

C-No.193

Panamá, 17 de agosto de 2001.

Licenciada

CONCEPCIÓN CORRO

Directora General del Sistema Penitenciario

E. S. D.

Señora Directora General:

En cumplimiento de nuestras funciones como Asesora y Consejera de los funcionarios de la Administración Pública, nos permitimos ofrecer contestación a la Consulta que tuvo a bien elevar a esta Procuraduría de la Administración, relacionada con las normas aplicables a los Custodios Penitenciarios, por la comisión de faltas administrativas.

Usted sostiene en su Consulta, que debido a la naturaleza del servicio que prestan los custodios penitenciarios como servidores públicos, el Ministerio de Gobierno y Justicia reglamentó dicha profesión mediante Resuelto N°.441 de 4 de septiembre de 1997; no obstante **-ha señalado-**, que en atención a la Ley N°.9 de 20 de junio de 1994, por la cual se establece y regula la Carrera Administrativa, la misma establece las faltas y sanciones correspondientes, no coincidiendo siempre con lo reglamentado en el Resuelto precitado.

Ahora bien, este Despacho ha leído con detenimiento dicho instrumento jurídico, percatándonos que el mismo (el Resuelto N°.441), adolece de serias deficiencias de forma y fondo, en lo que respecta a su técnica de redacción, que hacen imposible determinar en estricto Derecho que tipo de instrumento es. Veamos:

DEFICIENCIAS:

- I. A foja N°.1 del propio documento, éste, se enuncia como **"RESUELTO N°.444 R-180."**
- II. En el tercer párrafo de la misma página, se introduce el término **"REGLAMENTAR"**.
- III. Seguidamente, se Resuelve **"CREAR LA POSICIÓN DE CUSTODIO PENITENCIARIO Y APROBAR EL RESPECTIVO REGLAMENTO"**.
- IV. A foja N°.15 (última página), se utiliza el término **"DECRETO"**.

Como podemos observar, en un solo instrumento legal, se están utilizando simultáneamente diferentes términos que pretenden identificar el documento, lo que hace casi imposible saber con seguridad, qué tipo de documento es en realidad; o sea, si es un Resuelto, un Reglamento, un Manual de Cargos o un Decreto.

DECRETO LEY Y REGLAMENTOS:

Hay una diferencia normativa entre el Decreto Ley y el Reglamento; ambos son actos de carácter general dictados por el Ejecutivo, pero el Decreto Ley tiene fuerza de ley formal; es decir, por medio de un Decreto-Ley puede reformarse, subrogarse, incluso derogarse una ley sobre una materia específica dictada por el Parlamento. En cambio, los reglamentos no pueden modificar leyes. Su

misión es, precisamente, desarrollarlas, sin apartarse de su sentido literal ni de su finalidad racional.

DECRETO REGLAMENTARIO Y
DECRETOS SIMPLES:

Los Decretos reglamentarios se distinguen de los Decretos simples del Ejecutivo, en que los primeros, sientan normas generales (por ejemplo: el Reglamento del Tránsito); mientras que los últimos únicamente se aplican a individuos o casos concretos (un Decreto por el cual se nombra o destituye un funcionario).

REGLAMENTOS DE EJECUCIÓN Y
REGLAMENTOS AUTÓNOMOS

Los Reglamentos, dentro de nuestro sistema constitucional, sólo pueden ser de dos (2) clases:

1. De Ejecución y
2. Autónomos

Los de ejecución son aquellos que el Ejecutivo dicta en desarrollo de ley determinada, a fin de poderla aplicar mejor.

Los reglamentos autónomos son los que no desarrollan una ley determinada; lo cual significa que pueden apartarse de los principios y normas legales vigentes.

Ahora bien, un Resuelto Ministerial es un instrumento jurídico que se perfecciona con la intervención de un Ministro de Estado y su Vice-Ministro, siendo utilizado para resolver casos administrativos de carácter individualizado, por ejemplo: para conceder vacaciones, traslados y licencias a servidores públicos. El jurista panameño, doctor César A. Quintero, al referirse a

este tipo de actos administrativos sostiene que: todos lo transcrito que se trata de los llamados resueltos ministeriales y de otros actos similares.

Originalmente, tales disposiciones administrativas llevan las firmas del Presidente y del Ministro del ramo. Pero en los últimos años, comenzaron a ser firmadas (en la Secretaría de la institución pública) por el Secretario (hoy Ministerio) y por el Subsecretario (hoy Vice-Ministro) del Ramo.

Esta práctica nacional se introdujo de hecho y extraconstitucionalmente, ya que, la Constitución de 1904 no permitía a los Secretarios de Estado dictar disposiciones -aún cuando fueran sobre materias de rutina- sin la firma del Presidente. (CÉSAR QUINTERO. El Órgano Ejecutivo. Folleto de Derecho Constitucional N°.1 del Tomo II, Panamá, abril de 1970. pág.24).

