

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.-PLENO-PANAMÁ, ONCE (11) DE DICIEMBRE DE DOS MIL NUEVE (2009).

VISTOS:

Demandada de Inconstitucionalidad presentada por RAFAEL RUILOBA CAPARROSO contra el artículo segundo del Decreto de Gabinete 364 de 25 de noviembre de 1969 y la segunda parte del artículo segundo del Decreto de Gabinete 397 de 17 de diciembre de 1970.

El Licenciado HUGO ELIÉCER BONILLA M., actuando en nombre y representación de RAFAEL RUILOBA, a la fecha Director General del Instituto Nacional de Cultura, solicitó la declaratoria de Inconstitucionalidad del artículo segundo del Decreto de Gabinete 364 de 25 de noviembre de 1969 y la segunda parte del artículo segundo del Decreto de Gabinete 397 de 17 de diciembre de 1970.

DEMANDADA DE INCONSTITUCIONALIDAD

El demandante estima que los artículos segundo del Decreto de Gabinete 364 de 25 de noviembre de 1969 y la segunda parte del artículo segundo del Decreto de Gabinete 397 de 17 de diciembre de 1970 vulneran la

normativa constitucional, normas que, para su mejor comprensión, pasamos a detallar:

Artículo Segundo del Decreto de Gabinete 364 de 25 de noviembre de 1969: Los bienes a que se refiere el artículo anterior no podrán ser objeto de apropiación privada por parte de personas naturales o jurídicas, sino mediante autorización concedida por el Órgano Ejecutivo por conducto del Ministerio de Hacienda y Tesoro, con el cumplimiento de las condiciones y requisitos que a continuación se expresan.

Artículo Noveno del Decreto N° 364 de 26 de noviembre de 1969, modificado por el Decreto de Gabinete N° 150 de 4 de junio de 1970: Los bienes que el Contratista logre salvar, tales como barcos hundidos y abandonados, barcazas, botes y equipo flotante en general, incluyendo la carga que se encuentre en las embarcaciones, cables eléctricos, cables de comunicaciones, instalaciones de cobre no magnético, estaciones de comunicaciones, muebles bienes y equipo abandonado en tierra firme e islas nacionales, el Contratista pagará a la Nación el 35% de su valor comercial neto mediante avalúo.

Por los tesoros rescatados del fondo del mar o aguas lacustres o fluviales o localizados en tierras e islas nacionales pagará el contratista a la Nación el 35% de su valor comercial neto mediante avalúo. Estos Tesoros deberán ser examinados previamente por la Comisión Coordinadora para Preservación y Utilización del Patrimonio Monumental, Histórico y Artístico de la Nación, quien determinara si son de un valor Histórico que la Nación debe retener para ser destinados al Museo Nacional. En este caso, la Nación se obliga a pagar al contratista el 50% del valor comercial de dicho objeto.

En cuanto a las normas constitucionales que, presume, han sido conculcadas, el demandante señala los artículos 77, 81, 254 y 257 de la Carta Política. Empero, cabe indicar que las normas constitucionales señaladas

por el demandante corresponden a los artículos 81, 85, 257 y 260 de la Constitución Política de la República, luego de la nueva numeración resultante del Acto Legislativo No.1 del 27 de julio de 2004, que introdujo a nuestra Carta Magna nuevos artículos y se modificó el contenido de algunos otros, razón por la cual absolveremos la presente demanda de inconstitucionalidad utilizando la numeración contenida en la Constitución Nacional vigente. La normativa en cuestión señala:

Artículo 81- La Cultura Nacional está constituida por las manifestaciones artísticas, filosóficas y científicas producidas por el hombre en Panamá a través de las épocas. El Estado promoverá, desarrollará y custodiará este patrimonio cultural.

Artículo 85- Constituyen el patrimonio histórico de la Nación los sitios y objetos arqueológicos, los documentos, monumentos históricos u otros bienes muebles o inmuebles que sean testimonio del pasado panameño. El Estado decretará la expropiación de los que se encuentran en manos de particulares. La Ley reglamentará lo concerniente a su custodia, fundada en la primacía histórica de los mismos y tomará las providencias necesarias para conciliarla con la factibilidad de programas de carácter comercial, turístico, industrial y de orden tecnológico.

Artículo 257- Pertenece al Estado:

1. Los bienes existentes en el territorio que pertenecieron a la República de Colombia.
2. Los derechos y acciones que la República de Colombia poseyó como dueña, dentro o fuera del país, por razón de la soberanía que ejerció sobre el territorio del Istmo de Panamá.
3. Los bienes, rentas, fincas, valores, derechos y acciones que pertenecieron al extinguido Departamento de Panamá.
4. Las tierras baldías o indultadas.

