

1 septiembre de 1993

Licenciada
VENUS E. CARDENAS JAEN
Directora General de
Correos y Telégrafos
E. S. D.

Señora Directora:

Atendiendo el texto literal y respetuoso de su Nota No. 497-AL-93 de 26 de julio de 1993, procedemos a darle contestación a dicha misiva contentiva de más de una interrogante referentes en lo medular, al vacío jurídico acaecido a raíz de la declaratoria de inconstitucionalidad de que fue objeto el Reglamento de Personal del Ministerio de Gobierno y Justicia; instrumento este que se identificaba mediante Decreto Ejecutivo No. 171 de 22 de junio de 1992.

Dicho Decreto, hoy inexistente por la dictación de la sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 6 de julio de 1993, establecía no siéndole constitucionalmente permitido, reglamentaciones en cuanto a los recursos humanos del Ministerio de Gobierno y Justicia v. gr., jornada laboral, asistencia, derecho y deberes del funcionario, medidas disciplinarias y otras disposiciones que son materia de reserva legal. Sólo basta aludir a los artículos 153 No. 11 y 300 No.1 y acápite final de la Constitución Nacional para confirmar este aserto.

Nos parece conveniente antes de entrar a dilucidar las preguntas que se nos formulan, citar la parte medular del fallo de la Corte Suprema de Justicia que no es el primero en esta materia, ya que, en sentencia de 13 de marzo de 1991 por idénticas consideraciones, declaró inconstitucional el Reglamento de Personal que regía en el Ministerio de Hacienda y Tesoro.

Dijo el Pleno:

"... un reglamento interno de un Ministerio del Estado o cualquier otra entidad oficial, no puede establecer normas sobre deberes y derechos de los servidores públicos, ni sobre nombramientos, ascensos, suspensiones, traslados, destituciones, censuras y jubilaciones ya que estos principios sólo pueden ser desarrollados por ley, por ser propios de las carreras públicas, como la carrera administrativa, la judicial, docente, diplomática y consular, sanitaria y militar, y las otras carreras que determine la ley. El Reglamento Interno podría desarrollar estos principios sólo cuando ya existan en la ley de carrera respectiva" (subrayado nuestro).

Es claro el pronunciamiento del Máximo Tribunal cuando en perfecta interpretación del texto constitucional dice que debe ser por medio de la Ley material que ha de desarrollarse o bien crearse las carreras públicas. Luego entonces qué sucede con la laguna legal generada?

Tendientes a encontrar respuesta, se nos formulan las siguientes preguntas:

"PRIMERO: Si al declarar la Corte Suprema de Justicia Inconstitucional el Decreto Ejecutivo No. 171 de 22 de junio de 1992, (Reglamento Interno) se hace retroactivo o no, para todas las actuaciones realizadas fundamentadas en el mismo".

Para nosotros la respuesta no puede ser sino negativa. Así, todas las actuaciones que se fundaron en dicho decreto y consolidadas bajo la vigencia del mismo no puede ser afectadas por el pronunciamiento de inconstitucionalidad ocurrido. Y es que si bien es cierto las sentencias de la Corte (Pleno y todas sus Salas) son "finales, definitivas y obligatorias" la Ley Judicial hace la salvedad de que no tienen efectos retroactivos.

b El Artículo 2564 del Código es indubitable; éste dice lo siguiente:

"Las decisiones de la Corte proferidas en materia de inconstitucionalidad son finales, definitivas, obligatorias y no tienen efecto retroactivo." (subrayado es nuestro).

Vale remarcar el que no se trata de cualquier tipo de pronunciamiento sino aquél que versa sobre la confrontación del texto legal, acto jurídico o jurisdiccional respecto de la Carta Magna. Los efectos jurídicos de estos pronunciamientos de inconstitucionalidad se proyectan, en principio, hacia el futuro.

Esto último se pueda concretar en la locución latina "ex-nunc", que significa "Desde entonces" o lo que es lo mismo, a partir de la ejecutoria de la susodicha sentencia de inconstitucionalidad.

