

8 de Septiembre de 1999.

Demanda de Inconstitucionalidad

Emisión de Concepto El Licenciado Ernesto Cedeño Alvarado, actuando en su propio nombre y representación ha interpuesto demanda de inconstitucionalidad contra el párrafo del artículo 1, de la Ley 38 de 1941.

Honorable Magistrado Presidente del Pleno de la Corte Suprema de Justicia:

En esta oportunidad, acudimos con el respeto que nos caracteriza a emitir concepto de rigor a raíz de la acción de inconstitucionalidad que contra el párrafo del artículo 1 de la Ley 38 de 1941, ha presentado el Licenciado Ernesto Cedeño Alvarado, en su propio nombre y representación.

El Licenciado Alvarado Cedeño acusa de inconstitucionalidad el párrafo en mención, cuyo tenor literal es el siguiente:

¿Artículo 1: Desde la promulgación de la presente Ley no podrán ser empleados públicos remunerados sino los nacionales panameños.

Parágrafo: Exceptúanse de la disposición anterior los extranjeros que, como profesionales o como técnicos especiales, sean contratados para los diversos departamentos de la administración pública¿.

I. Opinión del Demandante:

A juicio del actor, el inciso reseñado viola el artículo 295 de la Constitución, de manera directa por comisión, cuyo texto preceptúa lo siguiente:

¿Artículo 295. 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 regirán por el sistema de méritos; y la estabilidad en sus cargos estará condicionada a su competencia, lealtad y moralidad en el servicio¿.

De acuerdo al impugnante, la norma copiada ha sido transgredida por el párrafo del artículo 1 de la Ley 38 de 1941, porque con éste ¿se permite al extranjero entrar al engranaje de empleado público remunerado¿ (Ver foja 1).

Y agrega el demandante que son consabidas las formas como se adquiere la calidad de servidor público del Estado: Por contrato (personal, transitorio, contingente); Sorteo (jurados de conciencia); Elección (Presidente, Legisladores, Representantes); Nombramientos (funcionarios permanentes). (Cfr. foja 2).

II. Dictamen jurídico de la Procuraduría de la Administración:

Este Despacho previo análisis de la norma legal acusada y de los antecedentes constitucionales consultados, estima que el párrafo que acompaña al artículo 1 de la Ley 38 de 1941, publicada en la G.O. No. 8,503, de 1 de mayo de 1941, no transgrede el texto de la norma constitucional que se invoca como infringida, ni ninguna otra disposición inserta en la Carta Magna.

Si bien el inciso de la Ley copiado establece una excepción a la regla de que sólo los nacionales del Estado Panameño pueden ejercer cargos públicos, precisamente dicha excepción lo que hace es confirmar la regla general sobre esta materia.

Esto es importante sobre todo porque la disposición que se acusa circunscribe dicha posibilidad de ejercer funciones públicas a extranjeros únicamente como ¿profesionales o como técnicos especiales¿; pero esa vinculación a la función pública no es permanente ni reviste la forma ordinaria como el grueso de los ciudadanos panameños ingresan al engranaje público y son adscritos a cualquiera de los tres órganos del Estado, al gobierno local, o entidades públicas autónomas o semiautónomas.

Los extranjeros a los que se refiere la norma que se estima violatoria de la Constitución, se vinculan al Estado por contrato como profesionales o técnicos para prestar servicios profesionales, por lo que deben recibir como contraprestación honorarios. Sobre este punto, el único reparo que pudiéramos hacerle al inciso demandado es que no hace alusión a la forma como el Estado a través de cualquiera de las dependencias públicas que contrate a profesionales o técnicos especialistas, ha de sufragar o pagar los costos de ese servicio. Lo normal es que sea a través del pago de sumas de dinero en concepto de honorarios profesionales.

Aquí es necesario hacer la aclaración que si bien la noción de servidor público procede de la misma Constitución Política, al señalar en el artículo 294 que ¿Son servidores públicos las personas nombradas temporal o permanentemente en cargos del Organismo Ejecutivo, Legislativo y Judicial, de los Municipios, entidades autónomas y semiautónomas; y en general, las que perciban remuneración del Estado¿, el inciso demandado como inconstitucional no señala que los profesionales y técnicos extranjeros contratados vayan a recibir por los servicios que presten remuneración del Estado, en cuyo caso nos parece que sí hubiese tenido visos de inconstitucionalidad dicho precepto, toda vez que el servicio público está destinado a los nacionales panameños, y por el solo hecho de percibir remuneración del Estado, una persona adquiere la calidad de servidor público, obviamente si es ciudadano panameño por nacimiento o naturalización.