5. Las riquezas del subsuelo, que podrán ser explotadas por empresas estatales o mixtas o ser objeto de concesiones o contratos para su explotación según lo establezca la Ley.
Los derechos mineros otorgados y ejercidos dentro del término  condiciones que fije la Ley, revertirán al Estado.
6. Las salinas, las minas, las aguas subterráneas y termales, depósitos de hidrocarburos, las canteras y los yacimientos de toda clase que no podrán ser objeto de apropiación privada, pero podrán ser explotados directamente por el Estado, mediante empresas estatales o mixtas, o ser objeto de concesión u otros contratos para su explotación, por empresas privadas. La Ley reglamentará todo lo concerniente a las distintas formas de explotación señaladas en este ordinal.
7. Los monumentos históricos, documentos y otros bienes que son testimonio del pasado de la Nación. La Ley señalará el procedimiento por medio del cual revertirán al Estado tales bienes cuando se encuentran bajo la tenencia de particulares por cualquier título.
8. Los sitios y objetos arqueológicos, cuya explotación, estudio y rescate serán regulados por la Ley. (lo resaltado es nuestro)

Artículo 260- La riqueza artística e histórica del país constituye el Patrimonio Cultural de la Nación y estará bajo la salvaguarda del Estado el cual prohibirá su destrucción, exportación o transmisión.

Hechas estas precisiones, a juicio del demandante, el Artículo Segundo del Decreto de Gabinete N° 364 de 26 de noviembre de 1969, transgrede en concepto de violación directa por omisión los Artículos 81, 85, 257 y 260 de la Constitución Política, pues estima que la norma legal encontraba su asidero en los Artículos 208 y 209 de la

Carta Política de 1946, norma superior que no se ocupaba de la salvaguarda del Patrimonio Cultural, Arqueológico, Artístico e Histórico de la Nación, en la forma en la cual sí se ocupó la Constitución Política de 1972.

Advierte que la Constitución Política vigente le brinda a los bienes declarados como nacionales por la norma acusada, la categoría de Patrimonio Cultural e Histórico, con lo que prohíbe su venta y exportación, garantizando la salvaguarda de los mismos, en ese orden de ideas, el accionante señala:

"Como se puede apreciar el patrimonio cultural de la Nación, que definen los Artículos 77, 81, 254 y 257 de la Constitución de 1972, esta siendo objeto de apropiación por parte de los particulares por medio de una autorización por conducto del Ministerio de Hacienda y Tesoro (hoy Economía y Finanzas) lo que contraviene directamente la letra de los Artículos 77, 81, 254 y 257 de la Constitución Nacional.

La actual Carta Magna establece que la cultura está constituida por las manifestaciones artísticas, filosóficas y científicas producidas por el hombre en Panamá a través de las épocas y que el Estado promoverá, desarrollará y custodiará este patrimonio cultural, además define que el patrimonio histórico de la Nación lo comprenden los sitios y objetos arqueológicos, los documentos y otros bienes muebles o inmuebles que sean testimonio del pasado panameño y que el Estado decretará la expropiación de los que se encuentren en manos de particulares. Igualmente se establece que la riqueza artística e histórica del país constituye el Patrimonio Cultural de la Nación y estará bajo la salvaguarda del Estado, el cual prohibirá su destrucción, exportación o transmisión, todo lo cual se viola con la aplicación de los referidos Decretos de Gabinete."

En lo que corresponde al artículo segundo del Decreto de Gabinete N° 397 de 1970, que modifica el artículo noveno del Decreto de Gabinete 364 de 1969, tras la reforma hecha por el Decreto de Gabinete 150 de 1970, el cuestionamiento constitucional recae sobre el segundo párrafo del texto, en lo concerniente a los tesoros rescatados, por la cual la Nación se obliga a reconocer el 35% del valor comercial de lo hallado, y el pago del 50% de dicho monto, en caso que deba ser destinado al Museo Nacional, por considerarse de valor histórico.

El accionante cuestiona la validez constitucional del texto, en cuanto a la regulación que de "los tesoros" hace la misma, habida cuenta que esta definición abarca a bienes provenientes de "barcos hundidos en épocas históricas lejanas y su carga contiene objetos de la vida cotidiana, de la historia militar o religiosa monedas, objetos de arte, de orfebrería hechos en cualquier material y constituyen objetos culturales que son testimonio del pasado panameño. Estos bienes muebles e inmuebles provienen también de los sitios arqueológicos ubicados en tierra y constituyen objetos religiosos, artefactos de la vida cotidiana en cualquier material hechos por el hombre en Panamá y son testimonio del pasado cultural e histórico de la nación Panameña. Es decir que por la norma constitucional vigente deben estar bajo la salvaguarda del Estado y no deben estar en manos de particulares puesto que esto podría conllevar la

exportación o destrucción de los mismos."

