

13 de Julio de 1999.

Proceso Contencioso Administrativo de Interpretación.

Concepto Interpuesto por el Procurador General de la Nación, licenciado José Antonio Sossa, para que la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia interprete prejudicialmente el sentido y alcance del acto administrativo contenido en la Nota N°003 de 8 de enero de 1999, expedida por la Procuradora de la Administración (relacionado con el nombramiento del Dr. Félix Luciani).

Honorable Magistrado Presidente de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

Con el respeto que caracteriza todas nuestras actuaciones, nos presentamos ante ese Honorable Tribunal de Justicia, con la finalidad de emitir concepto en el proceso contencioso administrativo que se enuncia en el margen superior del presente escrito.

Nuestra participación en los procesos que se originan ante la Sala Tercera, por razón de una petición de Interpretación Prejudicial de un acto administrativo, se fundamenta en lo previsto en el artículo 348, numeral 1, del Código Judicial y en la regla general prevista en el artículo 100 de la Ley 135 de 1943, reformada por la Ley 33 de 1946, que establece la intervención obligatoria del Procurador de la Administración en todas las actuaciones contenciosas que se ventilen en la Sala de lo Contencioso Administrativo.

El Procurador General de la Nación solicita al Honorable Tribunal de lo Contencioso Administrativo, interprete el sentido y alcance del acto administrativo contenido en la Nota N°003 de 8 de enero de 1999, expedida por la Procuraduría de la Administración, mediante la cual supuestamente se le conmina a tomar las medidas administrativas que considere convenientes, respecto al nombramiento de su cuñado el Dr. Félix Luciani en el Instituto de Medicina Legal; asimismo pide que se declare que no es viable jurídicamente su cumplimiento.

La Nota que se pretende sea interpretada es del siguiente tenor literal:

NOTA N°003;

República de Panamá.

Panamá, 8 de enero de 1999.

Procuraduría de la Administración

Licenciado

JOSÉ ANTONIO SOSSA

Procurador General de la Nación

E. S. D.

Señor Procurador:

Me refiero a su Nota PGN-SG-083-98 de 9 de junio de 1998, mediante la cual dio respuesta a los hechos que en su contra y ante este Despacho formulase el Doctor Italo Antinori, y de la cual le corrimos traslado mediante Nota N°119 de 5 de junio de 1998.

En el citado informe, expone los motivos de hecho y de derecho por los que, a su juicio, las situaciones señaladas como graves faltas por el Defensor del Pueblo, son legales y justificadas.

No obstante, en cuanto el hecho de permitir que su cuñado, el Doctor Félix Gabriel Luciani Font, sea alto funcionario del Ministerio Público, usted contesta que el mismo labora como Director Administrativo del Instituto de Medicina Legal en el Ministerio Público con un cargo de medio tiempo, al igual que todo el personal médico del Instituto y que El Dr. Luciani no emite dictámenes forenses.

A lo anterior, puede añadirse lo expuesto en su Aclaración Necesaria de 21 de abril de 1998, de la cual nos envió copia mediante Nota DPG-163-98 de 15 de mayo de 1998, en la cual expresa:

3. Es una infamia que por el afán de atacar a la persona del Procurador General de la Nación se lancen ofensas e infundios contra terceros. Me refiero al Dr. Félix Luciani, Director Médico del Instituto de Medicina Legal, profesional de comprobada competencia y capacidad que no necesita de mi defensa, pero que debo aclarar, no me correspondió la acertada decisión de haberlo incorporado al trabajo del Instituto de Medicina Legal ya que cuando asumí el cargo de Procurador General de la Nación, ya el Dr. Luciani desempeñaba las condiciones de trabajo correspondientes y estaba nombrado en el cargo que hoy sigue desempeñando con acierto.

Sobre este tema, es un hecho de conocimiento público que su nombramiento y ratificación como Procurador General de la Nación fue desde el mes de septiembre de 1994, para ocupar el cargo a partir del 1° de enero de 1995. Si bien está acreditado que el Procurador Valdés fue quien nombró a su cuñado, no es menos cierto que cuando lo hizo (7 de octubre de 1994), usted estaba debidamente nombrado para el cargo por el Consejo de Gabinete (2 de septiembre de 1994) y debidamente ratificado por la Asamblea Legislativa (8 de septiembre de 1994).

Por otro lado, aún cuando usted no realizó el nombramiento del Dr. Félix Luciani en el Instituto de Medicina Legal, el artículo 344 del Código Judicial claramente establece que no pueden ser empleados subalternos del Ministerio Público, los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquiera de dichos Agentes o de los respectivos Secretarios.