Hacemos la observación que algunas veces y para algunos cargos de relevada trascendencia, como el de Presidente de la República y Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, el requisito de ser panameño por nacimiento es ineludible para aspirar a ocupar y ejercer las funciones inherentes a tales empleos públicos; mientras que otras veces se permite ocupar cargos públicos a los naturalizados, o sea, aquellas personas originarias de otro país y que adquieren, previo cumplimiento de las exigencias establecidas, la nacionalidad panameña, de acuerdo a las formas establecidas en el Título II, de la Ley Fundamental.

Convenir en que los extranjeros por el solo hecho de ser contratados como profesionales o técnicos por el Estado panameño inmediatamente adquieren la condición de servidor, es un error de apreciación, por cuanto es común que el Estado Nacional y cualquier otro Estado se valga de los servicios profesionales de especialistas en diversos campos del saber científico o técnico para obtener, por ejemplo, de ellos, la elaboración de un proyecto, estudios de impacto ambiental, diseño arquitectónico para la edificación de obras públicas o de interés social, un análisis financiero o de auditoría, etcétera. Contratación que si bien está prevista en las normas de la Ley de Contratación Pública y disposiciones del Código Fiscal, no por ello esas personas extranjeras, adquieren la condición de servidor público, en la extensión formulada por el artículo 294 constitucional, porque no perciben remuneración o sueldo del Estado, sino honorarios, y menos por lo previsto en el artículo 295.

Lo contrario a la tesis patrocinada por este Despacho, significa propiciar el aislamiento del Estado panameño, que está inserto en el actual mundo globalizado, de la revolución

científica y tecnológica a granel. Mundo en el que el intercambio y la mercancía del conocimiento refleja los avances propios de la era en que nos ha tocado vivir. Ese conocimiento que tienen personas naturales de otros países bien puede ser de provecho estatal, sin que éstas adquieran, repetimos, la calidad de funcionario público, que se reserva, por regla general, a los nacionales panameños.

La capacidad de ocupar y ejercer cargos públicos en el Estado Panameño y su relación con los derechos ciudadanos:

La ciudadanía, se ha dicho, ¿consiste en el derecho de elegir y ser elegido¿.

La Ley 38 de 1941 se creó bajo la vigencia de la segunda de las Constituciones de nuestra era republicana, o sea, la Constitución de 1941, que data de enero de este año. Esta Constitución en el artículo 60, ubicado en el Título IV, atinente a ¿Derechos Políticos¿, preceptuaba lo siguiente:

¿Artículo 60.-La ciudadanía consiste en el derecho de elegir y de ser elegido para puestos públicos de elección popular. Se requiere ser ciudadano para ejercer cargos oficiales con mando y jurisdicción¿.

Esta norma no permite que entendamos en sentido contrario que aquel que no es ciudadano puede ocupar cargos públicos, aunque estos últimos no sean de mando y jurisdicción.

Un precepto similar al de esta Constitución se incluía en el Título II de la Constitución de 1904, relativo a la ¿Nacionalidad y Ciudadanía¿, Título que ha merecido el siguiente comentario del constitucionalista César Quintero:

¿Desde el punto de vista de la técnica constitucional, no es conveniente ni muy adecuado mezclar en un mismo Título las cuestiones referentes a la nacionalidad y a la ciudadanía. Ello es tanto menos recomendable en países como Panamá y Colombia, y tantos otros, que distinguen claramente entre nacionalidad y ciudadanía, identificando ésta con la capacidad para ejercer funciones políticas¿.

Curiosamente, la tercera de nuestras Constituciones, la de 1946, en el inciso segundo del artículo 192 permitió, dentro del gobierno local, a los extranjeros derechos políticos propios de los ciudadanos, que consistían en que éstos podía elegir y ser elegidos para la Cámara Edilicia respectiva, con la condición que los extranjeros así elegidos no representasen más de un quinto de la totalidad de los miembros del Consejo Municipal respectivo. Veamos:

¿Son electores en las elecciones para concejales y elegibles a los concejos los extranjeros con cuatro años de residencia continua en el respectivo distrito o con residencia de dos años, si son casados con nacionales o si tienen hijos panameños en el mismo. En ningún caso la representación de unidades extranjeras en las corporaciones municipales puede comprender más de un quinto de la totalidad de los miembros de éstas.¿

Sobre este tema el doctor Quintero ha expresado que nuestra Norma de Normas (refiriéndose claro está a la de 1946) es una de las pocas en el mundo que concede este limitado derecho electoral a los extranjeros.