Dicha posibilidad contraría, a juicio del demandante, el artículo 257 de la Carta Política, que no reconoce la propiedad privada sobre el Patrimonio de la Nación, reitera las posiciones externadas en torno a la primera norma acusada, y expone:

"Los Artículos 77, 81, 254 y 257 de la Constitución Nacional establecen claramente que el Patrimonio Cultural e Histórico de la Nación pertenece al Estado, el cual custodiará este patrimonio cultural, garantizando su salvaguarda y prohibiendo su destrucción, exportación o transmisión e igualmente se establece que el Estado decretará la expropiación de lo que se encuentren en manos de particulares, sin embargo la norma legal que solicitamos sea declarada inconstitucional, permite que el Patrimonio Cultural e Histórico de la Nación pase a manos de particulares, lo que conlleva a que el Estado pierda su capacidad de custodia y salvaguarda del mismo, lo que se traduce en que estos bienes históricos que son testimonio del pasado panameño sea destruido, exportado o transferido."

Asimismo, señala la vulneración del artículo 255 de la Constitución Política, actualmente correspondiente con el artículo 258 de la numeración vigente, mismo que se estima transgredido en los siguientes términos:

Al tener el Estado que pagar a los contratistas 50% de los valores comerciales es decir de estos bienes muebles que son testimonio del pasado panameño, se viola en concepto de violación directa por omisión el Artículo 255 de la Constitución Nacional, que establece que en 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, según esta Norma Constitucional el Estado deberá indemnizar al dueño de estos

bienes, cuando se encuentren en manos privadas, sin embargo estos bienes como lo establecen claramente los numerales 7 y 8 del Artículo 254 de la Constitución Política, son propiedad del Estado, por lo que al pagar por ellos se viola en forma directa por omisión el Artículo 255, siendo estos bienes culturales e históricos propiedad del Estado, este no puede pagar por ellos, por que estos no son propiedad privada.

Por último, el accionante trae a colación una serie de disposiciones relacionadas al tema, en ese orden de Ideas refiere la Ley 63 de 1974, "Por el cual se crea el Instituto Nacional de Cultura", y la Ley 14 de 5 de mayo de 1982, "Por la cual se toman medidas sobre Custodia, Conservación y Administración del Patrimonio Histórico de la Nación", particularmente en lo relativo al deber de esa entidad de ocuparse de "el reconocimiento, estudio, custodia, conservación, restauración, administración y enriquecimiento del Patrimonio Histórico de la Nación".

Cita de la misma forma disposiciones contenidas en la Ley 38 de 1995. Aquí yerra el accionante, pues la norma que cita corresponde a la Ley 38 de 1996, "Por la cual se aprueba la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, hecha en Montego Bay, el 10 de diciembre de 1982".

Asimismo se refiere a la Ley "Por la cual se aprueba la Constitución de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura"; no obstante, dicha norma corresponde a la Ley 23 de 1949 y no a la

Ley 9 de 1997, como equivocadamente cita el demandante.

De la misma forma, trae a colación la Ley 6 de 1973, por la cual se aprueba la "Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación y la transferencia de la propiedad ilícita de bienes culturales" y la Ley 10 de 1977, "por la cual se aprueba la Convención sobre Defensa del Patrimonio Arqueológico, Histórico y Artístico de las Naciones Americanas".

Señala el accionante, que todas estas disposiciones se ocupan de llevar a cabo la reglamentación legal que establece el artículo 85 de la Constitución Política, antes artículo 81, en materia de patrimonio histórico de la Nación.

OPINIÓN DE LA PROCURADURÍA DE LA NACIÓN

Habiéndose admitido la presente causa constitucional, se dispuso el correspondiente traslado al Ministerio Público, concerniéndole al Procurador General de la Nación exponer sobre el tema debatido.

En ese orden de ideas, mediante Vista N° 42 de 2002, el representante del Ministerio Público sostuvo que la Acción de Inconstitucionalidad no debió haber sido admitida, por defectos formales y de fondo.

Respecto a los yerros de forma, aduce la ausencia de personería por parte del actor, cuestionando si la

actuación del letrado se surte a nombre del señor RUILOBA CAPARROSO a nombre propio o como Director General del INAC. Asimismo, el señor Procurador destaca lo que, a su juicio, se presenta como una "confusa redacción de los llamados hechos".

Desde la perspectiva del fondo de la causa, estima que los argumentos no son pertinentes al negocio estudiado, se evidencia "una clara subrogación de los artículos segundos de los Decretos de Gabinete 364 de 1969 y 397 de 1970, impugnados por la vía equivocada de la Inconstitucionalidad" y, por último, estima que la redacción de la demanda la hace "confusa, incongruente e ininteligible".

FASE DE ALEGATOS

Presentado el negocio que nos ocupa a la correspondiente fase de alegatos, hicieron uso de este derecho los juristas Eric Iván González, Jania Yvette Guardia y Saturnino Abrego Pérez.

El Licenciado González se hace eco del planteamiento esgrimido por el accionante, en cuanto al diferente tratamiento que, al tema del patrimonio histórico de la Nación, brindaban la Constitución Política de 1946, respecto a la norma constitucional vigente.

