

OSCAR TERAN



DEFENSA

DEL SEÑOR

Hilary B. Parker

342.11

T315

OSCAR TERAN

Las leyes inconstitucionales y el Poder Judicial

DEFENSA

DEL SEÑOR

Hilary B. Parker

AGENTE DE LA "ROYAL MAIL STEAM PACKET CO."

ALEGATO

ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

PANAMA.



1911.

TIP. EXCELSIOR

PANAMÁ.

ALEGATO.

Señores Magistrados:

La defensa, en la causa criminal contra el Agente de la "Mala Real", señor Hilary B. Parker, por infracción de la Ley panameña número 24 de 1910, ofrece—en apoyo de una absolución incondicional—las conclusiones de derecho siguientes:

(1) *Lo actuado en la causa es nulo en cuanto al procedimiento empleado;*

(2) *La prueba de autos no constituye prueba legal de la que se requiere para condenar; y*

(3) *La Ley cuya infracción se castiga en la persona del Agente de la "Mala Real" es inconstitucional y no puede aplicarse.*

Si yo aspirara—diré con David Dudley Field—á vincular mi nombre á un gran acontecimiento en la historia constitucional del país, ninguna ocasión más propicia que esta para ello. Lo que aquí se debate vivirá en la memoria de los nombres luengos años después que las plantas que huellan estas salas hayan rendido la última jornada y que las voces que aquí se alzan hayan callado para siempre. El papel del abogado en este debate es inferior al vuestro, señores Magistrados, aunque algo le toque en la responsabilidad común; pero los conceptos con que habréis vosotros de ponerle fin vivirán eternamente en la jurisprudencia nacional.

I.

Lo actuado en la causa es nulo en cuanto al procedimiento empleado.

Sindicóse al señor Hilary B. Parker, súbdito inglés, domiciliado en la República, por el Juez del Circuito de Colón en lo criminal, como infractor de la Ley 24 de 1910, á causa de haber—en el desempeño de sus deberes de Agente de la Compañía de vapores denominada “Mala Real”—vendido á personas que, se dice, son empleados de la Zona del Canal, boletos de pasaje para el puerto colombiano de Barranquilla por vapor de la Compañía.

La Ley infringida dice, en lo pertinente, así:

«Art. 1º—Toda persona que engancharé empleados, operarios ó trabajadores en la obra del Canal, sufrirá la pena de expulsión del país por dos á seis años.

«Art. 2º—Los cómplices, auxiliadores y encubridores de este delito, sufrirán las dos terceras partes de la pena aplicable al autor principal.

«Art. 5º—Considéranse como cómplices, auxiliadores y encubridores del delito de que se trata, á los Agentes de Compañías de vapores y empresas de transporte que vendan boletas de pasaje á individuos que hayan sido contratados ó engançados, para abandonar los trabajos del Canal, con destino á otros trabajos en la República ó fuera de ella.»

Y esta ley singularísima, no contenta con crear un delito nuevo, ordenado al beneficio particular de entidad extranjera, dio vida á una mayor novedad incorporando en nuestro derecho adjetivo la disposición del artículo 3º concebido en estos términos:

«Art. 3º—La pena será impuesta por el Juez del Circuito en que el hecho tuviere su consumación, mediante juicio oral en que se atenderán los cargos y descargos hasta obtener la convicción plena.» (1)

¡Juicio oral! ¿Y á qué corresponde en nuestro derecho procedimental esa fórmula? ¿Dónde se describen y detallan sus trámites? ¿Cuál es la norma reglamentaria de la actuación judicial que ella provoca? La ley que creó la novedad ha debido decir en qué consiste; quien evocó la síntesis ha debido suministrar el análisis, ya que, en ningún lugar de nuestra legislación adjetiva, que yo sepa, se da procedimiento alguno que responda á lo que sea juicio oral.

(1) He aquí ya un principio de inconstitucionalidad: modificar el procedimiento judicial de la República y no á propuesta de las Comisiones especiales de la Asamblea ni de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia [Constitución, art. 98, inc. 2.º]. La Ley 24 de 1910 se pidió á la Legislatura por el Presidente de la República en Noviembre de 1910; fue propuesta, como proyecto, individualmente, por los diputados H. Patiño y Santiago Pinilla; modificada en segundo debate á instancia del señor Patiño quien llevó escritos ó incorporó, sin discusión, los artículos 5, 6 y 7; fue ley el 5 de Diciembre de 1910 y se sancionó el mismo día. (G. O. números 1377, 1279, 1380, 1290, 1299 y 1302.)

Ante el profundo silencio de la ley, y para salir del apuro, dos caminos se ofrecían al Juez 2.º del Circuito de Colón, uno legal, arbitrario el otro, á saber: ó adoptaba para la causa el modo de proceder en los juicios criminales ordinarios (Título IX, Libro II del Código Judicial)—consistente en sumario, plenario y sentencia,—ó inventaba un procedimiento *sui generis* destinado á ser la interpretación suya, personal, del juicio oral.

Lo primero, lo racional y jurídico, tenía á favor de su adopción el artículo 2020 del Código Judicial que dice:

«Art. 2020.—En los negocios sujetos á procedimientos especiales son aplicables las disposiciones de los juicios comunes ordinarios en cuanto no se opongan á las dadas especialmente para cada procedimiento; y los puntos que no estén decididos por éstas, se decidirán por aquéllas.»

Adoptado este camino se habría empezado por investigar el delito en el sumario, se habría dictado auto de proceder si con mérito para ello, y —como complemento del plenario—se habría celebrado el juicio *oralmente*, esto es, de palabra ó de viva voz. ¿Por qué no considerar la fórmula “juicio oral” de que habla la Ley 24 de 1910 como designación nueva de la actuación judicial llamada en nuestra jerga forense “celebración del juicio”? (1)

Entendida así la ley y suplida su deficiencia quedaban conciliadas las cosas dentro de un procedimiento legal.

