá
Procuraduría de la Administración

Panamá, 20 noviembre de 2023.
Nota C-168-23

José Simpson Polo
Ministro de la Presidencia
Ciudad.

Ref.: Viabilidad jurídica de derogar una ley que aprueba un contrato entre la nación y un concesionario para el desarrollo de una actividad económica (minería).

Señor ministro:

Me dirijo a su Despacho, en ocasión de dar respuesta a la Nota No.471-2023-DM de 15 de noviembre de 2023, mediante la cual solicita la opinión de este Despacho con relación a la viabilidad jurídica de derogar la Ley que aprueba un contrato entre la Nación y un concesionario para el desarrollo de una actividad económica (minería).

I. La consulta:

“¿Es jurídicamente procedente derogar una Ley que apruebe un contrato entre la nación y un concesionario para el desarrollo de una actividad económica, en este caso la Ley 406 de 20 de octubre de 2023, que es producto de la negociación y el acuerdo de voluntades entre el Estado y la empresa concesionaria, que únicamente fue sometida a la consideración de la Asamblea Nacional, conforme lo dispuesto en el numeral 15 del artículo 159 de la Constitución Política de la República para su aprobación o improbación, previa consulta ciudadana, aprobación por parte del Consejo de Gabinete, conforme la facultad de que otorga a este organismo consultivo el numeral 3 del artículo 200 constitucional?”

II. Criterio de la Procuraduría:

Con relación a lo consultado es la opinión de este Despacho, que no es jurídicamente viable derogar la Ley N°.406 de 20 de octubre de 2023, toda vez que ello excedería los **límites de la función legislativa** atribuida a la Asamblea Nacional, por el numeral 15 del artículo 159 de la Constitución Política de la República, que atañe exclusivamente al **control político previo** de las actuaciones de la Administración Pública en esta materia, mediante la **aprobación o improbación** del contrato previamente negociado y acordado por el Órgano Ejecutivo, en ejercicio de sus funciones administrativas y el concesionario; previo el cumplimiento de los mecanismos de control social y fiscal que contempla el ordenamiento jurídico.

A juicio de este Despacho, la derogatoria por vía legislativa de la ley aprobatoria de un contrato-ley, una vez ésta hubiere entrado en vigor, podría implicar una intromisión en funciones privativas del Órgano Judicial; toda que, una vez la ley aprobatoria ha adquirido vigencia, solamente podría perderla válidamente como consecuencia de una declaratoria de inconstitucionalidad proferida por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, por ser la autoridad a la cual el texto constitucional atribuye la “guarda de la integridad de la Constitución”.

Es decir, si bien es cierto que el legislador en ejercicio de la función legislativa que le confiere la Constitución Política de la República puede, por regla general, derogar las leyes emanadas de la Asamblea Nacional; no lo es menos que, como toda regla general, dicha posibilidad admite excepciones que nos lleva a concluir que dicho órgano del Estado, **no puede derogar cualquier ley**, tal y como se explica a continuación. Veamos:

A. Antecedentes.

La consulta que se nos formula, se enmarca dentro de la compleja situación política y social surgida en nuestro país, tras la aprobación de la Ley N°.406 de 20 de octubre de 2023, promulgada en la Gaceta Oficial 29, 894-A, de igual fecha, por la cual se aprueba el contrato de concesión minera celebrado entre el Estado panameño y la empresa Minera Panamá, S.A., previamente negociado y acordado entre las partes y, refrendado por la Contraloría General de la República.

En este contexto, destacan como hitos que explican la razón de ser de esta consulta los siguientes:

