

Licenciado

Renses M. Barrera Paredes
Fiscal Primero del Tercer Circuito
Judicial de la Provincia de Panamá
La Chorrera-Provincia de Panamá.

Señor Fiscal:

Damos respuesta al Oficio N°.2478 sin fecha, recibido en este Despacho el día 27 de mayo de 1996, en el cual nos eleva Consulta Jurídica relacionada con la aplicación de ciertas normas que regulan el régimen municipal.

En primer lugar, es nuestro deber informarle que el numeral 5 del artículo 217 de nuestra Carta Magna, señala que al Ministerio Público se le atribuye de manera genérica, la función de servir de consejero jurídico a los funcionarios administrativos, y el artículo 101 de la Ley 135 de 1943, en concordancia con el numeral 4 del artículo 348 del Código Judicial, disponen que el Procurador de la Administración tiene la función de servir de consejero jurídico a los funcionarios administrativos que consulten nuestro parecer respecto a determinada interpretación de la Ley o procedimiento que debe seguir.

Se destaca en estas disposiciones jurídicas, como ya se ha expuesto en ocasiones anteriores, que la Consulta debe ser formulada por un funcionario público de carácter administrativo, quedando en esta forma excluidos para consultarnos, los funcionarios con mando y jurisdicción (Ejemplo: Fiscales y Jueces).

Sumado a lo anterior, tenemos que en la mayoría de las interrogantes que se plantean en su Consulta, se nos solicita determinar la legalidad o no de actuaciones administrativas emitidas por el Jefe de la Administración Municipal, lo que corresponde privativamente a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia por mandato de los artículos 203 numeral 2 de la Constitución Política y 98 del Código Judicial que preceptúan:

"ARTÍCULO 203: La Corte Suprema de Justicia tendrá entre sus atribuciones constitucionales y legales, las siguientes:

...

2. La Jurisdicción Contencioso Administrativa respecto de los actos, omisiones, prestación defectuosa o deficiente de los servicios públicos, resoluciones, órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten, expidan o en que incurran en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, los funcionarios públicos y autoridades nacionales, provinciales, municipales y de las entidades públicas autónomas o semiautónomas. A tal fin, la Corte Suprema de Justicia con audiencia del Procurador de la Administración, podrá anular los actos acusados de ilegalidad; restablecer el derecho particular violado; estatuir nuevas disposiciones en reemplazo de las impugnadas y pronunciarse prejudicialmente acerca del sentido y alcance de un acto administrativo o de su valor legal.

..."

"ARTÍCULO 98: A la Sala Tercera le están atribuidos los procesos que se originen por actos, omisiones, prestaciones defectuosas, o deficientes de los servidores públicos, resoluciones, órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten, expidan o en que incurran en ejercicio de sus funciones o pretextando ejercerlas, los funcionarios públicos o autoridades nacionales, provinciales, municipales y de las entidades públicas autónomas o semiautónomas.

..."

No obstante lo anterior, dada la importancia que reviste el tema consultado para el funcionario de instrucción, procedemos por esta ocasión, dar respuesta de manera general al tema consultado, destacando que cualquier opinión que se externe sobre el particular, incluyendo la nuestra, quedará sujeta a lo que en su

momento pueda resolver nuestro más alto Tribunal de Justicia, específicamente la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

Para un mejor entendimiento de la Consulta planteada, es preciso realizar un análisis pormenorizado de las circunstancias que originan la misma.

Así tenemos que el Alcalde Municipal del Distrito de La Chorrera, mediante Decreto N°.13 de 9 de febrero de 1994, nombró a la señora Dalky Dianthe de Sedas, en el cargo de Agrimensora en el Departamento de Ingeniería del Distrito de La Chorrera, fundamentando tal decisión en el artículo 45 de la Ley 106 de 1973.

Ante tal situación, la afectada por el citado acto administrativo, presentó acusación particular contra el Alcalde del distrito de La Chorrera, por el delito de Abuso de Autoridad e Infracción de los Deberes de los Servidores Públicos, pues considera la afectada que según el numeral 17 del artículo 17 de la Ley 106 de 1973, es facultad del Consejo Municipal el nombramiento y remoción del Agrimensor, cargo que ella ocupaba en la Dirección de Ingeniería Municipal.