La abogada Guardia sostiene similar posición, y disiente del enfoque trazado por el Procurador General de la Nación. En ese orden de ideas, indica que el

funcionario pasa por alto que la normativa, cuya inconstitucionalidad se ataca, constituyen el sustento jurídico que utiliza el Ministerio de Economía y Finanzas para suscribir los correspondientes contratos, y añade que, "decir que están subrogados no impide su vigencia jurídica en la Acción Administrativa del Estado, no impide su aplicabilidad. Por que no han sido declarados como inconstitucionales."

En la tesis expuesta por el Licenciado Abrego Pérez, el jurista se adhiere a la solicitud de declaratoria de inconstitucionalidad, y añade que es del criterio que la normativa acusada ha sido subrogada, y como tal solicita el pronunciamiento de la Corte en ese sentido.

DECISIÓN DEL PLENO

Luego de expuestos los argumentos de la Actora, el concepto vertido por el Procurador General de la Nación y las alegaciones de recibidas en el plazo de Ley, el Pleno entra a considerar la pretensión que se formula en la Demanda.

Esta Corporación está impuesta para observar al jurista por la confusa elaboración de su Demanda, lo que dificulta discernir sobre las argumentaciones esgrimidas. Sin embargo, habiendo sido admitida, en particular por la presunta afectación de los bienes propiedad de la Nación, no debe el Pleno ocuparse de esa temática, pues corresponde en esta etapa pronunciarnos respecto a la

constitucionalidad de las normas acusadas.

El Pleno, considerando la promulgación de la Ley 58 de 2003, que deroga los artículos acusados de inconstitucional, solicitó al Ministerio de Economía y Finanzas información sobre contratos vigentes que pudieran haber sido suscritos al amparo del Decreto de Gabinete N° 364 y sus reformas, siendo informados que a la fecha existen dos contratos de salvamento vigentes, identificados como el Contrato de Concesión N° 396 de 13 de diciembre de 2003 y el Contrato de Concesión de Salvamento N° 231 de 25 de julio de 2003.

Respecto al último contrato, se pronunció la Sala Contencioso Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, advirtiendo, en Sentencia de 14 de junio de 2007, que "[l]a circunstancia de que la Ley 58 de 2003 haya dispuesto alguna modificación respecto de la autoridad competente para el tema específico de los tesoros arqueológicos que pudieren ser hallados en la expedición, no es vinculante por la sencilla razón que dicha Ley ha entrado en vigor en una etapa muy posterior y no puede pretenderse que ella invalida las actuaciones jurídicas pre-existentes, por lo que no se estima vulnerado el artículo 1110 del Código Civil", lo que nos aboca a observar la ultraactividad de las disposiciones acusadas.

Kelsen observaba que, de la misma forma en que una

norma "puede limitar el dominio de validez de otra, también puede eliminar completamente la validez de otra. También esas normas derogatorias son normas independientes, que sólo pueden ser entendidas conjuntamente con otras que estatuyen actos coactivos" (KELSEN, Hans, La Teoría Pura del Derecho, México, 1982, p. 68).



La exposición de Kelsen reconoce la eficacia de la norma nacida de la autoridad competente para proferirla, misma que sólo puede existir en la medida que no sea contraria a la Constitución, algo que para Kelsen sería una contradicción entre el texto y lo que se le agrega, *una contradictio in adjectio*; sin embargo, ello es consecuente con la posibilidad de que "una norma inconstitucional produzca efectos jurídicos en tanto no medie una declaración de inconstitucionalidad por parte de un órgano del Estado" (ORUNESU, Claudiña, RODRÍGUEZ, Jorge y SUCAR, Germán, Inconstitucionalidad y derogación, Análisi e Diritto, Universidad de Génova, 2000, Pág. 155).

Esa definición kelseniana de derogatoria debe ser entendida, como observa GASCÓN ABELLÁN, siguiendo a GUASTINI, en cuanto a "la pérdida de la vigencia de una norma, es decir, restringir en el tiempo su aplicabilidad, su vocación reguladora, pero sin privarla necesariamente de ella, pues la norma sigue existiendo válidamente y en esta medida puede seguir regulando las situaciones

nacidas al amparo de la misma cuando estaba vigente. En suma: la derogación limita temporalmente (sin anular) la esfera de aplicabilidad de las normas derogadas.
(GASCÓN ABELLÁN, Marina, Cuestiones sobre la derogación, Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 15-16, Vol. II, Alicante, España, 1994, p. 85)

Sobre este tema, el Pleno ha hecho suyas las posiciones expuestas por la Sala Contencioso Administrativa, contenidas en sentencia de 8 de junio de 1992, y ha señalado que la eficacia residual de las normas derogadas puede ser sujeto del juicio de constitucionalidad, ejercicio necesario, considerando que, como queda expuesto, la regla aún sigue siendo objeto de aplicación.