- El Consejo de Gabinete dictó la Resolución de Gabinete N°.124 de 29 de octubre de 2023, promulgada en la Gaceta Oficial 29,900 de 30 de octubre de 2023, por la cual se aprueba el Proyecto de Ley sometido a su consideración, por el Ministerio de Comercio e Industrias, para prohibir el otorgamiento de nuevas concesiones para la explotación, extracción, transporte y beneficio de minería metálica en todo el territorio nacional, y así mismo, autoriza al titular de esa entidad ministerial para presentar dicha iniciativa de ley a la Asamblea Nacional.
- Por su parte, el Órgano Ejecutivo mediante el Decreto Ejecutivo N°.210 de 30 de octubre de 2023, promulgado en la Gaceta Oficial 29,900-B de esa fecha, por conducto del Ministerio de la Presidencia, dado que habían culminado las dos (2) legislaturas ordinarias correspondientes al año 2023, convocó al Órgano Legislativo a sesiones extraordinarias desde el miércoles 1 al jueves 2 de noviembre, inclusive, con la finalidad de considerar la discusión de dos proyectos de ley, entre estos, el que prohíbe el otorgamiento de nuevas concesiones para la explotación, extracción, transporte y beneficio de minería metálica en todo el territorio nacional.
- Dicho proyecto, identificado como Proyecto N°.1110 y radicado en la Comisión de Comercio y Asuntos Económicos, fue aprobado en primer debate el 31 de octubre de 2023. En esa fase y en el marco su discusión, se introdujo la modificación del artículo 1, declarando una moratoria indefinida para el otorgamiento de concesiones mineras; se modificó el título y se incluyeron cuatro artículos nuevos, a través de los cuales se derogaría la Ley N°.406 de

2023, que aprueba el contrato de concesión minera celebrado entre el Estado y la empresa Minera Panamá, S.A.

- El artículo 6, propuesto por la Comisión y aprobado en segundo debate, establecía la derogatoria de la Ley N°.406 de 2023; sin embargo, dentro del proceso legislativo que se surtió, se decidió devolver el proyecto a segundo debate para eliminar dicho artículo; lo que condujo a la expedición del Decreto Ejecutivo N°.214 de 2 de noviembre de 2023, por el cual se extiende la convocatoria a sesiones extraordinarias hasta el 3 de noviembre siguiente.
- La aprobación por el Pleno de la Asamblea Nacional, del referido proyecto de Ley, en segundo y tercer debate, y su posterior sanción por el Órgano Ejecutivo, dio lugar a la Ley N°.407 de 3 de noviembre de 2023, promulgada en la Gaceta Oficial 29,904 de la misma fecha, siendo así que la Ley N°.406 de 2023, aprobatoria del contrato, se mantiene vigente.

Tal como lo indica su misiva, la entrada en vigencia de la Ley N°.406 de 2023 ha ocasionado diversos tipos de manifestaciones y protestas, así como la presentación de demandas de inconstitucionalidad, contra la misma y el aludido contrato de concesión minera; siendo que el pasado 9 de noviembre, uno de los grupos manifestantes presentó al Ministerio de la Presidencia una nota dirigida al presidente de la República, por la cual se solicita la derogación de la Ley N°.406 y adjuntan copia de un anteproyecto presentado el 8 de noviembre, en la oficina de participación ciudadana de la Asamblea Nacional, con dicho propósito.

De allí que, en esta oportunidad, sea requerida la opinión de este Despacho sobre la viabilidad jurídica de dicha iniciativa legislativa, habida cuenta que la Ley N°.406 de 2023 aprueba un contrato entre la nación y un concesionario para el desarrollo de una actividad económica (minería); que es producto de la negociación y el acuerdo de voluntades entre el Estado y la empresa concesionaria, que fue sometida a la consideración de la Asamblea Nacional, conforme lo dispuesto en el numeral 15 del artículo 159 de la Constitución Política de la República, para su aprobación o improbación.

B. Consideraciones en torno a la naturaleza del contrato ley y alcance de la función legislativa con relación a éstos.

1. Naturaleza del contrato ley.

El numeral 18 del artículo 2 del Texto Único de la Ley N°.22 de 27 de junio de 2006, que regula la contratación pública en Panamá, ordenado por la Ley N°.153 de 2020, define el “Contrato Público”, como: *“el Acuerdo de voluntades, celebrado conforme a derecho, entre dos entidades estatales o un ente estatal en ejercicio de la función administrativa y un particular, sea persona natural o jurídica o consorcio o asociación accidental, nacional o extranjero, del cual surgen derechos y obligaciones para ambas partes y cuya finalidad es de carácter público.”*

Por su parte, el Dr. Harley James Mitchel D., en su obra: “Introducción al Estudio de la Ley”, define la Ley, en los términos siguientes:

“Ley es la norma general que se expide por el Órgano Legislativo de conformidad con los procedimientos establecidos en la Constitución y la Ley. Las leyes elaboradas y aprobadas según las disposiciones constitucionales por el Parlamento,

se denominan *leyes formales* por ser tramitadas por el Órgano Legislativo y *ley en sentido material* por su contenido general.