Como es parte de nuestras atribuciones oír las quejas que se presenten contra los servidores públicos, procurar que cesen las causas de ellas si las hubieren, y ejercitar las acciones correspondientes, debiendo realizar para esto todas las diligencias y tomar todas las medidas que consideren convenientes, le recomendamos ejecute las medidas administrativas pertinentes a fin de que la situación comentada sea corregida.

En espera de su pronta respuesta y contando con su cooperación, me suscribo,

Atentamente,

(fdo.)

LICDA. ALMA MONTENEGRO DE FLETCHER
Procuradora de la Administración.

Al fundamentar su solicitud, el petente señala que el Defensor del Pueblo, Dr. Italo Antinori, presentó ante el Despacho de la Procuradora de la Administración queja en contra suya por supuestas faltas graves, entre las que destacaba permitir que su cuñado, el Dr. Félix Luciani, ocupara un puesto en el Ministerio Público, lo cual infringía lo dispuesto en los artículos 54 y 344 del Código Judicial, los que señalan que no pueden ser empleados del Ministerio Público los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, con cualquiera de dichos agentes o de los respectivos secretarios.

Afirma que dicha queja fue contestada a través de las Notas DPG-163-98 de 15 de mayo de 1998 y PGN-SG-083-98 de 9 de junio de 1998, por medio de las cuales, en su opinión, aclaró la no procedencia de los mencionados preceptos legales en el caso del Dr. Félix Luciani, toda vez que el nombramiento de éste fue realizado por el Ex Procurador General de la Nación, Licdo. Jorge Ramón Valdés.

Indica que no obstante lo anterior, la Procuradora de la Administración, mediante la Nota cuya interpretación se pide, señaló que aún cuando él no había efectuado el nombramiento del Dr. Félix Luciani, era aplicable el artículo 344 del Código Judicial y, por tanto, recomendaba ejecutar las medidas administrativas pertinentes.

El solicitante sostiene que lo previsto en la norma legal citada no comprende la situación jurídica del Dr. Félix Luciani, por las siguientes razones:

- a) El Dr. Félix Luciani fue nombrado mediante Decreto N°1617 de 7 de octubre de 1994, en el Instituto de Medicina Legal como Médico Forense IV, Posición N°1297, Cargo N°2013034, a partir del 16 de octubre de 1994, por el entonces Procurador General de la Nación Dr. Jorge Ramón Valdés.
- b) Que su nombramiento como Procurador General de la Nación, fue propuesto por el Órgano Ejecutivo a través de la Resolución de Gabinete N°158 de 2 de septiembre de 1994 (G.O. N°2,909 de 13 de noviembre de 1995), ratificado por la Asamblea Legislativa mediante Resolución N°19 de 8 de septiembre de 1994, para el período constitucional que inició a partir del 1 de enero de 1995, de lo que se deduce que es partir de tal fecha que comenzaba a ejercer funciones de Procurador, funciones entre las que se encontraba la de nombrar y destituir al personal subalterno.
- c) De lo anterior se colige, que fue el ex Procurador General de la Nación, Dr. Jorge Ramón Valdés, quien nombró al Dr. Félix Luciani en el cargo que hoy ocupa, meses antes de tomar él posesión del cargo como Procurador de la Nación.
- d) Opina que el artículo 344 del Código Judicial es claro al determinar que las causales de impedimento para ocupar los puestos señalados en dicho precepto, recaen entre la persona que efectúa el nombramiento y el funcionario subalterno llamado a ocupar el cargo, más no sobre el vínculo de afinidad que le une con un funcionario subalterno nombrado previamente a la fecha en que comenzó a ejercer el cargo como Procurador General de la Nación; considera que es a partir de tal fecha en que tiene aplicación el artículo comentado con relación a los nombramientos que como Jefe del Ministerio Público realice en ejercicio de su función pública.
- e) En su concepto, queda claro entonces que si el nombramiento del Dr. Félix Luciani se efectúa el 7 de octubre de 1994, fecha esta en la que él que ya había sido nombrado y ratificado como Procurador de la Nación, no menos cierto es que comenzó a

desempeñar el cargo como tal a partir del 3 de enero de 1995, fecha esta en que tomó posesión como Procurador ante el Presidente de la República.

Concluye el Procurador su escrito afirmando que la Nota N°003 de 8 de enero de 1999, suscrita por la Procuradora de la Administración, constituye un acto administrativo dudoso y oscuro, cuya interpretación se hace necesaria, pues se quiere enmarcar el nombramiento del Dr. Félix Luciani en una norma jurídica que no es aplicable al caso en estudio.

Nuestra Opinión.