Las normas acusadas exigen un análisis de las normas constitucionales vigentes al momento de la emisión de aquellas, así como el criterio sostenido por la Carta Política vigente.

Las disposiciones cuestionadas se explícan en el contexto de lo dispuesto en los artículos 208 y 209 de la Constitución Política de la República de 1946, que a la sazón señalaban:

Artículo 208. Pertenecen al Estado:

1. *Los bienes existentes en el territorio que por cualquier título pertenecieron a la República de Colombia;*
2. *Los derechos y acciones que la República de Colombia poseyó como*

dueña, dentro o fuera del país, por razón de la soberanía que ejerció sobre el territorio del Istmo de Panamá;

3. *Los bienes, rentas, fincas, valores, derechos y acciones que pertenecieron al extinguido Departamento de Panamá;*
4. *Las tierras baldías e indultadas;*
5. *El subsuelo, que puede ser objeto de concesiones para la explotación de sus riquezas según lo establezca la Ley.*
La propiedad minera concedida y no explotada dentro del término que fije la Ley revertirá al Estado;
6. *Las salinas, las minas y los yacimientos de todas clases no podrán ser objeto de apropiación privada, pero podrán ser concedidas en usufructo a personas naturales o jurídicas, de acuerdo con la Ley, todo ello sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos;*
7. *Los documentos relativos a la historia nacional.*
Cuando éstos pertenezcan a particulares podrán ser expropiados en la forma que determine la Ley;
8. *Las guacas indígenas, cuya exploración y explotación serán reguladas por la Ley.*

Artículo 209. 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 aguas destinadas a servicios públicos de toda clase de comunicaciones;*
3. *Las tierras y aguas destinadas o que el Estado destine a servicios públicos de irrigación, de producción hidroeléctrica, de desagües y de acueductos;*
4. *El espacio aéreo y la plataforma*

continental submarina correspondientes al territorio nacional; y

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.

El artículo 208 de la Constitución de 1946 se corresponde con el artículo 257 de la Carta Política vigente; no obstante, ésta última incluyó una serie de bienes ausentes en la primera, así el artículo 257 vigente amplía el contenido del numeral 7 del artículo 208 de 1946, pues no se limita a los documentos relativos a la historia nacional, sino que señala como pertenecientes al Estado "*los monumentos históricos, documentos y otros bienes que son testimonio del pasado de la Nación. La Ley señalará el procedimiento por medio del cual revertirán al Estado tales bienes cuando se encuentran bajo la tenencia de particulares por cualquier título*", mientras que, en lugar de referirse a las guacas indígenas, prefiere una denominación más adecuada, y abarcadora, al ocuparse de "*los sitios y objetos arqueológicos*" para cuyo estudio y rescate hace una reserva legal.

Por otro lado, el numeral 8 del artículo 257 de la Carta Política vigente, hace una reserva legal respecto a

investigación científica e histórica relativa a sitios de valor arqueológico puede ser llevado a cabo por particulares, pero, bajo ningún concepto está facultado el Estado para ceder, como contraprestación, los mismos, puesto que no pueden ser sujeto de apropiación privada.

La norma constitucional vigente reconoce así la VALIDEZ para la memoria histórica de la Nación, de una serie de bienes y sitios estrechamente vinculados a nuestra evolución y desarrollo como pueblo, cuya relevancia trasciende la propiedad privada y se adscribe como patrimonio común de todos los panameños, sino acaso de la humanidad.

Ahora bien, la Constitución Política, al ocuparse de los bienes del Estado ofrece dos catálogos, contenidos en los artículos 257 y 258. Dicha distinción tiene singular importancia, pues ello determina el destino que puede darse a los bienes listados en uno u otro artículo. Así tenemos que el artículo 258 de la Carta Política señala que los bienes ahí enunciados "pertencen al Estado y son de uso público y, por consiguiente, no pueden ser objeto de apropiación privada"; razón por la cual los mismos han sido denominados "bienes de uso público", "bienes dominiales" o "bienes demaniales". Esta última denominación es la preferida por la doctrina y jurisprudencia española.

Por su parte, los bienes descritos en el artículo 257

corresponden a los usualmente denominados "bienes patrimoniales", también denominado "propiedad administrativa", los mismos, siendo de titularidad del Estado, y en contraposición con los bienes de uso público, sí pueden ser sujetos de propiedad privada, por la ley que dispone la Ley.

Cabe observar que nada impide que un bien patrimonial pueda destinarse a un uso para la colectividad, como puede ser el caso de una escuela. La diferencia descansa en que por disposición del constituyente, o del legislador, en virtud del numeral 5 del artículo 258 constitucional, los bienes de uso público no pueden ser enajenados.