Las Constituciones y los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales suelen condicionar los derechos políticos a requisitos como la edad y la nacionalidad, entre otros.

Actualmente, bajo la vigencia de la Constitución de 1972 y sus posteriores reformas, la ciudadanía que antes se adquiría a los 21 años, y desde ésta a los 18 años, expresa claramente en el artículo 125, que son ciudadanos de la República todos los panameños mayores de 18 años, sin distinción de sexo; y el artículo 126 de forma mucho más precisa que:

¿Artículo 126. Los derechos políticos y la capacidad para ejercer cargos públicos con mando y jurisdicción, se reservan a los ciudadanos panameños¿.

Este artículo resiste el mismo comentario en el sentido de que no permite interpretar que los extranjeros o aquellos no ciudadanos panameños puedan ejercer cargos públicos a pesar de que éstos carezcan de mando y jurisdicción. La razón principal es que los derechos políticos son exclusivos de los ciudadanos panameños.

Para que un extranjero pueda gozar de los mismos, tendría que naturalizarse, adquiriendo la nacionalidad panameña; y aún así hemos visto que aunque ciertos cargos no sean de elección popular requieren la nacionalidad panameña por nacimiento para aspirar a ser designados o nombrados en ellos. Tal es el caso del Procurador de la Administración, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Contralor General de la República, por citar tres casos. (Cfr. artículo 201, numeral 1, 218 y 275 de la Carta Magna vigente).

No existe duda, pues, de la íntima relación por lo menos en lo que a nuestro Derecho Constitucional y tradición jurídica se refiere, entre la capacidad para ejercer cargos públicos, incluso sin mando y jurisdicción, y ser nombrado servidor público; tesis que refuerza el artículo 295 de la Constitución, que ordena que los servidores públicos sean de nacionalidad panameña, y que se esgrime violado.

Sin embargo, en el presente asunto ha habido un error de interpretación respecto del artículo 1 de la Ley 38 de 1941, específicamente del inciso o párrafo que acompaña esa norma legal, que ni siquiera ha sobrevenido inconstitucional, salvo mejor criterio, bajo el imperio de las posteriores constituciones de 1946 y 1972 y sus reformas.

Deseamos reforzar la opinión sobre el particular con lo expresado por el doctor César Quintero, a propósito de exponer las prohibiciones y restricciones que prevé el ordenamiento constitucional a los extranjeros residentes en nuestro país. Una de estas prohibiciones precisamente es la que trata de ¿Empleos públicos¿. El artículo 240 de la Constitución de 1946, similar al actual 295 de la Constitución de 1972, establecía que los servidores públicos deben ser de nacionalidad panameña, salvo lo que dispusiese la propia Constitución. El mencionado jurista explica al respecto:

¿Es evidente que, según este artículo, sólo la Constitución puede establecer excepciones a la prohibición general que, con respecto a los extranjeros, fija el artículo 240. Es decir, dichas excepciones no se podrían introducir por medio de ley ordinaria y, mucho menos, por medio de actos inferiores en jerarquía a ésta.

Ahora bien, la Constitución no establece de modo expreso tales salvedades.

Sin embargo, antes y después de la vigencia de la actual Constitución, el Estado ha seguido la práctica de contratar extranjeros para prestar servicios técnicos o profesionales, ya sea en relación con la enseñanza oficial o bien con respecto a servicios o investigaciones científicas.

Tales profesionales al servicio del Estado, ya sea que se les considere o no funcionarios o empleados públicos, no son pues nombrados por decreto ni podrán entrar, desde luego dentro de la carrera administrativa. Sus servicios se consideran temporales y están regidos, como hemos indicado, por un contrato concertado entre el respectivo profesional y el Estado.

A juicio de este Despacho, la práctica de la Administración Pública no es contra constitutionem, y no debe entenderse que los profesionales o técnicos especiales que contrate el Estado panameño son servidores públicos, ya que el fundamento de su relación con el Estado y la naturaleza misma de ese vínculo jurídico es distinta a la que mantiene el Estado con sus funcionarios. Sin perder de vista que tales extranjeros los abarca de forma incontestable lo que preceptúan los artículos 15, 20 y concordantes de la Constitución Política.

Por todas las razones expuestas, solicitamos al Pleno que declare que el párrafo del artículo 1, de la Ley 38 de 1941, no es inconstitucional.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Licda. Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración

AMdeF/22/bdec.

Lic. Victor L. Benavides P.
Secretario General