Lo que sucede es que, a nuestro entender, en el proceso constitucional se da un cuestionamiento entre el texto jurídico acusado y su adecuación a los principios que informan las normas de la Constitución. Es más las situaciones jurídicas acaecidas antes de la declaratoria de inconstitucionalidad no son modificables, en tanto en cuanto, ello significaría que la certeza y seguridad jurídicas, serían vulneradas, con los consiguientes inconvenientes y desasosiego que ello, sin duda, acarrearía.

En sentencia de 23 de septiembre de 1991 dijo el Pleno en relación a los efectos en el tiempo de sus pronunciamientos que:

"... hay que dejar sentado que según lo dispuesto en el artículo 2564 del Código Judicial las decisiones de la Corte, proferidas en materia de Inconstitucionalidad, '... no tienen efectos retroactivos'".

Definitivamente que al pronunciarse una sentencia de esta naturaleza el efecto inmediato es el de desterrar del mundo jurídico la ley, decreto, acuerdo, resolución u otro acto objeto de la declaratoria. De esto resulta, asimismo, que no puede aplicarse por ninguna autoridad o funcionario público la norma así derogada; ni siquiera se puede reproducir o crear una similar, pues ello, evidentemente, pugnaría con el texto constitucional, que teleológicamente es lo que se pretende preservar mediante el control constitucional, radicado en el Pleno de la Corte Suprema de Justicia.

En Panamá el sistema jurídico prohíbe que la norma declarada inconstitucional siga surtiendo efectos "residuales" y con mayor fundamento dichos pronunciamientos no tienen efectos retroactivos sino ex-nunc, como quedó apuntado.

En síntesis, la norma inconstitucional es nula y no puede ser aplicada por el funcionario aunque estuviese vigente al momento en que se produjo el hecho cuyos efectos ahora se determinen y menos a los ya determinados, que es el caso cuestionado. Empero esto, la frase final del artículo 2564 que dice "y no tienen efecto retroactivo" fue declarada como inconstitucional ante el Pleno, señalando éste que "los efectos ex-nunc de las sentencias de inconstitucionalidad, dispuesto por el legislativo en la norma legal del procedimiento constitucional, responde a una interpretación correcta de los principios de la Constitución y basada, como se ha señalado, en la doctrina constitucional y jurisprudencia panameña sobre el control de la constitucionalidad que ejerce la Corte Suprema de Justicia de conformidad con el Artículo 203 de la Carta Política". (Parte del subrayado es nuestro).

Lo cierto es que toda regla tiene su excepción, más ésta no es sino la confirmación de aquella. En efecto, La Constitución al prever que se puedan demandar actos jurisdiccionales ante el Pleno, con las limitaciones que expresamente establece el artículo 204 de la Constitución. "Sostener que la decisión de la Corte en estos casos producen efectos retroactivos y que sólo produce efectos hacia el futuro, traería como consecuencia que la declaratoria de inconstitucionalidad sea totalmente intrascendente, inocua".

Más adelante en su exposición la Corte cita la reputada opinión del Dr. César Quintero para quien "En Panamá el aludido efecto ex-nunc presenta ciertos problemas debido a que el control de la constitucionalidad no sólo se ejerce sobre leyes o normas generales, sino sobre todos los actos provenientes de autoridad pública... estimamos que en ciertos casos la sentencia debe surtir efectos retroactivos con respecto al objeto del respectivo proceso". (Cfr. Sentencias del Pleno de 4 de junio de 1991 y de 3 de agosto de 1990).

Luego, el acto jurisdiccional sólo puede ser dictado por un Juez o Tribunal u otros organismos investidos de funciones jurisdiccionales, lo cual no encaja dentro de las facultades de los funcionarios del Ministerio de Gobierno y Justicia y sus dependencias que se desenvuelven en materia de tipo administrativo. Empero lo importante y, por ello queremos apuntarlo, es que tratándose del enjuiciamiento ante el Pleno de la Corte de un acto de naturaleza jurisdiccional (sentencias, autos, resoluciones), la doctrina y el propio Máximo Tribunal han entendido que procede el efecto "ex-nunc".