Resulta evidente que los bienes relativos al patrimonio histórico se encuentran listados bajo el concepto de bienes patrimoniales del artículo 257. Frente a dicha peculiaridad es pertinente citar aquí la advertencia hecha por MOLINO GARCÍA, cuando observa:

"Vamos a señalar aquí sólo dos observaciones. Como más adelante se verá, el art. 254 incluye en sus ordinales 6º, 7º y 8º bienes que son de dominio público y que, por la redacción general del citado artículo y, en especial, por su encabezado, pareciera que se les considera como patrimoniales, como lo son en efecto, aunque no se diga así expresamente, el resto de los bienes contenidos en los cinco primeros numerales. Por tanto, los de los numerales 6º, 7º y 8º deben formar parte del art. 255." (lo resaltado es nuestro). MOLINO GARCÍA, Edgardo. Los bienes de dominio público del Estado. Trabajo de Graduación, Facultad de Derecho y Ciencias

Políticas de la Universidad de Panamá, 1985,
Págs. 43-44."

Dicha argumentación, que comparte el Pleno //queda reforzada en virtud de la declaración que hace el artículo 85 de la Constitución Política, que cataloga como patrimonio histórico de la Nación "los sitios y objetos arqueológicos, los documentos, los monumentos históricos y otros bienes muebles o inmuebles que sean testimonio del pasado panameño."

La misma norma, artículo 85, partiendo de la premisa de la titularidad de los bienes señalados en el párrafo anterior a favor de la Nación, faculta a la Ley para reglamentar lo relativo a "**la custodia, fundada en la primacía histórica de los mismos**" (lo resaltado es nuestro), dicha redacción es cóncava con el numeral 8 del artículo 257 de la Constitución Política, cuando hace la reserva legal respecto a la "explotación, estudio y rescate", lo que patentiza el alcance que puede tener la norma legal sobre el destino que puede darse a "sitios y objetos arqueológicos", que no incluye la apropiación privada.

La categorización que el Pleno hace de los bienes descritos en los numerales 7 y 8 del artículo 257 de la Constitución Política de la República no es antojadiza, por el contrario, son el resultado del reconocimiento que hace esta Corporación del valor del patrimonio histórico y de aquello que ha venido a denominarse "Derecho

Constitucional de la Cultura".

Más que pertinentes son las palabras de GIANCARLO ROLLA, cuando destaca el lugar de los bienes culturales dentro del entramado constitucional. Este profesor de la Universidad de Siena, señaló:

"El objetivo constitucional de estos bienes consiste en favorecer el desarrollo cultural de la comunidad social, el perfeccionamiento de la investigación científica e –indirectamente– la promoción de la personalidad humana. Estamos, por tanto, en presencia de una función instrumentalmente encaminada a dar efectividad al principio del desarrollo de la personalidad de los individuos proclamado por el artículo 2 de la Constitución" (ROLLA, Giancarlo, Bienes Culturales y Constitución, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Nº 2, enero abril, 1989, Pág. 165)

De hecho, el constitucionalismo moderno plantea la trascendencia de ese Derecho Constitucional de la Cultura hacia un auténtico constitucionalismo cultural, a ese respecto apunta:

"Se trata de la etapa del constitucionalismo cultural, que habrá de expresarse en un derecho constitucional de la cultura en tres sentidos: la cultura en el sentido que le imprimió el movimiento de los derechos humanos de segunda generación en términos de derecho a la educación, los productos intelectuales y artísticos, así como la comunicación sociocultural; cultura en el sentido de los componentes que definen una unidad singular que produce identidad: religión, lengua, raza, patrimonio y tecnologías; y cultura en el sentido de colectividades y grupos, sujetos y actores que interactúan en diversas esferas sociales y reclaman un espacio para reproducirse y desarrollarse." (ÁVILA ORTIZ, Raúl, Constitucionalismo cultural: hacia una nueva etapa constitucional en México, UNAM,

México, Pág. 164)

La relevancia de la cultura desde la perspectiva constitucional es apuntada por HÄBERLE, al brindarle particular relevancia para el entendimiento de la Constitución como un todo, así, el jurista alemán afirma que "[I]a Constitución no es sólo un texto jurídico o un código normativo, sino también la expresión de un nivel de desarrollo cultural, instrumento de la representación cultural autónoma de un pueblo, reflejo de su herencia cultural y fundamento de nuevas esperanzas." (HÄBERLE, Peter, Constitución como Cultura, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Bogotá, 2002, Págs.73-74).

Los bienes, sean estos materiales o inmateriales, conformadores de la memoria histórica de un pueblo explican su conformación como Nación, son parte inalienable del patrimonio colectivo y deben ser objeto de tutela por parte del Estado.

Pertinentes resultan las obligaciones internacionales que, en materia de protección de bienes culturales, asumidas por nuestro país con la **Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural 1972** (París, 16 de noviembre de 1972), que en su artículo cuarto señala:

"Artículo Cuarto. Cada uno de los Estados Partes en la presente Convención reconoce que la obligación de identificar, proteger, conservar, rehabilitar y transmitir a las

generaciones futuras el patrimonio cultural y natural situado en su territorio, le incumbe primordialmente. Procurará actuar con ese objeto por su propio esfuerzo y hasta el máximo de los recursos de que disponga, y llegado el caso, mediante la asistencia y la cooperación internacionales de que se pueda beneficiar, sobre todo en los aspectos financiero, artístico, científico y técnico.” (Ratificado por la República de Panamá el 3 de marzo de 1978).