La distinción básica entre la ley y las otras categorías jurídicas secundarias es que la ley emana del Órgano Legislativo. La diferencia no está en el contenido normativo, sino en la autoridad que las elabora, pues, todas estas normas secundarias tienen, en principio un contenido que se caracteriza por su naturaleza de regla general.

También podemos decir, en sentido amplio, que las normas legales son disposiciones que tienen fuerza o valor de ley, ya sea que emanen del Congreso o Gobierno. Cubre o se extiende este principio, tanto a la ley en sentido estricto, como los Decretos del Gobierno que tienen esta naturaleza.' (Imprenta de la Universidad de Panamá, Panamá, 1999, Pág. 43) (El subrayado es de la Corte)¹"

Tal como en su momento mencionara este Despacho, en opinión vertida mediante la Nota C-020-22 de 10 de febrero de 2022, dirigida al entonces Ministro de Comercio e Industrias, Ramón Martínez de La Guardia, en sentencia de 29 de julio de 2008, dictada por la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, dicho alto tribunal de justicia, se refirió a la *naturaleza jurídica del contrato suscrito entre el Estado y Minera Petaquilla, S.A.* Dicho pronunciamiento, precisa los elementos diferenciadores que permiten distinguir al contrato de concesión de una ley formal, los cuales resumimos así:

- Las estipulaciones de un *contrato vinculan a las partes que lo suscriben y son de obligatorio cumplimiento entre estas*, en tanto que la ley, en sentido material, tiene *efectos erga omnes*, es decir, su ámbito de aplicación es general.
- El contrato público no tiene el carácter ni jerarquía de ley formal, toda vez que éste *se perfecciona con la manifestación de voluntad de los sujetos contratantes* (en el caso específico que nos ocupa, el Ministerio de Comercio e Industrias, por parte del Órgano Ejecutivo y la empresa, por conducto de su representante legal), sin que la voluntad del Órgano Legislativo interviniera en su formación.

¹Citado en sentencia de 29 de julio de 2008, dictada por la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, dentro de la Advertencia de Ilegalidad interpuesta por el Licdo. Giovanni Olmos Espino en representación de Petaquilla Gold, S.A., contra los artículos 3, 4, 5 y 6 del Decreto Ejecutivo N°.209 de 5 de septiembre de 2006, por medio del cual se reglamenta el capítulo II del Título IV de la Ley N°.41 de 1 de julio de 1998, General de Ambiente de la República de Panamá. Ponente: Adán Arnulfo Arjona L.

La actuación de la Asamblea Nacional en este caso se limita a autorizar o aprobar el contrato como *formalidad externa para su eficacia*, sin que por ello deba entenderse que dicho Órgano sea parte en el contrato.

De allí que las cláusulas que integran el contrato de concesión no puedan ser modificadas por el Legislador, toda vez que, de acuerdo con las normas generales contenidas en la Ley de Contrataciones Públicas, dicha facultad corresponde a los sujetos que intervinieron en la formación de la voluntad.

- El contrato de concesión *requiere el refrendo de la Contraloría General de la República como requisito de eficacia*. Siendo ello así, es claro que si el contrato tuviera jerarquía de ley no sería necesaria la intervención de la Contraloría, pues esta entidad no refrenda leyes.²

La mencionada sentencia de 29 de julio de 2008 concluye, en concordancia con los planteamientos externados por del Dr. Mitchel D., en el texto doctrinal anteriormente citado, precisando que el acto que tiene carácter de ley, es el acto de la Asamblea consistente en aprobar o improbar los contratos en los cuales sea parte o tenga interés el Estado, a que alude el numeral 15 del artículo 159 de la Constitución; mismo que reviste el carácter de ley orgánica, no así el contrato de concesión.

De las consideraciones anteriores se desprende con meridiana claridad que, el contrato ley, es por naturaleza un contrato administrativo, celebrado conforme a derecho entre una entidad estatal, en ejercicio de una función administrativa y un particular, del cual surgen derechos y obligaciones que son de obligatorio cumplimiento para ambas partes, cuya finalidad es de carácter público; el cual, para su perfeccionamiento, requiere el cumplimiento de formalidades externas, establecidas en normas jurídicas de rango constitucional, a saber, el refrendo de la Contraloría General de la República y su posterior aprobación o improbación, por la Asamblea Nacional, en ejercicio de la función legislativa.