Según los principios del Derecho Administrativo y del Constitucional, las leyes formales son aquellas que dicta la Asamblea en ejercicio de su potestad legislativa. Algunas de ellas requieren, para su aplicación o cumplimiento, ser desarrolladas mediante decretos reglamentarios de ejecución, los que poseen carácter general. Tales instrumentos jurídicos son firmados por el Presidente de la República y por el Ministerio del Ramo respectivo. De este modo se cumple la potestad reglamentaria que reside en el Órgano Ejecutivo por virtud del artículo 179, numeral 14°. De la Carta Magna.

No es posible en tal virtud, de acuerdo al tenor literal de ese precepto, una interpretación sistemática, del magno estatuto y a la costumbre constitucional, desarrollar o reglamentar una ley por medio de un simple Resuelto Ministerial, que ignora la formalidad constitucional sustantiva de la participación del Presidente de la República en la formación del acto.

Se infiere luego entonces, que los Resueltos se utilizan para resolver asuntos de carácter poco trascendentales y, no pueden ser utilizados para reformar, interpretar, adicionar, subrogar o reglamentar una Ley o un Decreto, ya que este tipo de acto administrativo está subordinado tanto a la Constitución como a las Leyes, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 15 del Código Civil, que dispone:

"Artículo 15. Las órdenes y demás actos ejecutivos del Gobierno, expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, tienen fuerza obligatoria, y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución o las leyes".

El Resuelto es un instrumento jurídico que apareció en nuestra práctica administrativa bajo el imperio de la Constitución de 1904, perfeccionado con la intervención de un Ministro de Estado y su Vice-Ministro, como es el caso que nos ocupa, y ha venido siendo utilizado para resolver cuestiones de índole administrativas. Se dictan, por ejemplo, para conceder vacaciones a funcionarios; para designar al funcionario que debe representar a una institución pública en un asunto oficial; para trasladar servidores públicos; para otorgar licencias por enfermedad o gravidez y para indicar a la persona que ha de reemplazar a un funcionario durante un período de vacaciones o licencia, entre otros casos.

Haciendo un pequeño resumen, podemos decir lo siguiente:

- a. El Resuelto Ministerial, es un instrumento jurídico que se perfecciona

con la intervención de un Ministro de Estado y su respectivo Vice-Ministro, para resolver casos administrativos de carácter individualizados.

- b. El Decreto Ley y el Reglamento, ambos son actos de carácter general dictados por el Ejecutivo, pero el Decreto Ley tiene fuerza de ley formal.
- c. El Decreto de Gabinete, es aquél que es firmado por el Presidente de la República y todos los Ministros de Estado que conforman el Poder Ejecutivo.
- d. El Decreto Ejecutivo, lo firman el Presidente de la República y el Ministro del ramo respectivo.

Cabe advertir que en el caso que nos ocupa, del Resuelto N°.441 R-180 de 4 de septiembre de 1997, este no entra en contradicción con la Ley N°.9 de 20 de junio de 1994, por la cual se establece y regula la Carrera Administrativa, partiendo del hecho que en ésta, no está claramente definido en cuanto a qué tipo de instrumento jurídico constituye. No obstante, una vez se determine la verdadera naturaleza jurídica y jerarquía del mismo, se podrá establecer si vulnera o sobrepasa los límites jerárquicos de la Ley N.9 de 1994 y, corresponderá tal pronunciamiento a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia por ser competencia privativa de dicha Sala.

Luego de haber analizado todos estos aspectos, producto de su Consulta, esta Procuraduría de la Administración es del criterio, que lo medular de este asunto radica sobre los límites de la potestad reglamentaria.

Ello significa en principio, que un Reglamento sólo desarrollará el detalle de la Ley en función de la cual es expedido, para los efectos de contar con una mayor flexibilidad en cuanto a los cambios que sea preciso realizar, en virtud de variantes de tipo económico, social, o ambiental etc., que se presenten, y que ameriten su adaptación. Todo lo cual responderá como fundamento y marco limitante, al precepto de carácter y jerarquía legal que precisamente es objeto de reglamentación.

Al respecto, sostiene **GUSTAVO PENAGOS**¹ en su obra "El Acto Administrativo", que: "introducir so pretexto de reglamentación, normas nuevas, preceptos que no se desprenden conforme la naturaleza de las cosas, de las disposiciones legales, reglas que dispongan obligaciones o prohibiciones a los ciudadanos más allá del contenido intrínseco de la ley, implica un acto exorbitante, una extralimitación de funciones, que constituye una clara violación de la voluntad legislativa, cuya vida se pretende asegurar".

Por otra parte es importante destacar que el ejercicio de la potestad reglamentaria supone como requisito, la necesidad previa de una norma legal que sea desarrollada para su aplicación más eficiente, siendo que si bien es cierto no le es dable al reglamento simplemente repetir lo preceptuado en la ley, ya que su existencia carecería de objetivo lógico jurídico, también es cierto que tal como lo señala el profesor García Enterría citado por Penagos, en obra ut supra, pág. 93, "no hay manera de convertir un poder aplicativo de las normas en un poder creador de las mismas".

Para finalizar, debemos indicarle que esta misma acción está recogida, en el Libro Segundo, sobre el

¹ PENAGOS Gustavo, El Acto Administrativo. Ediciones, Librería Profesional, 5ta. Ed., T.II, págs. 71-95.