De manera preliminar, deseamos destacar que según lo establece el numeral 11 del artículo 98 del Código Judicial, la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Suprema de Justicia conocerá de la interpretación prejudicial acerca del alcance y sentido de los actos administrativos cuando la autoridad judicial encargada de decidir un proceso o la administrativa encargada de su ejecución, lo solicite de oficio antes de resolver el fondo del negocio o de ejecutar el acto.

A nuestro juicio, esta solicitud de interpretación prejudicial no debió de haber sido admitida por la Honorable Sala Tercera, pues el acto que se pide se interprete consiste simplemente en una recomendación de la señora Procuradora de la Administración al señor Procurador General de la Nación; es decir, no existe deber legal de cumplimiento del acto, ni poder de la Procuraduría de la Administración para imponer su cumplimiento al señor Procurador General de la Nación.

Claramente carece este acto de dos de los caracteres esenciales de todo acto administrativo: la ejecutividad y ejecutoriedad.

El Profesor Roberto Dromi dice que la ejecutividad es la obligatoriedad, el derecho a la exigibilidad y el deber de cumplimiento del acto a partir de su notificación. Ejecutividad es sinónimo de eficacia del acto. Es regla general de los actos administrativos y consiste en el principio de que una vez perfeccionada producen todos sus efectos, sin que se difiera su cumplimiento; en cuanto a la ejecutoriedad, el mismo autor señala que debe ser entendida como la posibilidad de la Administración, otorgada por el orden jurídico, de ejecutar por sí mismas el acto, pudiendo acudir a diversas medidas de coerción para asegurar su cumplimiento. (Derecho Administrativo. 6a ed. Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina. 1997, pp. 248 y 249).

Luego, el acto cuya interpretación se pide no es un acto administrativo, pues carece de los caracteres ejecutividad y ejecutoriedad esenciales de dichos actos, y, por tanto, no debería ser objeto de un pronunciamiento prejudicial por Vuestra Augusta Corporación de Justicia.

No obstante lo anterior, somos del criterio que por la importancia del caso en estudio es prudente y necesario que el Honorable Tribunal de lo Contencioso Administrativo dilucide si lo dispuesto en el artículo 344 y normas concordantes del Código Judicial, es aplicable a la situación surgida entre el Procurador General de la Nación y su cuñado el Doctor Felix Luciani Font.

Al respecto, es nuestra opinión que, en efecto, en virtud de lo dispuesto en el artículo 344 del Código Judicial, no puede el Doctor Félix Luciani ser Director Administrativo del Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público, toda vez que el mismo es un pariente dentro del segundo grado de afinidad del Licenciado José Antonio Sossa, Procurador General de la Nación.

Esta norma, en conjunto con otras del Código Judicial, son preceptos que buscan moralizar la función pública en el Ministerio Público y el Organismo Judicial a través de un severo sistema de inhabilidades e incompatibilidades, en pro de una administración de justicia más eficiente. En ese sentido, es claro que el artículo 344 del Código Judicial

trata de erradicar del Ministerio Público la indeseable práctica administrativa del nepotismo.

El Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, define el Nepotismo como *¿*corruptela política caracterizada por el favoritismo; por la dispensa de honores, dignidad, cargos y prebendas a los parientes y amigos. El origen de esta actitud poco recomendable, aunque tan humana, parece estar en los Papás, antaño muy inclinados a proteger a los miembros de su familia; en especial a sus sobrinos, de cuya voz latina (nepos) proviene esta amalgama del factor privado con el desempeño de los puestos públicos o, cuando menos, del nombramiento para ellos, el disfrute de honores y la percepción de sus emolumentos*¿*.

Si bien pareciera que por definición el nepotismo implica en todos los casos el nombramiento de parientes y amigos por parte de un alto funcionario con atribuciones nominadoras, se entiende pueden darse situaciones en que con posterioridad al nombramiento del funcionario sobrevienen condiciones que hacen imposible su permanencia en el puesto público. Sobre el tema de las inhabilitaciones sobrevenidas, Sayagues Lasso expresa lo siguiente:

¿... Una situación parecida se plantea en los casos en que con posterioridad al nombramiento del funcionario sobreviene la pérdida de una de las calidades exigidas para ocupar el cargo. El ejemplo más claro lo constituye la pérdida de la ciudadanía legal: producida esta el funcionario queda inhabilitado para continuar ejerciendo las funciones públicas y la administración debe declarar vacante el cargo. Esto no constituye una destitución, sino un acto simplemente declarativo a la desinvestidura operada*¿*.(Tratado de Derecho Administrativo. 4 ed. Montevideo. 1974, p. 377).