2. Naturaleza y alcance de la función legislativa, con relación a los contratos leyes.

Con relación a los contratos en los que sea parte la nación, la Asamblea Nacional, de conformidad con lo dispuesto en los numerales 14 y 15 del artículo 159 de la Constitución Política de la República, puede ejercer dos funciones específicas. Veamos:

“**ARTICULO 159.** La función legislativa, es ejercida por medio de la Asamblea Nacional y consiste en expedir las leyes necesarias para el cumplimiento de los fines y el ejercicio de

²De conformidad con el numeral 2 del artículo 280 constitucional, concordante con el numeral 2 del artículo 1 de la Ley N°:32 de 8 de noviembre de 1984, Orgánica de la Contraloría General de la República. Corresponde a la Contraloría General de la República “*Fiscalizar y regular, mediante el control previo o posterior, todos los actos de manejo de fondos y otros bienes públicos, a fin de que se realicen con corrección, según lo establecido en la Ley*”; de lo que se infiere que dicha entidad intervine en el perfeccionamiento del contrato de concesión, en ejercicio del **control fiscal de los actos de manejo la administración pública.**

las funciones del Estado declaradas en esta Constitución y en especial para lo siguiente:

(...)

14. Decretar las normas relativas a la celebración de contratos en los cuales sea parte o tenga interés el Estado o algunas de sus entidades o empresas.

15. Aprobar o improbar los contratos en los cuales sea parte o tenga interés el Estado o alguna de sus entidades o empresas, si su celebración no estuviere reglamentada previamente conforme al numeral catorce o si algunas estipulaciones contractuales no estuvieren ajustadas a la respectiva Ley de autorizaciones.

(...).”

Tal como se expresa en el concepto vertido por la Procuraduría de la Administración en la Vista Número 1962 de 1 de noviembre de 2023, haciendo alusión a los planteamientos doctrinales externados por el autor Vladimiro Naranjo Mesa, en su obra Teoría Constitucional e Instituciones Políticas, “(...) *la atribución que le corresponde a la Asamblea Nacional para aprobar o improbar los contratos en los cuales sea parte o tenga interés el Estado o alguna de sus entidades o empresas, tiene que ver con lo que en la doctrina se conoce como ‘el poder del control político’ el cual consiste, ‘en otro de los poderes fundamentales del Parlamento’ y que es de ‘carácter eminentemente político’ en otras palabras es ‘ejercer control sobre el gobierno, a nombre de la opinión pública*”³.

En lo que atañe a la naturaleza de la función legislativa desplegada por la Asamblea Nacional con fundamento en el numeral 15 del artículo 159 de la Constitución Política, la sentencia de 21 de diciembre de 2017, citada en opinión vertida por este Despacho mediante la Nota C-020-22, señala:

“En este sentido, vale recordar que el numeral 15 del artículo 153 -de acuerdo a la numeración de la Constitución a la fecha de la aprobación del Contrato impugnado- (hoy artículo 159), establece entre las funciones legislativas de la Asamblea, la de “Aprobar o improbar los contratos en los cuales sea parte o tenga interés el Estado o alguna de sus entidades o empresas, si su celebración no estuviera reglamentada previamente conforme al numeral catorce o si algunas estipulaciones contractuales no estuvieren ajustadas a la respectiva Ley de autorizaciones”.

La redacción de la norma no deja margen de duda de que la Asamblea Nacional, ciertamente está facultada para

³Vista Número 1962 de 1 de noviembre de 2023, por la cual la Procuraduría de la Administración emite concepto dentro de la demanda de inconstitucionalidad promovida, por el licenciado Juan Ramón Sevillano Callejas, actuando en su propio nombre, en contra del artículo 1 de la Ley N.º.406 de 20 de octubre de 2023, aprobada por la Asamblea Nacional y publicada en Gaceta Oficial 29894-A de 20 de octubre de 2023.

“aprobar o improbar los contratos en los tenga interés el Estado”.

(...)