La segunda interrogante lee así:

"SEGUNDA: Nuestra Institución cuenta con la Ley 34 de 1941, que en su artículo no contempla los deberes y los derechos de los servidores públicos, sino que se enmarca más, es a penas correccionales, tales como multas y arresto; y al contemplar la amonestación y suspensión del empleo no especifica claramente su aplicación.

Por otra parte, no contempla claramente las causales de destitución, ya que se limita a fraude o defraudación".

Se desprende de lo anterior la cuestión de que "si nuestra Institución puede aplicar, cuando existan pruebas y lo ameriten, este tipo de medidas disciplinarias antes mencionadas".

adoptado una actitud capaz de comprometer el buen nombre del cuerpo al que pertenecen" (Cfr. Vocabulario Jurídico, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1966, pag. 32).

Este poder (léase facultad) es importante a nivel organizacional de cualquier Institución del Estado; sin embargo, no puede ser concebido como absoluto o arbitrario al ejercerse por el ente jerárquico en quien esté depositado el mismo. Debe emanar, entonces, con voluntad y ánimo sereno, desapegado de una actitud mental caprichosa y más que ello, siguiendo los dictámenes que fluyen de nuestra Ley y Leyes que, en el plano de jerárquico normativo ocupa el lugar primero.

A estos efectos es ilustrativo el artículo 295 de la Carta, que expresa:

"Los servidores públicos serán de nacionalidad panameña sin discriminación de raza, sexo, religión o creencia y militancia política. Su nombramiento y remoción no será potestad absoluta y discrecional de ninguna autoridad, salvo lo que al respecto dispone esta Constitución.

Los servidores públicos se registrarán por el sistema de méritos; y la estabilidad en sus cargos estará condicionada a su competencia, lealtad y moralidad en el servicio".

Este proceso es prístino al consignar, en general, que los funcionarios públicos deben comportarse en el ejercicio de sus funciones conforme a la Ley, los reglamentos y proceder con dedicación, además de observar un principio capital, cual es que a condición de su estabilidad ha de ser competente, leal y ante todo moral. Sin embargo, la Sala Tercera Contencioso Administrativa ha dicho respecto de la estabilidad de los servidores públicos que esta protección sólo es dable a los mismos mediante una ley de Carrera Administrativa u otra especial que le garantice su puesto de trabajo. Ha dicho la Sala en auto de 14 de junio de 1993:

"... dado que es bien sabido que en nuestro país no rige la Carrera Administrativa desde 1969, por lo que al estar desprovisto el funcionario público de dichas normas protectoras, está sujeto al libre nombramiento y remoción por parte de la autoridad competente. Sólo demostrando, con prueba preconstituida, (sic) que existe ley que le garantiza estabilidad, es procedente, conocer de despidos en el sector públicos y evitar de esta forma un proceso que irremediablemente conduzca a la desestimación de la pretensión procesal. Es por ello de fundamental importancia acompañar la prueba de la disposición legal que concede dicha estabilidad".

Respecto por otra parte y considerado importante hacer una precisión conceptual, vemos que la discrecionalidad no debe confundirse con arbitrariedad por parte del funcionario que haga uso de aquélla. La arbitrariedad es un "acto, conducta, proceder contrario a lo justo, razonable o legal, inspirado sólo por la voluntad, el capricho o un propósito maligno". (Cfr. OSSORIO Y FLORIT, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas y Social, Edit, Heliasta, S.R.L., Buenos Aires, 1974). Mientras que "Discrecionalidad no es sinónimo de 'arbitrariedad'... Al ejercer las facultades discrecionales la Administración no puede decidir y actuar caprichosamente, porque en definitiva - señala Sayagués Laso - la discrecionalidad es sólo la posibilidad de apreciar libremente la oportunidad o conveniencia de la acción administrativa, dentro de lo razonable. Quiere decir, que hay discrecionalidad cuando la Administración puede decidir, según su leal saber y entender, si debe o no actuar y, en caso afirmativo, en qué forma" (Cfr. FERNANDEZ VAZQUEZ, Emilio. Diccionario de Derecho Público, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1981, pp. 8 y 9).