En nuestra legislación, esta orientación sobre las condiciones inhabilitantes sobrevenientes ha sido recogida por la Ley N°9 de 20 de junio de 1994, por la cual se establece y regula la Carrera Administrativa, la cual, en su artículo 2, define nepotismo de la siguiente forma:

*¿*Artículo 2. Los siguientes términos utilizados en esta Ley y sus reglamentos, deben ser entendidos a la luz del presente glosario:

...

Nepotismo: Es la falta administrativa en que incurre la autoridad nominadora que beneficia con nombramientos en puestos públicos a su cónyuge, pareja de unión consensual u otros parientes dentro del tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad. También incurre en nepotismo el servidor público que, sin notificarlo oportunamente a su superior jerárquico inmediato, ejerza la función pública en la misma unidad administrativa, o en unidades administrativas que mantengan entre sí relaciones de control y fiscalización en las que compartan los mencionados lazos de parentesco, original o sobreveniente.

...*¿*(las subrayas y negritas son nuestras).

Como Procurador de la Administración Suplente, opino que el 344 del Código Judicial debe ser interpretado de acuerdo a los principios de moralidad administrativa que informan al Derecho Administrativo, ya que toda actuación administrativa debe descansar sobre una base o substrato moral; por tanto, dado la norma comentada establece que no pueden ser subalternos del Ministerio Público, los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquiera de dichos agentes o de los respectivos Secretarios, no puede el Doctor Félix Luciani mantenerse en el cargo de Director Administrativo del Instituto de Medicina Legal, ni ningún otro del

Ministerio público, pues el mismo es el cuñado del Licenciado José Antonio Sossa, Procurador General de la Nación.

La norma en comento contiene dos proposiciones: la primera prohíbe que sean empleados subalternos del Ministerio Público los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de cualesquiera de sus agentes. La segunda establece una sanción para los nombramientos hechos en contravención a lo que prescribe el artículo. Vale preguntarse ¿la segunda parte del artículo 344 es una excepción o una confirmación al principio general establecido?. El hecho de que el legislador no haya establecido expresamente la sanción en caso de que se viole la primera proposición, en manera alguna significa que autoriza que parientes próximos trabajen en la misma institución. Afirmar lo contrario, implica la violación de la norma contenida en el artículo 5 del Código Civil. Supongamos que un abogado sea nombrado en una fiscalía donde labora su hermano, su esposa o su hijo ¿podrá ampararse en la afirmación de que él no lo nombró y, en consecuencia, ambos pueden continuar laborando?.

El examen de ambas proposiciones permite concluir que la segunda es una confirmación de la primera, la cual no contiene ninguna excepción, es decir, no pueden ser empleados subalternos del Ministerio Público los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo grado de afinidad de cualesquiera de sus agentes. Lo afirmado encuentra su ratificación en los párrafos primero y tercero del artículo 54 del Código Judicial que prohíben que existan en el Ministerio Público, ¿funcionarios o suplentes que sean uno respecto de otro, cónyuge o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad¿.

La interpretación sistemática de los artículos 54, 344 del Código Judicial y el artículo 2 de la Ley 29 de 1994, no permite la menor duda en cuanto al principio moralizador tendiente a impedir que parientes sanguíneos o afines laboren en una misma institución.

Por último, deseamos resaltar lo dicho por la Procuradora de la Administración en la Nota cuya interpretación se pide, cuando al evaluar el hecho de que el nombramiento del Doctor Luciani no fue realizado por el Licenciado José Antonio Sossa, asevera que era de conocimiento público que el nombramiento y ratificación del Licenciado Sossa como Procurador General de la Nación fue desde el mes de septiembre de 1994, para ocupar el cargo a partir del 1° de enero de 1995, y que si bien estaba acreditado que el Procurador Valdés fue quien nombró al Doctor Luciani, no era menos cierto que cuando lo hizo (7 de octubre de 1994), el Licenciado Sossa estaba debidamente nombrado para el cargo por el Consejo de Gabinete (2 de septiembre de 1994) y debidamente ratificado por la Asamblea Legislativa (8 de septiembre de 1994).

Por las anteriores consideraciones, solicitamos a los Honorables Magistrados que componen la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia, interpreten, en el sentido y alcance arriba anotado, la Nota N°003 de 8 de enero de 1999, expedida por la Procuradora de la Administración.

Pruebas. Copia debidamente autenticada del expediente de la queja interpuesta por el Doctor Italo Antinori, Defensor del Pueblo, en contra del Licenciado José Antonio Sossa.

Del Señor Magistrado Presidente,

Licdo. José Juan Ceballos Hijo.
Procurador de la Administración
Suplente

JJCH/17/bdec.

Licdo. Manuel A. Bernal H.
Secretario General a.i.