Esta atribución legislativa por su naturaleza es una de las de mayor importancia y atención que ejerce dicho poder del Estado(*sic*), ya que como se ha dicho la aprobación o no de estos contratos por regla general tiene lugar con relación a actividades económicas de vital trascendencia para el desarrollo nacional y local, de ahí que la Asamblea Nacional esté compelida a ejercer esta facultad teniendo en cuenta que la aprobación da eficacia jurídica al contrato, **de ahí que el aprobar o no el mismo deba ser el resultado de la verificación previa de las formas del contrato en cuanto a si cumple con las exigencias constitucionales y legales relativas a su conformación.**

En ese sentido, el ejercicio de la atribución que comentamos al calificar y dar por bueno un contrato elevándolo a Ley, cuando se trata de la concesión de derechos para el aprovechamiento y explotación de yacimientos mineros, es todavía mucho más exigente dado los riesgos que supone la actividad minera y los derechos e intereses en juego (derechos relacionados con la protección del ambiente [art. 118 constitucional y 11 del Protocolo de San Salvador], la disponibilidad y calidad de las aguas [118, y 110 numeral 4 en concordancia con los arts. 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales], la salud [art. 109 constitucional], vida e integridad de las personas y la garantía de efectividad de estos derechos [art. 17 constitucional], de quienes habitan las áreas en torno al yacimiento o que se abastecen o nutren de sus recursos naturales, frente a derechos relacionados con la garantía de la propiedad privada, la libertad empresarial y el desarrollo de comunidades a partir de la actividad económica en la zona, la generación de nuevos empleos y los ingresos que pueda percibir el Estado, etc.). **De ahí que la aprobación o no del contrato, tal como se dejó dicho en Sentencia de 29 de julio de 2008 de la Sala Tercera de esta Corte Suprema de Justicia, constituya “...un instrumento de control de los poderes del Estado, que debe existir en un sistema democrático, de manera que le permita al Órgano Legislativo fiscalizar la función administrativa del Ejecutivo”, esto es, mediante la calificación del contrato sometido a aprobación a la luz de los derechos, obligaciones e intereses que la Constitución resguarda con**

miras a asegurar el bienestar general y la dignidad humana (preámbulo de la Constitución)⁴” El resaltado es nuestro

Como se puede apreciar, se trata de un control previo, por el cual se evita el perfeccionamiento o la entrada en vigencia de un acto de la administración (contrato de concesión), contrario a la Constitución.

Tal como lo indicara este Despacho en la ya citada Vista Número 1962 de 1 de noviembre de 2023, el diseño institucional que contempla la Constitución Política de la República de Panamá, establece tres (3) momentos para el control constitucional:

- el que atañe al Órgano Ejecutivo al cual corresponde la función de cumplir y hacer cumplir la Constitución y la ley;
- el atribuido al Órgano Legislativo, a través del control político de los actos de la Administración, previo a su emisión y,
- el control jurisdiccional, mediante la guarda de la integridad de la Constitución, cuyo ejercicio corresponderá al Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en el supuesto de que ninguno de los otros dos órganos del Estado, advirtieren las infracciones o vulneraciones al texto constitucional.

De acuerdo a lo anotado, los poderes del Estado, tal como lo manifiesta Sieyes, deben su origen, su fundamento y el ejercicio de sus competencias a la Constitución; por lo que no podrían válidamente desconocer la voluntad del poder creador e invadir competencias que le estén vedadas⁵; agrega dicho autor, que la Constitución no pueda ser desconocida por los poderes constituidos, **depende, en buena medida de que esta haya establecido sobre ellos un sistema de limitaciones explícitas en su ejercicio y un adecuado sistema de control que asegure el cumplimiento de tales límites.**

En el marco de este sistema de pesos y contrapesos, el cual precisa los contornos dentro de los cuales se concreta el alcance de la función legislativa, la atribución de la Asamblea Nacional de revestir a los contratos en los que sea parte la el Estado o alguna de sus entidades o empresas, de la formalidad externa necesaria para su perfeccionamiento, solo podría ser ejercida válidamente, dentro de los límites explícitos que establece la propia norma constitucional.

Dichos límites, claramente establecidos en el numeral 15 del artículo 159 constitucional, solamente permiten a la Asamblea Nacional **aprobar o improbar** tales contratos, si su celebración no estuviera reglamentada previamente, conforme al numeral 14 ibidem, o si

⁴Sentencia de 21 de diciembre de 2017, proferida por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia dentro de la demanda de inconstitucionalidad presentada por la licenciada Susana Aracelly Serracín Lezcano, en representación del Centro de Incidencia Ambiental (CIAM), contra la Ley N°.9 de 25 de febrero de 1997 “Por la cual se aprueba el contrato celebrado entre el Estado y la sociedad Minera Petaquilla, S.A.”, publicado en la Gaceta Oficial N°.29439 de 22 de diciembre de 2021. Ponente: Mgdo. Jerónimo Mejía E.