En el tema del patrimonio cultural subacuático, Panamá ratificó la **Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático 2001** (París, 2 de noviembre de 2001), cuya entrada en vigor se dio el 2 de enero de 2009, parte por reconocer la importancia del patrimonio cultural subacuático como parte integrante del patrimonio cultural de la humanidad y elemento de particular importancia en la historia de los pueblos, las naciones y sus relaciones mutuas en lo concerniente a su patrimonio común. Dicha convención, respecto al tema que nos ocupa, reviste un particular interés, por las definiciones que aporta el artículo primero, que pasamos a transcribir:

“Artículo 1 – Definiciones

A los efectos de la presente Convención:

Por “patrimonio cultural subacuático” se entiende todos los rastros de existencia humana que tengan un carácter cultural, histórico o arqueológico, que hayan estado bajo el agua, parcial o totalmente, de forma periódica o continua, por lo menos durante 100 años, tales como:

- (i) los sitios, estructuras, edificios, objetos y restos humanos, junto con su contexto arqueológico y natural;
- (ii) los buques, aeronaves, otros medios de transporte o cualquier parte de ellos, su

cargamento u otro contenido, junto con su contexto arqueológico y natural; y
(III) los objetos de carácter prehistórico.

2. (b) No se considerará patrimonio cultural subacuático a los cables y tuberías tendidos en el fondo del mar.

(c) No se considerará patrimonio cultural subacuático a las instalaciones distintas de los cables y tuberías colocadas en el fondo del mar y todavía en uso."

El artículo segundo de la Convención obliga a los Estados partes a preservar el patrimonio cultural subacuático en bien de la humanidad y consagra el principio de que el patrimonio cultural subacuático no debe ser explotado con fines comerciales (numeral 7 del artículo segundo).

Ahora bien, hechas las necesarias consideraciones en torno a la situación del patrimonio cultural de la Nación panameña en nuestro régimen constitucional, y advertidas algunas disposiciones de relevancia internacional, es menester observar que el artículo segundo del Decreto de Gabinete N° 364 de 26 de noviembre de 1964, no se ocupa de identificar sobre qué bienes recae la autorización que concede el Órgano Ejecutivo, a través del Ministerio de Economía y Finanzas, dicha función le compete al artículo primero de dicha norma, que reza:

"Artículo Primero: Declarase bienes nacionales, además de los que pertenecen al Estado y los de uso públicos según los enumera la Constitución Nacional en sus artículos 208 y 209, los tesoros, objetos de metal, cables submarinos, embarcaciones, y toda clase de bienes que no tengan dueño, y que se encuentren en el fondo del mar territorial de la República, en la Bahía

Histórica del Golfo de Panamá o en las aguas lacustres o fluviales, las playas y riberas de los mismos y de ríos, así como en tierra e islas de propiedad nacional".

La norma transcrita amerita ciertas apreciaciones por parte del Pleno. En primer lugar, se observa que ~~declara~~ de propiedad de la Nación una serie de bienes ~~mostrenkos~~ considerados como bienes dominiales del Estado; a pesar de que, no se ocupa del valor histórico o cultural de dichos bienes. Lo más cercano a ello es la referencia a "tesoros", empero, estos son definidos por el artículo 343 del Código Civil como "el depósito oculto e ignorado de dinero, alhajas u otros objetos preciosos, cuya legítima pertenencia no conste". Resulta entonces, que la definición no se restringe al valor histórico o cultural del bien, sino en la ausencia de propietario conocido. De hecho, la lectura del artículo noveno, conforme la modificación introducida por el Decreto de Gabinete Nº 397 de 1970, permite entender que la noción de tesoro que utiliza es la misma que plantea el Código Civil, cuando señala que los tesoros "deberán ser examinados previamente por la Comisión Coordinadora para la Prevención y Utilización del Patrimonio Monumental, Histórico y Artístico de la Nación, quien determinará si son de un valor histórico", es decir que existen, a juicio del legislador, tesoros con y sin valor histórico.

Sin embargo, esos mismos tesoros, así como las embarcaciones u otros objetos, pueden adquirir el

carácter de bienes culturales que conformen el patrimonio histórico de la Nación panameña, los mismos, ~~no~~ lo duda el Pleno, constituyen una categoría especial, ~~no~~ sujeta a la apropiación privada, frente al cual el particular ~~sólo~~ puede ser custodio del mismo, en el contexto que señala la Ley.