Pero el Juez del conocimiento optó por lo otro, es decir, por darle una interpretación antojadiza á la expresión “juicio oral” inventando un procedimiento *ad hoc* que es todo obra exclusiva suya, fabricación propia, original y característica.

En efecto: el proceso contra el señor Parker rompe inopinadamente con un auto de fecha 15 de Mayo de este año que dice:

«Estudiando este asunto para fallar (el asunto es un *juicio oral* seguido contra H. B. Owen como enganchador de obreros) «se advierte que al señor Hilary B. Parker, Agente en este Puerto «de la Royal Mail, se le sindicó de infracción de la Ley 24 de «1910 en el mismo hecho materia de este juicio. Es, pues, del «caso oírlo á fin de juzgarlo razón por la cual haciendo uso de la «facultad que confiere el artículo 1715 del Código Judicial (2), «se decreta la práctica de nueva audiencia, que se considerará «como prolongación de la anterior, con asistencia del señor «Fiscal del Circuito, el señor Alcalde Municipal del Distrito, del

(1) “Juicio oral” puede estar allí como equivalente del vocablo inglés “trial” que significa: vista de la causa en audiencia pública. El contexto general de la ley, su poco castizo lenguaje, la sujeta—materia de ella y sus antecedentes, dejan ver en sus disposiciones un origen exótico y en su texto la huella de un mal traductor de la lengua de Shakespeare.

(2) El artículo citado dice:

“Antes de dictar el Juez sentencia, puede practicar todas aquellas diligencias que juzgue convenientes para aclarar los puntos que encuentre oscuros ó dudosos en el proceso.”

Como se ve la cita no viene al caso.

«sindicado Hilary B. Parker, de H. B. Owen, A. B. Hubson, del señor Elías Aizpuru, Comandante del Puerto, y de cualquier otro testigo que las partes soliciten.....»
«La audiencia tendrá lugar mañana á las 8 a. m.....»

Viene en seguida de este auto larga relación de una audiencia habida el 16 de Mayo encaminada á oír y juzgar á Parker. Esa relación ó acta informa de que ni el Alcalde ni el Fiscal ni persona alguna presente tuvo cargo que proferir contra el sujesto sindicado. No obstante lo cual el Juez procedió, por su cuenta y riesgo, á interrogar á Parker sobre cosas inconducentes, y éste, por medio de apoderado, á sincerarse de cargos fantásticos que ninguno le había hecho. A la tarde, continuación de la audiencia anterior con el mismo resultado. Terminó todo con los alegatos orales del Fiscal del Circuito y del defensor, de acuerdo uno y otro en pedir con instancia la absolución del sindicado.

Exponer lo actuado por el Juez 2º del Circuito, en el caso que se contempla, es dejar comprobada la improcedencia de todo ello, su falta de origen conocido. Y como por ese procedimiento se ha juzgado al señor Hilary B. Parker, síguese que se le ha juzgado sin instruirse sumario, sin dictarse y notificarse auto de enjuiciamiento, sin recibirse la causa á pruebas y, finalmente, sin señalar día y hora para la celebración del juicio y sin celebrarse; en una palabra, se le ha juzgado sin la observancia de los trámites preestablecidos por las leyes.

Luego es nulo lo actuado; pues—según el artículo 22 de la Constitución—nadie podrá ser juzgado sino *en la forma*, esto es, según el procedimiento establecido por leyes preexistentes.

II

<i>La prueba de autos no constituye prueba legal de la que se requiere para condenar.</i>	Pero no sólo se ha juzgado al señor Parker según un procedimiento extraño á nuestras leyes y á nuestras prácticas; también se le ha sentenciado á ser expulsado del país, en el primer vapor que zarpe de este puerto para el extranjero, por el término de tres años, seis meses y diez días—sin que medie la prueba requerida.
---	--

La sentencia que condena al señor Parker, proferida el 20 de Mayo del año en curso, expulsa asimismo y por término más dilatado, á un tal H. B. Owen, jamaicano, reo del delito de enganchar trabajadores en la obra del Canal.

Preguntáis de dónde viene que en una misma sentencia se fallen causas diferentes? La respuesta está en los autos. De ellos resulta que, á instancias del Alcalde del Distrito, ó más bien, de un señor Geo. M. Lewis—Sargento de Policía de la Zona del Canal—se celebró, de orden del Juez del Circuito, una serie de audiencias públicas ordenadas á convencer del crimen

de *enganchar trabajadores* al jamaicano H. B. Owen. Estas audiencias sucesivas, á razón de dos diarias, tuvieron lugar en los días 10, 11 y 12 de Mayo. Conviene leer las actas levantadas. Parecen cosas de mítines políticos. “Fue leída—dicen todas ellas—el acta de la audiencia anterior y puesta en consideración de las partes concurrentes, fue aprobada y firmada sin modificación alguna.”

Figuran en estas actas las declaraciones de un número considerable de testigos traídos ex-profeso para comprobar el cuerpo del delito y señalar al delincuente H. B. Owen. Entre los testigos cuyos dichos y respuestas se encuentran allí están los señores Hilary B. Parker y A. G. Rubson, Agente el primero y Tiquetero el segundo, de la Compañía de vapores “Mala Real”. Declara aquél bajo juramento haber vendido, por medio del Tiquetero y de orden y cuenta de A. H. Brig de Barranquilla, boletos de pasaje á individuos que fueran portadores de una cédula ó tira de papel con la firma de la persona ordenadora de los pasajes y responsable de su valor. El Tiquetero, por su parte, declara, también bajo juramento, haber despachado boletos de pasaje á los mismos individuos de acuerdo con instrucciones recibidas del Agente, señor Parker.