⁵SIEYES, Emmanuel ¿Qué es el tercer Estado? Alianza Editorial, Madrid, 1950, p.140; citado en la Vista N°1962 de 1 de noviembre de 2023, de la Procuraduría de la Administración.

algunas estipulaciones contractuales, no estuvieren ajustadas a la respectiva ley de autorizaciones.

Es claro así, que dicha norma (numeral 15 del artículo 159 de la Constitución Política), en modo alguno podría ser objeto de interpretaciones extensivas que amplifiquen su alcance a funciones propias de otros órganos del Estado, como sería el caso, tratándose de la **modificación** de las cláusulas de un contrato-ley perfeccionado y vigente, actuación que como ya se ha explicado, solamente podría desplegar válidamente el Órgano Ejecutivo en su calidad de parte contratante; o el ejercicio del **control constitucional** sobre la ley aprobatoria del contrato, una vez ésta hubiere entrado en vigor, puesto que, conforme lo dispone el numeral 1 del artículo 206 de la Constitución Política, la “*guarda de la integridad de la Constitución*” corresponde al Pleno de la Corte Suprema de Justicia, siendo así que, de conformidad con dicho precepto constitucional, dicho alto tribunal de justicia es la única autoridad competente para conocer y decidir, *con carácter final, definitivo y obligatorio*, sobre la inconstitucionalidad de las Leyes que por razones de fondo o de forma impugne ante ella cualquier persona.

Si bien es cierto que el legislador, en ejercicio de la función legislativa que le atribuye la Constitución Política puede, por regla general, **derogar** las leyes emanadas de la Asamblea Nacional; no lo es menos que, como toda regla general, dicha posibilidad admite excepciones que implican que dicho órgano del Estado **no puede derogar cualquier ley**.

La Constitución Política establece claros límites al ejercicio de esta atribución (de derogar leyes), tendientes a preservar el principio de separación de poderes del Estado y el sistema de pesos y contrapesos propio del diseño institucional establecido en el texto constitucional.

Es por ello, por ejemplo, que el legislador puede, de conformidad con el artículo 203 constitucional, crear nuevas Salas en la Corte Suprema de Justicia, pero no está facultado para suprimir cualquiera de las Salas. Es también por este motivo, que las leyes que modifican o derogan aspectos concernientes a los sueldos y asignaciones de los magistrados, o aquellas que dispongan la supresión de empleos del ramo judicial, solamente pueden entrar en vigor, al finalizar el período correspondiente, conforme lo dispone el artículo 213 constitucional; pues de lo contrario, se vería menoscabada la independencia judicial y la debida separación de los poderes del Estado. (Cfr., sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 25 de enero de 2011⁶).

De modo similar, en materia de indultos, el Órgano Ejecutivo, al ejercer la función establecida en el numeral 12 del artículo 184 constitucional, de decretar indultos por delitos políticos, no puede excederse y en función de ello beneficiar con dicha medida a personas condenadas por delitos comunes, pues ello desbordaría la facultad presidencial señalada, en la medida que socavaría los esfuerzos de la administración de justicia, al desconocer los fallos

⁶ Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 25 de enero de 2011, proferida dentro de la acción de inconstitucionalidad promovida por Carlos Eugenio Carrillo, en representación de Miguel Bush Ríos (entre otras demandas acumuladas a ésta), contra los artículos 1, 3, 5, 8, 15, 28, 29, 30, 31 y 32 de la Ley N.º49 de 24 de octubre de 1999, por la cual se derogó la Ley N.º32 de 23 de julio de 1999, que creó la Sala Quinta de Instituciones de Garantía de la Corte Suprema de Justicia de la República de Panamá.

producidos por los jueces de la jurisdicción penal. (Cfr., sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 30 de junio de 2008⁷).

Es precisamente en el ámbito de las excepciones a la regla general que faculta a la Asamblea Nacional para derogar las leyes que expida, donde se ubica el tema que en esta oportunidad nos ocupa. Es por ello que, las leyes expedidas por dicho órgano del Estado con fundamento en el numeral 15 del artículo 159 constitucional y que tienen el efecto de investir de validez los contratos que suscriba el Órgano Ejecutivo en ejercicio de funciones administrativas, se encuentran exceptuadas de esta posibilidad.