De esta forma, se hace evidente que, en caso que las áreas a explorar o los bienes rescatados se encuentren dentro de aquellos listados en los numerales 7 y 8 del artículo 257 de la Carta Política, aunque ubicados bajo una norma que designa los bienes patrimoniales del Estado, adquiere una relevancia que le impide un tratamiento similar, que lo coloca como auténticos bienes de uso público, excluido del comercio de los hombres.

La lectura de la norma constitucional sólo reconoce en el Estado la propiedad de esos bienes, a tal punto que fija en la Ley el mecanismo por el cual dichos bienes, en manos de particulares, han de revertir al Estado. Dicho de otra forma, constitucionalmente, sólo el Estado es propietario de los monumentos históricos, documentos y otros bienes que son testimonio del pasado de la Nación.

Ahora, no significa que todos los bienes que pudieran ser sujetos de rescate necesariamente se encuentran bajo la calidad de bienes culturales, y por tanto excluidos de la posibilidad de apropiación privada, respecto a estos el Estado puede disponer respecto a los criterios que enuncia

la Ley, es decir el Decreto de Gabinete N° 364 de 1969.

Expuestos los puntos preliminares que inciden sobre el tema que nos ocupa, la pregunta necesaria es determinar si el artículo segundo del Decreto de Gabinete 364 de 1969 deviene en constitucional, la respuesta necesaria sería que, per se, no lo es, habida cuenta que la lectura de la norma permite determinar que ésta no se ocupa específicamente de los bienes culturales o conformadores del patrimonio histórico.

Dicha norma se limita a facultar al Ejecutivo a dar, en propiedad, bienes designados como bienes nacionales, con el cumplimiento de las condiciones y requisitos que fija la Ley. No obstante lo anterior, la Corte es enfática en señalar que, en caso que los dichos bienes adquieran la condición de patrimonio histórico, deviene en constitucional cualquier posibilidad del Estado de entregarlo en propiedad.

Por su parte, el artículo noveno del Decreto de Gabinete 364 de 1969, tras la reforma introducida por el Decreto de Gabinete 150 de 1970, establece un régimen de indemnizaciones, en la cual se fija el precio que recibirá la Nación por aquello que haya sido rescatado, y lo que habrá de recibir el contratista privado, en concepto de indemnización, en el supuesto que el Estado requiera de los bienes recuperados, por considerarlos de valor para la Cultura Nacional.

Así las cosas, su elaboración, en el marco de la Constitución de 1946 ha sido rebasada y deviene ~~en~~ ^{DE} Inconstitucional. Sobre estas peculiaridades, se han ocupado los profesores chilenos Vega y Zuñiga, ^{de} ~~de~~ quienes señalan:

"Hablamos de inconstitucionalidad sobrevenida, cuando la aplicación de un precepto legal nacido al amparo de un texto constitucional deviene en Inconstitucional después de una modificación introducida a la Carta o de la dictación de una nueva Constitución. La aplicación de la norma legal en cuestión, estando vigente la norma constitucional bajo cuyo amparo nació, resulta constitucionalmente Incuestionable. Sin embargo, al introducirse la modificación constitucional o dictar la nueva Carta Fundamental, su aplicación se hace inconciliable con el nuevo texto constitucional. (VEGA, Francisco y ZÚÑIGA, Francisco, El nuevo Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, Teoría y Práctica, en Estudios Constitucionales, Año 4, Nº 2, Universidad de Talca, Chile, 2006, Pág. 158)

Resulta patente que, en la medida que los bienes de valor histórico o arqueológico, son de propiedad de la Nación, derivación impensable es que pretenda utilizársele como moneda de pago por la actividad realizada por el contratista, siendo Inviable, constitucionalmente hablando, el hecho que se pretenda exigir al Estado el pago a favor del contratista por bienes que constituyen parte del patrimonio cultural de la Nación panameña.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA, PLENO, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECLARA:

PRIMERO: QUE NO ES INCONSTITUCIONAL, el artículo segundo del Decreto de Gabinete 364 de 26 de noviembre de 1969.

SEGUNDO: QUE ES INCONSTITUCIONAL, la frase "En este caso la Nación se obliga a pagar al Contratista el 50% del valor comercial", contenida en el artículo noveno del Decreto de Gabinete 364 de 26 de noviembre de 1969, modificado por el Decreto de Gabinete N° 397 de 17 de diciembre de 1970.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y PUBLÍQUESE,

MGDO. OYDÉN ORTEGA DURÁN

MGDO. ANIBAL SALAS CESPEDES
MGDO. WINSTON SPADAFORA
MGDO. ADÁN ARNULFO ARJONA
MGDA. ESMERALDA AROSEMENA
DE TROITIÑO
MGDO. VICTOR L. BENAVIDES P.
MGDO. ALBERTO CIGARRUISTA C.
MGDO. JERÓNIMO MEJÍA E. MGDO. HARLEY A. MITCHELL
LCDA. YANIXSA Y. YUEN
SECRETARIA GENERAL