Que éstos y los demás testimonios contenidos en las actas de las audiencias en cuestión constituyan plena prueba contra el jamaicano H. B. Owen, no me toca á mí decidirlo. Escaso valor demostrativo puede adherirse, en verdad, á declaraciones recibidas por un Juez de Circuito con infracción de los artículos 632, 1547, 1549, 1684, 1690 y 1691 del Código Judicial (1). Mas sea de esto lo que fuere, lo que sí no cabe remitir á duda es que esas declaraciones carecen absolutamente de fuerza probatoria en una causa distinta de aquella en que figura. La razón es obvia: esos testimonios, que pueden ser “judiciales” en las audiencias en que se rindieron, no lo son en la audiencia en que *no* se rindieron. En ésta vienen á constituir prueba de prueba y necesitan, por consiguiente, ratificación como en el caso de diligencias extrajudiciales. Debe decirse lo propio de los boletos de pasaje y cédulas reconocidos por los testigos en las audiencias celebradas para juzgar al jamaicano Owen: tales documentos, sin reproducción y sin nuevo reconocimiento, no valen nada—desde el punto de vista de la prueba legal—en el juicio ó audiencia celebrada para juzgar al Agente de la “Mala Real” en Colón. (2)

Con particularidad es esto cierto de la declaración jurada dada por el señor Parker en el juicio de Owen y que el Juez del conocimiento ha estimado como confesión, contra quien la dió,

[1] Estos artículos disponen que los testigos firmen sus declaraciones, las rindan separadamente de modo que ninguno oiga las de los otros, las oigan leer después de rendidas por si tuvieron algo que enmendar y que se presenten listas de testigos por una y otra parte con anticipación á la celebración del juicio; nada de lo cual llegó á observarse en el caso de autos.

[2] Esta doctrina es constante: sostiénela Mittermaier [Pruebas en materia criminal, parte sexta], González de Alba, [Apéndice, parte sexta], Concha [Pruebas Judiciales, cap. XXIII], y otros.

en la sentencia definitiva, donde cita como fundamento de la misma el artículo 1660 del C. J. que dice:

«Art. 1660.—La confesión libre y espontánea hecha por el procesado en presencia del Juez ó del funcionario de instrucción y por ante el Secretario, hace plena prueba contra él, y es por sí sola bastante para condenar.....»

Parker declaró en una de las audiencias del juicio de Owen como testigo, por lo que se le tomó juramento y se le leyeron las disposiciones penales sobre falsedad y perjurio. Así rendida, esa declaración no es ni puede ser “confesión libre y espontánea” y mucho menos puede servir contra el mismo declarante cuando, con posterioridad á ella, se viene en sindicársele.

El artículo 1661 del C. J. dice:

«Art. 1661.—La confesión que uno hace en un juicio no le perjudica en otro juicio que contra él se siga.»

Pero ¿son realmente juicios diferentes los que se contienen en estos autos contra H. B. Owen y Hilary B. Parker? ¿No constituye todo lo actuado un solo juicio por un solo delito contra un solo autor y su cómplice?

Respondo, no; porque no resulta así de autos. El Juez sindicó á uno y á otro en virtud de ordenaciones separadas y *los juzgó* en audiencias distintas. Ya había concluido la celebración del juicio contra Owen cuando se dió principio al juzgamiento del señor Parker. Qué digo; si los mismos hechos—causa de los enjuiciamientos—son diversos entre sí.

En efecto: la infracción del artículo 1º y la del artículo 6º de la Ley 24 de 1910, orígenes de los casos en cuestión, constituyen dos delitos diferentes. Estriba el uno en infringir la prohibición de “enganchar empleados en la obra del Canal”. Consiste el otro en infringir la prohibición de “vender billetes de pasaje á tales empleados”. En el hecho de *engancharlos* está el cuerpo del delito en uno de los casos; en el hecho de *venderles pasajes* está el cuerpo del delito en el otro. Resulta claro que cada uno de estos delitos existe por sí solo sin sujeción ó dependencia recíproca. Dice el artículo 1505 del C. J.:

«Art. 1505.—Por un solo delito ó culpa se seguirá un solo proceso, aunque sean varios los responsables; y también se seguirá uno solo cuando no hay más que un reo, aunque los delitos ó culpas sean varios.»

En estos autos hay dos delitos y dos sindicados; luego se requerían dos “juicios orales” para juzgarlos. Y así se practicó: el Juez del conocimiento ordenó para cada delito y para cada sindicado una audiencia especial y exclusiva. Sólo que apreció en un juicio, sin reproducirlas ó repetirlas, las pruebas

recibidas y admitidas en el otro. (1) De lo que se sigue que no existe en las diligencias creadas para juzgar al señor Hilary B. Parker prueba legal bastante para condenarlo; la apreciada en la sentencia, contra él, pertenece á un juicio distinto y no lo alcanza.

III

La ley cuya infracción se castiga en la persona del Agente de la «Mala Real» es inconstitucional y no puede aplicarse.

Objetados el procedimiento y la prueba, procede ahora examinar la propia ley que erige en delito el hecho enjuiciado y lo castiga. Ruego para mis palabras toda vuestra atención.

La Ley 24 de 1910 prohíbe á las empresas de transporte la venta de pasajes. El artículo 6º de allí dice:

«Art. 6º—Los Agentes de Compañías de vapores no podrán vender billetes de pasaje á los empleados, operarios ó trabajadores de la obra del Canal, á menos que para cada caso se les presente un permiso escrito de la primera autoridad política del puerto de donde deben salir.»