Lo anterior implica que, de acuerdo con el principio general del Derecho en virtud del cual “*las cosas se deshacen de la misma manera como se hacen*”, lo procedente en estos casos sería que, una vez la ley aprobatoria del contrato ha entrado en vigencia, la única forma legítima en que la Asamblea Nacional podría retomar el asunto, para derogar su ley sería siguiendo el mismo procedimiento establecido por la normativa constitucional para la **aprobación o improbación** del contrato, es decir, previa negociación y acuerdo suscrito entre las partes contratantes (Órgano Ejecutivo y empresa concesionaria); y previo el cumplimiento de los mecanismos de control previo de las actuaciones de la administración pública, que conforme a la normativa constitucional y legal aplicable correspondan (entiéndase, el control social *-participación ciudadana-* y el control fiscal *-refrendo por la Contraloría General de la República-*).

3. Consecuencias de la aprobación del contrato ley y su incidencia en la defensa de los intereses del Estado.

Como se ha venido señalado, la aprobación del contrato de concesión por la Asamblea Nacional y su posterior publicación en la Gaceta Oficial, produce el efecto jurídico de perfeccionar la relación contractual, haciendo surgir el mismo a la vida jurídica. A partir de este momento, se generan consecuencias que despliegan sus efectos en sentido bidimensional:

- Por una parte, el contrato nace produciendo el **surgimiento de los derechos y obligaciones que correspondan a las partes de acuerdo a lo pactado** (en otras palabras, surge la obligación de las partes de dar cumplimiento al contrato); y,
- en segundo lugar, **el contrato, por el hecho de haber sido aprobado por Ley, no podrá sustraerse del control de constitucionalidad que por mandato constitucional y legal, corresponde ejercer al Pleno de la Corte Suprema de Justicia.**

En este sentido, conviene en este punto, referirnos al contenido del convenio arbitral, inserto en la cláusula cuadragésima sexta, “XVI. LEY APLICABLE Y SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS”, del Contrato de Concesión Minera celebrado entre el Estado y la

⁷Sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 30 de junio de 2008, proferida dentro de las acciones de inconstitucionalidad promovidas contra los Decretos Ejecutivos N°.1317 de 25 de agosto de 2004, N! 318 de 26 de agosto de 2004 y N°1321 de 30 de agosto de 2004, expedidos por Mireya Moscoso, Ex Presidenta de la República, con la participación de Arnulfo Escalona Ávila, Ex Ministro de Gobierno y Justicia. Ponente: Esmeralda Arosemena de Troitiño.

sociedad Minera Panamá, S.A., publicado en la Gaceta Oficial 29894-A de 20 de octubre de 2023, cuyo texto en medular al tema que nos ocupa, expresa lo siguiente:

“XVI. LEY APLICABLE Y SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

(...)

Cualquier controversia o reclamación entre LA CONCESIONARIA y EL ESTADO que surgiera o que estuviera relacionada con este Contrato, o con su cumplimiento, **salvo controversias que se refieran a la guarda de la integridad de la Constitución Nacional de la República de Panamá**, deberá ser resuelta por arbitraje internacional en derecho, de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional vigente en la fecha de la entrada en vigor del presente Contrato. Las Disposiciones sobre el Árbitro de Emergencia no serán aplicables. Las leyes que regirán el fondo de la controversia serán las leyes de la República de Panamá.

(...). (Resaltado del Despacho)

Como es posible advertir, la cláusula compromisoria de arbitraje citada, atribuye a la jurisdicción arbitral las controversias relacionadas con dicho contrato (entiéndase, las relacionadas con la interpretación y cumplimiento de sus cláusulas) y **expresamente excluye del alcance de dicha jurisdicción, todas aquellas controversias que se refieran a la guarda de la integridad de la Constitución Política**; lo que es concordante con los planteamientos externados en la presente opinión, sobre el carácter ineludible del control constitucional (judicial) de los contratos aprobados mediante ley de la República, el cual, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 206 constitucional, compete al Pleno de la Corte Suprema de Justicia. Además, esta exclusión contractualmente acordada entre las partes del contrato, lleva implícito el mutuo entendimiento y acuerdo, en virtud del principio de autonomía de la voluntad de las partes, en el sentido que ésta la única vía idónea para decidir cualquier controversia relacionada con la constitucionalidad de la ley aprobatoria del contrato ley y, por ende, del cumplimiento de las formalidades externas requeridas para su perfeccionamiento.