Procedimiento Administrativo General, en el artículo 35 de la Ley N°.38 de 2000, que establece:

"Artículo 35. En las decisiones y demás actos que profieran, celebren o adopten las entidades públicas, el orden jerárquico de las disposiciones que deben ser aplicadas será: la Constitución Política, las leyes o decretos con valor de ley y los reglamentos.

En el ámbito municipal, el orden de prioridad de las disposiciones jurídicas será: la Constitución Política, las leyes, decretos leyes, los decretos de gabinete, los decretos ejecutivos, las resoluciones de gabinete, los acuerdos municipales y los decretos alcaldicios.

A nivel de las juntas comunales y las juntas locales debe aplicarse el siguiente orden jerárquico: la Constitución Política, leyes, decretos leyes, decretos de Gabinete, los decretos ejecutivos, las resoluciones de gabinete, los acuerdos municipales, decretos alcaldicios y los reglamentos que dicten las juntas comunales."

Así las cosas, se aprecia que evidentemente la fuerza de la Ley es de jerarquía superior a la de los Decretos, Resueltos o Reglamentos, y por tanto estos no pueden igualar su imperio o tanto menos superarlos.

NUESTRAS CONCLUSIONES

1. El Resuelto N°.441 R-180 de 4 de septiembre de 1997, no tiene claramente definida su naturaleza jurídica.
2. El mismo, de manera simultánea pretende constituirse en cuatro (4) instrumentos diferentes, todos de inferior jerarquía a la Ley N°.9 de 20 de junio de 1994, por la cual se establece y regula la Carrera Administrativa; a saber:
 - a. En un Resuelto;
 - b. un Reglamento;
 - c. un Manual de Cargos y;
 - d. un Decreto.
3. Los Decretos de Gabinete, son aquellos que están firmados por el Presidente de la República y, todos los Ministros de Estado que conforman el Gabinete o Poder Ejecutivo; los Decretos Ejecutivos, son los firmados por el Presidente de la República y, el Ministro del ramo respectivo. Los Resueltos Ministeriales, son aquellos que los firma un Ministro de Estado y, su respectivo Vice-Ministro; los cuales para que tengan plena validez jurídica deben ser publicados en Gaceta Oficial.
4. La potestad reglamentaria tendrá mayor extensión puesto que la ley, por ser de concisa o parca redacción, requiere que se detallen con mayor precisión y concreción los elementos necesarios para cumplimiento, a través de los reglamentos.
5. Los límites de la potestad reglamentaria pueden ser de carácter formal o de índole material. Los primeros atañen a la competencia para dictar el reglamento, al respecto por las

normas de superior jerarquía, sobre todo a la Constitución y las leyes, según se prevé en el artículo 15 del Código Civil, y al respecto por el procedimiento legal para la elaboración y promulgación de los reglamentos. **Los límites materiales hacen relación con la limitación de la potestad discrecional de reglamentar las leyes, que debe ejercerse en interés público y no con abuso o desviación de poder.**

6. Es importante tener presente que los Resueltos, Reglamentos, ni los Decretos pueden derogar o modificar el contenido de Leyes formales, Decretos Leyes o legislativos
7. Este Despacho, considera que en lo sucesivo, en materia administrativa, se analice con mayor detenimiento el contenido del Resuelto N°.441 R-180, antes de ser aplicado y, se consulten otras normas como la Ley N°.9 de 1994, el Código Administrativo o la Ley N°.38 de 2000, que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, regula el Procedimiento Administrativo General y dicta otras disposiciones.
8. No obstante el punto anterior, debemos indicar que sobre el Resuelto N°.441 R-180 de 1997, recae el principio de **PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD**, el cual advierte, que los actos administrativos se presumen legales, y son válidos hasta tanto la Corte Suprema de Justicia no los declare ilegales o inconstitucionales.
9. En la Administración Pública, rige la presunción de legalidad, y mientras una disposición normativa no sea declarada contraria a derecho, los actos que se fundamenten en tal disposición son válidos al tenor de lo preceptuado en el artículo 15 del Código Civil.

RECOMENDACIÓN

1. Como es de su conocimiento, a partir del 24 de julio próximo pasado, se iniciaron las discusiones del Proyecto de Ley sobre "**El Sistema Penitenciario**", en el Salón Azul del Palacio Legislativo.

Por tal razón le recomendamos a la Directora General del Sistema Penitenciario, proponer en dichas sesiones a la Sub-comisión de Derecho Humanos, que el contenido del Resuelto N°.441 R-180 de 4 de septiembre de 1997, sea discutido, incluido y regulado en la futura Ley sobre el Sistema Penitenciario para fortalecer su contenido.

2. Como siempre, he de expresarle que la Procuraduría de la Administración, está anuente a colaborar con su Despacho, para la mejor interpretación de las normas o leyes vigentes, para una mejor solución a los problemas que se nos plantean.

Esperamos de este modo, haber atendido debidamente su solicitud; nos suscribimos de usted, con la seguridad de nuestro respeto y consideración.

Atentamente,

ALMA MONTENEGRO DE FLETCHER
Procuradora de la Administración