Como la ley no da regla ninguna para distinguir los empleados, operarios y trabajadores de la obra del Canal de aquellos otros individuos que no lo son, sino que deja eso para ser adivinado por los Agentes de las Compañías de vapores—el artículo 6º, en la práctica, equivale á una prohibición general de vender billetes ó tiquetes de pasaje; pero con una excepción, á saber: la de poder venderlos á los individuos que los soliciten con permiso escrito del Gobernador de la Provincia.

Esta excepción, claro está, disminuye y restringe á los que son objeto de ella, el derecho que tiene “toda persona” por la Constitución (artículo 21) á viajar dentro de los límites de la República *y cambiar de residencia sin necesidad de permiso, pasaporte ú otro requisito semejante.* El conflicto entre la ley y la Constitución es aquí patente: según aquélla, requiérese permiso para cambiar de residencia; según ésta, puédesse cambiar de residencia sin permiso.

Dejo constancia de esta primera antinomia y torno á la prohibición de vender á los empleados, operarios y trabajadores en la obra del Canal, boletos de pasaje para el extranjero.

Decía, que la ley 24 prohíbe este comercio á los agentes de las Compañías de vapores, agentes que—como meros empleados que son de tales empresas—tienen por natural obligación de su encargo—que desempeñar los oficios que constituyen los objetos de aquellas compañías, conviene á saber: los con-

[1] El auto de 15 de Mayo considera la audiencia decretada para el señor Parker como prolongación de las anteriores. Pero esta ficción es inadmisibile.

tratos de transporte, de fletamento y las demás operaciones marítimas propias del género de industria en cuestión.

La venta de billetes de pasaje es uno de esos oficios y es además una ocupación honesta. Luego está cobijada por la garantía constitucional según la cual (artículo 29) "toda persona podrá ejercer *cualquier* oficio ú ocupación honesta....."

He aquí una libertad de derecho natural ó de justicia, estos, que existe en los asociados necesariamente, con anterioridad á la Constitución, la cual no hace más que declararla. Aunque esta declaración no se necesita porque—aun sin ella—las autoridades están constituidas para respetar y hacer respetar los derechos naturales (artículo 75), obedece, sin embargo, al propósito de comunicar al derecho estabilidad y firmeza y eficaz protección contra las veleidades legislativas, de tornarlos intocable é inalienable. Es prohibido—dice el artículo 48 de la Constitución—á la Asamblea Nacional dictar leyes que *disminuyan, restrinjan ó adulteren* cualquiera de los derechos individuales. Ni se detienen aquí las precauciones. Como pudiera suceder que la Asamblea Nacional, en casos excepcionales, echara en olvido la prohibición de tocar al sagrado de los derechos individuales, la Constitución le ha impuesto al Poder Ejecutivo la obligación (art. 105, inc. 2º) de recordarles su deber á los padres conscriptos objetando por inconstitucionales sus tentativas aviesas.

¿Y de tal suerte—pregunto yo—quedarán permanentemente garantidos, y á salvo contra el abuso, los derechos individuales? En otras partes, sí. En los países en que el respeto recíproco de la libertad ha adquirido las proporciones de un hábito, así es. Pero entre nosotros ese respeto depende enteramente de las sanciones legales, de donde que—si éstas no aciertan á prevenir todos los casos y queda un intervalo, uno solo, por donde horir impunemente la libertad—se la asesina sin escrúpulo.

La Constitución de Panamá ha establecido entre el poder legislativo y el ejecutivo cierto equilibrio y contrapeso que aseguran, mientras obran independientemente, la permanencia y el eficaz funcionamiento de los derechos individuales. Pero no ha previsto el caso en que la Asamblea Nacional y el Presidente de la República obren de concierto, se mancomunen y conspiren para despojar á los asociados de sus prerrogativas, menoscabándoselas ó restringiéndoselas. Puéstos de acuerdo Legislativo y Ejecutivo para la empresa proditoria, ni la Asamblea recordará la terminante prohibición contenida en el artículo 48, ni el Presidente, su veto constitucional, y la primera dictará leyes destructoras de los derechos individuales y el segundo las sancionará sin que á los asociados indefensos les quede otro recurso que sufrir las consecuencias.

No de otra suerte se dió y se sancionó la Ley 24 de 1910.

Sólo mediante un acuerdo de aquellos poderes públicos ha podido llegar á ser viable el referido acto legislativo.

Porque es evidente que entre el artículo 29 de la Constitución que dice:—“toda persona podrá ejercer cualquier oficio ú ocupación honesta”—y el artículo 6º de la Ley 24 que dice:—“los Agentes de Compañías de vapores no podrán vender billetes de pasaje”, existe una contradicción irreductible. Son las dos disposiciones que se excluyen. La Constitución les dice á los agentes de las compañías de vapores: vended enhorabuena vuestros billetes de pasaje; la Ley 24 les advierte: no podéis venderlos. La Constitución replica: al ejercicio de esa ocupación tenéis derecho perfecto; la Ley repone, si ejercitáis ese derecho os expulsó de la República (arts. 2 y 5).

El que la prohibición de la venta de billetes se limite, en la Ley, á un orden determinado de personas, á saber: á los empleados, operarios ó trabajadores de la obra del Canal, no le quita á la prohibición su carácter esencial de ser contraria á la Constitución la cual asegura el libre ejercicio de los oficios y ocupaciones sin más limitación que la de ser *honestos*. Ley que pone al ejercicio de esa libertad limitación distinta de la moralidad, seguridad y salubridad (únicas condiciones legales de lo honesto), necesariamente agrega lo que no está en la Constitución y en tanto cuanto ello sea, disminuye, restringe ó adultera la garantía constitucional, es decir, la viola y contraria.