Si bien es cierto que en atención a lo dispuesto en la Cláusula Cuadragésima Sexta (Pacto Arbitral), antes citado, el problema de la interpretación de las cláusulas del contrato de concesión y su cumplimiento no corresponde al Órgano Judicial, no lo es menos que ello no deja de ser un asunto jurídico constitucional, en la medida que, lo referente a las formalidades externas requeridas para revestir de validez el contrato, se encuentra regulado en normas de rango constitucional.

Cabe agregar, de acuerdo a lo previsto en la cláusula arbitral citada, dicha exclusión impide que estos temas (constitucionales) sean debatidos en los procesos arbitrajes que pudieran iniciarse en virtud de demandas incoadas **con base en el contrato**, lo que en modo alguno impide que aquellos inversionistas de Estados con los que la República de Panamá hubiere suscrito tratados de inversión (v.g., tratados de libre comercio o tratados para la promoción y protección de inversiones), amparados por éstos, que consideren que el fallo

del Pleno de la Corte les conculca derechos o estándares de tratamiento protegidos por dichos tratados internacionales, puedan presentar demandas arbitrales (de inversión), **con base en un tratado.**

No obstante lo anterior, a juicio de este Despacho, **una sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, sería la mejor vía para solucionar la aguda crisis en que se encuentra inmerso el país, dentro de los cauces institucionales que contempla la Constitución Política y contribuir a una posible y eventual estrategia de defensa del Estado en el ámbito internacional.**

Ello, en la medida que un fallo robusto y técnicamente sustentado, podría servir a los efectos de demostrar ante un tribunal arbitral (en un eventual arbitraje de inversión), la *razonabilidad* de la medida adoptada, siempre que ésta se fundamente en criterios sólidos como lo serían, la violación ostensible del procedimiento constitucionalmente establecido para la aprobación de un contrato-ley y su consecuente surgimiento a la vida jurídica; o la violación de principios y valores protegidos por la Constitución Política y el Derecho Internacional, cuyo alcance se detalla en las vistas fiscales emitidas por la Procuraduría de la Administración, dentro de los procesos de inconstitucionalidad relacionados con el caso específico que nos ocupa, actualmente en curso ante el Pleno de la Corte Suprema de Justicia.

Cabe advertir que, en el ámbito del control judicial de la constitucionalidad, cuyo ejercicio corresponde a la Corte Suprema de Justicia, la situación que nos ocupa y su abordaje, ya no es un asunto de orden político, sino estrictamente técnico-jurídico. De allí que estimemos preciso retomar en lo manifestado por este Despacho en la vista fiscal número1962 de 1 de noviembre de 2023, en el sentido que “(...) *el control de constitucionalidad a que ha sido sometido el Contrato Ley en estudio, como garantía del principio de la supremacía constitucional implica la posibilidad de la infracción o desconocimiento de la Constitución, por parte de los poderes constituidos, en el ejercicio de sus funciones*⁸”.

Igualmente es menester destacar lo señalado por el jurista panameño, Dr. Carlos Bolívar Pedreschi, en el sentido que, “*la verdadera finalidad del control de constitucionalidad está en el interés de garantizar un determinado orden de valores y de intereses, prevalentes en un momento dado y en una sociedad determinada*⁹”.

C. Conclusión.

De las consideraciones anotadas a lo largo de esta opinión, se concluye que no es jurídicamente viable derogar la Ley N°.406 de 20 de octubre de 2023, toda vez que ello excedería los límites de la función legislativa, atribuida a la Asamblea Nacional, por el numeral 15 del artículo 159 de la Constitución Política de la República, la cual se circunscribe, exclusivamente, al **control político previo** de las actuaciones de la Administración Pública en esta materia, mediante la **aprobación o improbación** del contrato previamente negociado y acordado por el Órgano Ejecutivo, en ejercicio de sus funciones administrativas y el concesionario; previo el cumplimiento de los mecanismos de control social y fiscal que contempla el ordenamiento jurídico.

⁸Vista N°1962 de 1 de noviembre de 2023, pg.11.

⁹Carlos Bolívar Pedreschi, “El control de constitucionalidad en Panamá”. Panamericana Formas e Impresos, Colombia, 2017. Citado en la Vista N°1962 de 1 de noviembre de 2023, pg.41.

Esperamos de esta manera haberle ofrecido una respuesta objetiva sobre su interrogante, en base a lo que señala el ordenamiento positivo, reiterándole igualmente que la misma no reviste carácter vinculante.

Atentamente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración.



RGM/dc
C-172-23