De lo pretranscrito resulta una diferencia lícida entre ambos conceptos que se traduce precisamente en la observancia prudente y un comportamiento del mismo modo que asegure efectividad y disciplina en la conducción del personal de la Institución.

En lo que respecta el último cuestionamiento que su despacho nos formula sobre la posible aplicación de los siguientes artículos de la Constitución Nacional: "18, 41, 66, 70, 295, 301 y 304".

Sobre esta aplicabilidad la Corte Suprema de Justicia en sentencia del Pleno de 10 de octubre de 1954, siguiendo precedentes que ella había establecido dijo que "las disposiciones constitucionales referentes a la Carrera Administrativa no necesitan reglamentación para ser aplicadas".

Nosotros pensamos que esta interpretación obedece a la preeminencia lógica jurídica de las normas constitucionales sobre cualquier disposición de rango inferior. Así los preceptos sugeridos orientan la función legislativa; pero no debemos olvidar que aún las autoridades de la República, en general, deben cumplir y hacer cumplir la Constitución y las Leyes. Es más, sin desarrollo legislativo respectivo nuestra conciencia de lo jurídico nos permite advertir si nos comportamos o no conforme a la Constitución, pues ésta, en síntesis, es el resumen de los jurídicos. Ciertamente, como no puede ser de otra manera, esta opinión es sin perjuicio del control constitucional centralizado en el Pleno de la Corte Suprema de Justicia.

En sitensis, reiteramos la no retroactividad de la Resolución emitida por la Honorable Corte Suprema de Justicia al derogar por vía de la inconstitucionalidad el Decreto Ejecutivo No. 171 de 22 de junio de 1992. Los actos que se hubiesen adoptado o ejecutado con fundamento legal en ese Decreto Ejecutivo mientras estuvo vigente, tienen la presunción de la legalidad y en consecuencia se les debe tener por válidos.

La revisión que hemos hecho de la Ley 34 de 1941 nos pone en condiciones de indicar que la misma fue dictada para reprimir actos considerados faltas o delitos; cometidos por empleados de Correos Nacionales, pero esa materia ha sido desarrollada por leyes posteriores que contemplan los hechos regulados en ella. El nuevo Código Penal ha regulado los actos que pueden constituir delito y que cometen los funcionarios públicos, en cuya investigación una vez denunciados, correspondería al funcionario de instrucción o la Juez competente determinar si procede o no la separación del cargo, en atención a la gravedad del delito o de la naturaleza de las funciones que ejerce el denunciado.

La aparente inexistencia de normas que puedan suplir el Reglamento derogado, no es tan real, ni la ausencia de un Carrera Administrativa. La inexistencia de éstos instrumentos legales no pueden servir de soporte a la anarquía administrativa y frente a la ejecución de actos contrarios al deber público de los servidores estatales, debe aplicarse sin recelo alguno, las medidas disciplinarias y correctivas que imiden las actuaciones adversas a la moralidad, lealtad y eficiencia del servicio público, incluyendo la destitución de quienes no logren entender que tienen responsabilidades como servidores públicos y que el no cumplimiento de las mismas conllevan sanciones para el infractor.

El Código Administrativo tiene normas de carácter general que pueden ser aplicadas en cualquier oficina pública (Ver art. 795, 796, 798, 803, y 847), los cuales en una debida interpretación y aplicación dan las pautas a que cualquier jefe de despacho para tomar las medidas cónsonas con la conducta de sus subalternos.

La propia Constitución en su art. 295 impone como reglas para ser incorporadas en cualquiera de las Carreras Públicas las que definen la competencia, lealtad y moralidad del servidor público, y es en ese sentido que desarrollan los artículos del Código Administrativo la labor del funcionario de la Administración Pública.

Por lo antedicho nos atrevemos a aceptar "mutatis mutandi" la sugerencia en cuanto a la aplicación de los artículos constitucionales prenombrados..

Esperando haber absuelto en debida forma su interesante consulta, nos despedimos con muestras de consideración y aprecio.

Atentamente,

Lic. Donatila Gállezteros S.,
Procurador de la Administración

/ag