Sin contar con que la Ley 24 menoscaba y cercena la extensión ó el radio á que puede dilatarse el ejercicio de una ocupación honesta para cuya actividad es campo prohibido por la Ley la Zona del Canal, mientras que la Constitución, por el contrario, dilata en todas direcciones el ejercicio de los oficios honestos, á tal grado, que los torna ilimitados, excepto en lo que afecten á la moralidad, la seguridad y la salubridad públicas.

Pero hay más. La disposición legal en que me ocupo, esto es, el artículo 6º de la Ley 24, resulta irreconciliable con el artículo 42, inciso 1.º de la Constitución; ésta garantiza al dueño su “propiedad” cuyo goce consiste en “sacarle á la cosa todos los frutos que puede producir” (Escrich); la Ley prohíbe la venta de pasajes á los empleados de la obra del Canal, es decir, ciega una fuente de productos anexos al ejercicio de una industria.

Clasifica Leroy-Beaulieu entre las industrias la que denomina “industria de transporte” la cual consiste, dice, en trasladar de un punto á otro hombres y cosas (1). Una industria es “propiedad” de su dueño y, por tanto, alcanza á ella con justicia la garantía constitucional de que “nadie podrá ser privado de su ‘propiedad’ *en todo ni en parte* sino en virtud de pena ó de contribución general con arreglo á las leyes.”—Prohibir la venta de pasajes entre cierta categoría de personas: los empleados de la Comisión Istmica del Canal que suman

(1) Précis d'Economie Politique, p. 3.

44251, de los cuales 12299, blancos, y 31962 negros (1), es restringir el ejercicio de la industria de transporte y privar al dueño de ella de parte de su propiedad—la cual, según ya he dicho y repito—en cuanto al goce, consiste en sacarle todos los frutos que puede producir. En otras palabras, la Constitución asegura á las compañías de vapores que vender pasajes á quienquiera los pague constituye propiedad industrial de que nadie podrá privarlas;—mas la Ley 24, á despecho de la Constitución, les dice: no podréis ejercer vuestra industria de transporte entre los empleados, operarios y trabajadores de la obra del Canal, so pena de expulsión para vuestros agentes. Esta prohibición de la Ley significa, para la industria de transporte, un lucro cesante anual de muchos miles de pesos, y es, por consiguiente, un atentado contra la propiedad.

Ved aquí, pues, una nueva antinomia irreductible entre la Constitución y la Ley, antinomia que no ha debido presentarse dadas las precauciones y trabas con que están llamados á tropezar los proyectos de ley inconstitucionales; pero que ha sido posible merced al acuerdo ó conspiración legislativo—ejecutiva á que se debe el paso de la Ley 24 de 1910.

Ahora bien: contra estas leyes inconstitucionales, inícuo engendro de la complicidad de dos de los poderes públicos, ¿no ofrece el derecho recurso alguno? ¿No habrá, contra la ley que osa prohibir y que castiga la observancia de preceptos constitucionales, un árbitro con potestad de sustraer del alcance de la *ley ordinaria* al que ha obrado con arreglo á la *ley fundamental*?

La infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de una persona exime, del deber de obediencia, al inferior quien queda investido—por el artículo 35—del poder de interpretar la Constitución y de decidir entre ella y la orden superior, ¿y no habrá en el mecanismo constitucional una entidad que desempeñe en la administración pública papel idéntico al asignado al empleado subalterno por el artículo 36 de la Constitución? Esta misma disposición, por extensión, ¿no eximirá del deber de obediencia á la ley, al poder llamado á aplicarla, cuando vea en ella la infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de una persona? ¿No es el poder judicial un inferior respecto de la ley? ¿Y no es la ley una ordenación, un mandato superior?

El artículo 105 de la Constitución dispone que el proyecto de ley objetado por inconstitucional "... pasará á la Corte Suprema de Justicia para que ésta, dentro de seis días, decida sobre su exequibilidad ..." Medítense los términos de esta disposición y la forma gramatical con que está expresado el pensamiento y se verá que ella no confiere la facultad de decidir sobre la constitucionalidad de las leyes en proyecto, en un caso particular, sino que ordena el ejercicio de facultad pre-existente en la Corte Suprema de Justicia. La disposición consti-

(1) Annual Report Isthmian Canal Commission, 1909:—página 291.

funcional supone en el Poder Judicial aquella facultad y la llama á ejercitarse en el caso allí contemplado, caso verdaderamente excepcional y que, por tanto, requiere especial mención en la Constitución.

Y es que la facultad de dirimir los conflictos entre la Constitución y las leyes, á favor de la primera, resulta de la misión misma del Poder Judicial que es aplicar la legislación á los casos particulares y administrar la justicia constitucional y legal. Si teniendo presente esta misión del Poder Judicial se piensa en la invocación de los constituyentes panameños, puesta al frente de la Constitución y en que se da á ésta por objeto mantener el orden, afianzar la justicia, promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que habiten el suelo panameño; si se piensa en el Poder Judicial con relación al artículo 15 que le impone como fin la protección de las personas en sus vidas, honra y bienes y el asegurar el respeto recíproco de los derechos naturales, constitucionales y legales; si se piensa en el Poder Judicial en relación con el artículo 147 que declara vigente la legislación colombiana en cuanto no se oponga á la Constitución ni á las leyes de la República, habrá que convenir, al fin, en que no sería posible el orden, la justicia y la libertad sin que los poderes legislativo y ejecutivo se ciñeran estrictamente á los preceptos de la Constitución y sin que el judicial tuviese la facultad—cuando aquéllos extralimitasen sus funciones—de quitarles á sus actos inconstitucionales todo poder de dañar á los particulares.

Esta última facultad emana, además, de la naturaleza misma de las cosas. Demuéstralo la magnífica argumentación con que John Marshall—gloria de la judicatura norte-americana—reivindicó para el Poder Judicial de su país, como necesaria, la facultad de decidir entre la Constitución y la ley que la viola. Contaba apenas la federación americana pocos años de existencia cuando un caso particular, sometido á la decisión de la Corte Suprema, puso á ésta, cara á cara con un conflicto entre la Constitución y una ley del Congreso. El *Chief Justice* Marshall dirimió el conflicto á favor de la primera con las memorables palabras que transcribo:

«.....La cuestión de saber si un acto que repugna á la Constitución puede llegar á ser ley de la República, es una cuestión del mayor interés para los Estados Unidos, aunque no muy complicada. Basta solamente, para resolverla, reconocer ciertos principios no de ahora firmemente establecidos.....Los poderes del Congreso son definidos y limitados; y para que no haya cuestión acerca de cuáles son sus límites ó para que no se colviden—se han consignado en la Constitución. Con qué fin se señalarían límites á los poderes y para qué se consignarían por escrito, si tales límites pudieran, en todo tiempo, allanarse por los mismos á quienes ellos atan? La distinción entre poderes ilimitados é ilimitados desaparecería si los límites establecidos no obligasen á las personas llamadas á respetarlos, si los actos prohibidos y los permitidos fuesen igualmente exequibles. Una

«de dos: ó la Constitución prevalece contra los actos legislativos que le son contrarios, ó el Congreso puede cambiar la Constitución por medio de uno de sus actos ordinarios. No hay término medio entre estas dos alternativas. O la Constitución es una ley suprema, inalterable por los medios comunes, ó está á un mismo nivel con los actos legislativos ordinarios y, como éstos, puede ser cambiado á voluntad por el Congreso. Si lo primero es cierto, un acto legislativo contrario á la Constitución no es ley; si lo cierto es lo segundo, la Constitución es sólo tentativa absurda, por parte del pueblo, para poner límites á un poder por su naturaleza ilimitado.

«.....Si un acto legislativo en pugna con la Constitución es nulo ¿podrá, sin embargo de su nulidad, obligar al Poder Judicial y compelerlo á darle efecto? O, en otras palabras, sin ser ley, ¿tendrá fuerza de tal? Por este camino se destruiría, en el hecho, lo que se ha declarado fundado, en teoría. Pero no. A primera vista resulta ello un absurdo demasiado evidente para que se persista en mantenerlo.

«Hay más todavía. Pertenece al Poder Judicial, con especialidad, el declarar el sentido de la ley. Los llamados á aplicar ésta á los casos particulares tienen necesariamente que explicarla é interpretarla. Si dos leyes pugnan entre sí, al Poder Judicial le compete dirimir el conflicto en favor de una ú otra. Así también si una ley está en pugna con la Constitución, si la Constitución y la ley se aplican de consuno á un mismo caso particular de suerte que el Poder Judicial deba ó decidirlo según la ley haciendo caso omiso de la Constitución, ó según ésta, haciendo caso omiso de la ley, dicho Poder Judicial está en el deber de determinar cuál de las dos reglas, que se excluyen, ha de regir el caso. Función es ésta de la esencia misma de la «judicatura. En consecuencia, y debiendo el Poder Judicial atender, de preferencia, á la Constitución que está por encima de cualquier acto legislativo ordinario, es según aquélla, y no según éste, como debe decidirse el caso particular á que ambos «tienen aplicación.....» (1)

La lógica incontestable de este fallo—dictado en 1803—fijó, una vez por todas, en los Estados Unidos al Poder Judicial el lugar que le corresponde en las repúblicas al nivel de los demás poderes y estableció aquel saludable contrapeso y perfecto equilibrio que hace que en los Estados Unidos cada uno de los poderes públicos, sin salirse de su esfera propia, sirva eficazmente para mantener á los demás dentro de la suya.

Arranca también de allí el profundo respeto, la gran veneración que se guarda en aquel país á la Ley Fundamental la cual inspira y anima toda la vida jurídica de sus habitantes como que es “el potente custodio de cuanto es caro para ellos como nación.” Seaman, citado por Adolfo Posada (2), estima la facultad judicial de negarse á aplicar la ley violatoria de precepto constitucional, como una de las causas ocasionales del desenvolvimiento de la libertad civil y de la Constitución en el norte de América.

Y, sin embargo, esta preciosa facultad tiene adversarios. No ciertamente entre los anglosajones, sino entre los tratadis-

(1) Véase: *Marbury v. Madison*, Cranch, 137.

[2] *Derecho Político*—Tomo 3.º, pag. 607.

tas y comentaristas del derecho constitucional latino, influidos aún por la idea monárquica de la dependencia de la judicatura, idea que los lleva á asignarle á ésta lugar secundario en el juego constitucional. Hasta hace poco no más (y todavía en la ley fundamental de algunos países) se señalaba la judicatura como una simple función gubernativa bajo el modesto nombre de administración de justicia. Pero en la República de Panamá la judicatura es un Poder, uno de los tres en que está distribuido el Gobierno (art. 51) y aunque limitado, lo mismo que los otros poderes, según se dice expresamente en el artículo 52,—es lo cierto que la Constitución no le ha señalado atribuciones al Poder Judicial, como así lo ha hecho al Legislativo y al Ejecutivo, ni siquiera ha delegado en las leyes la potestad de fijárselas (1)

No rezan, pues, con él, por razones obvias, las objeciones dirigidas por los adversarios contra la facultad judicial de negarse á aplicar las leyes inconstitucionales en detrimento de las personas. Existiendo esa facultad en nuestro Poder Judicial ¿á qué fin discutirla?

Debo no obstante, en orden á completar este estudio, decir cuáles son las objeciones que se alegan y, bien que ligeramente, contradecirlas. Hélas aquí:

PRIMERA:—*La facultad de que se trata somete el Poder Legislativo al Poder Judicial* (Concha, Derecho Penal, página 30.)

No hay tal cosa: la naturaleza de la facultad que consiste en aplicar la Constitución de preferencia á la ley, á aquellos casos á que ambas se aplican contradictoriamente, excluye toda idea de sujeción ó subordinación de un poder por otro. Por el contrario, la ausencia de la facultad en el Poder Judicial sí podría ser, y es en efecto, incentivo para la extralimitación. “Cuando existe una Constitución en que se limita el ejercicio del Poder Legislativo á ciertas enumeradas atribuciones, la cuestión de saber *quién* ha de dirimir los conflictos entre las leyes y dicha Constitución, no tarda en presentarse. Si se abandona la decisión al mismo Poder Legislativo no dejará de aprovechar la oportunidad para hinchar y extender, so pretexto de interpretar la Constitución, el radio de sus facultades . . . ” (2)

SEGUNDA:—*La función judicial no puede oponerse á aplicar la ley, pues éste no es su ministerio; la ley es preciso suponerla*

(1) Conviene observar que el Poder Judicial, como uno de los poderes constitucionales, es distinto de los tribunales que lo ejercen y de los empleados respectivos. Así que las atribuciones que á esos tribunales y empleados señala el Código de Organización Judicial no son limitativas del Poder Judicial sino reglamentarias de la amplia, genérica y comprensiva atribución de administrar justicia que es el fin constitucional de ese poder. Si, pues, el Código de Organización no ha atribuido especialmente á ninguna entidad la facultad de negarse á aplicar las leyes inconstitucionales, ello no es razón para deducir que el Poder Judicial no la tiene.

(2) Crane & Moses, Politics, pag. 198.

expresión de la conciencia del Estado en virtud de la soberanía que éste tiene. (Adolfo Posada, Derecho Constitucional Comparado. Ed. de 1894, pag. 603.)

Talvez no sea *ese* el ministerio de la función judicial en la Monarquía Española en el estado actual de su derecho constitucional; pero en las repúblicas en que el orden, la justicia y la libertad dependen casi exclusivamente de la ponderación y equilibrio de los poderes públicos, tiene que ser función propia judicial la que sirva, aunque de modo indirecto, para mantener al Legislativo y al Ejecutivo dentro de sus respectivas esferas de acción; cosa que, lejos de contrariar la conciencia del Estado, la confirma, como que esa conciencia—en las repúblicas—está primordialmente en la Constitución cuyos preceptos, por el medio indicado, la función judicial defiende y vindica. El insigne tratadista cuya es la objeción que comento, pártete, sin duda, para formularla, del principio, por él mismo establecido, de que entre la Constitución y las leyes no hay diferencias específicas esenciales sino meramente accidentales é históricas, de lo que se deduce que la Constitución no es más que una ley ordinaria susceptible de ser reformada y aun derogada á placer por otra ley. Muy diverso, sin embargo, es nuestro concepto de la Constitución, fundado en el norte-americano, según el cual la Constitución es la ley de las leyes y norma para interpretarlas.

TERCERA:—*La facultad de interpretar la Constitución reside necesariamente en el Poder Legislativo como condición para poder acomodar las leyes á los preceptos de aquélla. Si esa misma facultad se concediese al Poder Judicial, sucedería que en dos poderes diferentes residía idéntica atribución. Luego debe desecharse en el Poder Judicial esta facultad por serle inútil é innecesaria.* [Angarita, Comentario al artículo 6º de la Ley Colombiana 153 de 1887.]

Ya se ha visto que una facultad *exclusiva* de interpretación de la Constitución por el Poder Legislativo arrastraría á éste á ensanchar y extender inconsideradamente su esfera de acción. En cuanto la interpretación legislativa sirve para mantener á los legisladores dentro de la letra y el espíritu de la Constitución, en tanto es ella *necesaria*; deja de serlo en el momento mismo en que dicha facultad se emplea contra la Constitución ó en violación de sus preceptos. En tal caso el ejercicio de la facultad es abuso y lo que viene á ser necesario es la función judicial que se niega á dar al abuso aplicación legal, sirviendo así á los preceptos constitucionales de eficaz sanción, de garantía efectiva, sin lo cual ¿qué sería la Constitución sino mero fantasma del poder político hecho para el engaño y la burla, ficción de soberanía calculada para dar vida á esperanzas que deja luego perecer, frágil y bamboleante edificio incapaz de dar abrigo contra las tempestades exteriores ó domésticas, criatura en fin á

medio hacer, sin corazón, ni cerebro, ni nervios, ni músculos, sin poder de protección, sin energía redentora? (1)

Se ha invocado el artículo 6º de la Ley Colombiana 153 de 1887 para justificar en Panamá la aplicación judicial obligatoria de leyes manifiestamente inconstitucionales. La disposición invocada dice:

«Art. 6º—Una disposición expresa de ley posterior á la Constitución se reputa constitucional, y se aplicará aun cuando parezca contraria á la Constitución.....»

Este precepto legal debe desecharse en la República de Panamá por insubsistente en razón de ser anterior á la Constitución panameña y de oponerse á su letra y á su espíritu [artículo 147 de la carta fundamental y 9º de la Ley 153 de 1887.]

Se opone á la letra de la Constitución, considerada en los artículos 32, 44, 48, 68, 117, 118, 121 y otros, en cuanto aquella disposición faculta al Congreso para meterse en todo, y los artículos citados vedan á la Asamblea Nacional el legislar sobre ciertas materias.

Contraría asimismo el artículo 6º de la Ley 153 de 1887 al espíritu de la Constitución, en cuanto le rebaja su prestigio y la nivela con las leyes ordinarias, mientras que la tendencia uniforme y armónica de los textos constitucionales es hacer la Constitución superior á las leyes é irreformable por ellas. (2)

El lamentado Presidente de la Corte Suprema, D. Francisco de Fábrega, muerto en la paz del Señor hace ya algunos años, sostuvo en cierta ocasión, en carta oficial dirigida á la Secretaría de Justicia, que el artículo 6º de la Ley 153 de 1887 está vigente. Invocó, en apoyo de su aserto, una razón de autoridad, á saber: la de haber adoptado el Dr. Facundo Mutis Durán en su Proyecto de Código Civil panameño la disposición aludida. “Es claro, como la luz del sol, decía entonces (Febrero de 1907) el Presidente Fábrega, que si la disposición contenida en el artículo 6º de la Ley 153 de 1887 fuera contraria á la Constitución, único caso en que estaría derogada por ésta, el notable codificador no la habría conservado en el proyecto referido, porque ella sería entonces baldía [Gaceta Judicial Nº 46].

El artículo 23 del Proyecto de Código Civil, obra del Dr. Mutis Durán, adopta tanto la doctrina que tiene la Constitución por norma de las leyes como la doctrina derogatoria de la Constitución ó que patrocina las leyes inconstitucionales. La

(1) Palabras del orador forense William Pinckney.

[2] En Colombia mismo ha quedado ya insubsistente el artículo 6º de la Ley 153. Por medio de una enmienda ó reforma constitucional se ha adoptado francamente allí el lema: “La Constitución por sobre todo.” El Acto Legislativo N.º 3.º de 1910, en su artículo 41, ha atribuido á la Corte Suprema de Justicia la facultad de decidir definitivamente sobre la exequibilidad de las leyes ó decretos acusados ante ella, por cualquier ciudadano, como inconstitucionales.

primera doctrina es tomada del artículo 5º de la Ley 57 de 1887 y la segunda del artículo 6º de la Ley 153 del propio año. Dice Angarita: “El primer periodo del presente artículo (6º de la Ley 153) se halla en oposición con el artículo 5º de la Ley 57 de de 1887, en la parte que dice: “Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquélla.” En consecuencia, la disposición transcrita debe estimarse derogada tácitamente cuando la oposición á la Constitución se verifique respecto de ley *expresa*” (1).

Resulta, pues, que el primer inciso del artículo 23 del Proyecto de Código Civil es innecesario en presencia del inciso segundo. En cuanto al segundo inciso, el hecho de figurar en el Proyecto [cuyo autor, justo es reconocerlo, goza de merecida autoridad entre nosotros], no lo salva de la condigna nota de inconstitucional. ¿Cómo no ha de serlo disposición legal que torna posible la aplicación, y por ende, la expedición, de leyes inconstitucionales contra prohibiciones expresas de la misma Constitución?

En la propia coyuntura que estoy recordando el mismo Presidente Fábrega, como argumento en favor de tesis que entonces sostenía, hizo la siguiente pregunta: ¿A qué funcionario ó corporación está atribuida por la Constitución la facultad de declarar inconstitucional una ley después de sancionada? A lo cual dió por respuesta: No hay en la República funcionario ó corporación que tenga tal facultad.

Cómo se conoce que el anciano Magistrado buscaba—y claro está no encontraba—en términos literales expresada en la Constitución la facultad—no de declarar inconstitucional una ley sancionada (*así* la declaración sería el objeto de la facultad) sino de negarse á aplicarla á los casos particulares cuando sea incompatible con la Constitución. No, esa facultad no corre expresa y separadamente en los Códigos fundamentales; no se encuentra en la Constitución de los Estados Unidos. Pero está implícitamente contenida, según se ha visto ya, en todas aquellas disposiciones que establecen precedencia (artículos 15, 147, etc.); ó que fundan la supremacía constitucional [artículos 36, 48, etc.); porque si en el orden de las declaraciones legislativas y en el de la autoridad de los preceptos pertenece el primer lugar á la Constitución y el segundo á las leyes, el Poder Judicial cuya misión es aplicar una y otras á los casos particulares, tiene que observar esa precedencia é inclinarse ante esa supremacía como deber emanado de la Constitución misma y para que ésta sea un cuerpo viviente y efectivo y no un cadáver en que se ceban impanemente los gusanos.

[1] Comentario citado.

SEÑORES MAGISTRADOS:

Resumo esta larga exposición diciendo: Aquellas cosas que la Constitución permite, declara ó reconoce ó que son de la esencia ó de la naturaleza de las cosas permitidas, declaradas ó reconocidas—no pueden prohibirse por la ley ni tampoco calificarse de delitos y castigarse. Cuando, por complacencia ó mucha docilidad, Legislaturas sin historia dan leyes que prohíben lo que la Constitución permite ó que tornan en delito y castigan el ejercicio de los derechos constitucionales, tales leyes no son leyes y es función *necesaria* del Poder Judicial el negarse á aplicarlas.

Por lo que procede la petición que es hago de que declaréis que el señor Hilary B. Parker, como Agente de los vapores de la “Mala Real”, en la ciudad de Colón, *obra* manifiestamente con arreglo á preceptos constitucionales vendiendo billetes de pasaje á todo el que quiera trasladarse de un punto á otro ó cambiar de residencia, y no ha podido, por tanto, cometer delito alguno al venderlos á los empleados, operarios y trabajadores de la obra del Canal.

Panamá, Julio 12 de 1911.

Oscar Terán.