Luego de estas consideraciones, surge la siguiente interrogante: ¿A qué autoridad municipal le correspondía en el periodo de 1994-1995 el nombramiento y remoción de este funcionario público?

Primeramente, tenemos que la Ley 106 de 1973, modificada por la Ley 52 de 29 de diciembre de 1984, en el artículo 17, numeral 17, le atribuyó en forma exclusiva al Consejo Municipal, elegir al Agrimensor, al igual que otros funcionarios municipales.

No obstante, el Decreto Ley 21 de 21 de noviembre de 1989, en el artículo 4, modificó el artículo 17 de la Ley 106 de 1973, modificada por la Ley 52 de 1984, y específicamente en el numeral 17 le sustrajo al Consejo Municipal la función de nombrar al Agrimensor, quedando el texto legal descrito de la siguiente forma:

"Artículo 17. Los Consejos Municipales tendrán competencia exclusiva para el cumplimiento de las siguientes funciones:

.....

.....

17. Elegir de su seno al Presidente y Vice-Presidente, y designar al Secretario del Consejo Municipal, al Secretario y al Tesorero."

A su vez, el artículo 14, del Decreto Ley citado, modificó el artículo 45 de la Ley sobre Régimen Municipal, que contiene las funciones del Alcalde, en forma precisa el numeral 4º señalaba lo siguiente:

"Artículo 45. Los Alcaldes tendrán las siguientes atribuciones:

.....

 4. Nombrar y remover a los corregidores y a los funcionarios públicos municipales cuya designación no corresponda a otra autoridad, con objeción a lo que disponen la Constitución Nacional y las leyes y los Acuerdos del Consejo General de Estado vigente. (El subrayado es nuestro).

De las disposiciones reproducidas, se infiere que al modificar el numeral 17 del artículo 17 antes citado, eliminándole la facultad al Consejo Municipal de nombrar al Agrimensor y otros funcionarios; dicha competencia vino a ser ejercida por el Alcalde Municipal.

Posteriormente, mediante Fallo de 8 de mayo de 1992, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucional el Decreto Ley 21 de 21 de noviembre de 1989, que modificaba la Ley 106, modificada por la Ley 52 de 1984, sobre el Régimen Municipal, por lo que recobraron su vigencia las modificaciones establecidas por la Ley 52 de 1984, entre las cuales está la de asignarle facultad exclusiva al Consejo Municipal para nombrar y remover al Agrimensor, Ingeniero y director de Obras Municipales.

Por lo expresado, se infiere claramente que, tanto el nombramiento (Decreto N° 13 de 1994) como la remoción (Decreto N° 29 de 1995) de la señora Delky de Sedas, no se efectuaron de conformidad con lo establecido en el artículo 17, numeral 17 de la Ley 106 de 1973, que faculta a los Consejos Municipales para llevar a cabo el nombramiento del cargo en referencia. No obstante, y como venimos señalando, es a la Sala Tercera de la Corte Suprema de

Justicia, a quien le correspondería establecer si estos actos administrativos son legales o no.

Con relación a su segunda interrogante, consideramos que los artículos 17 y 45 de la Ley 106 de 1973, son claros al señalar que el órgano competente para escoger y destituir al Agrimensor, lo es el Consejo Municipal. Dichos preceptos legales no dan lugar a otras interpretaciones jurídicas; es más, independientemente que un Municipio no cuente con Ingeniero Municipal, ello no significa que el Agrimensor lo nombre y destituya el Alcalde, ya que tal facultad la tiene el Consejo Municipal.

Sobre su tercera pregunta, debemos señalar que desde su origen, el acto administrativo por el cual el señor Alcalde del Distrito de la Chorrera, procedió a nombrar a la señora Delky De Sedas en el cargo de Agrimensora, nació con un vicio de ilegalidad, ya que este funcionario no tenía competencia para hacer dicho nombramiento. Por lo tanto, a quien le correspondía destituirlo era al Consejo Municipal, en virtud de lo señalado en el numeral 17 del artículo 17 de la Ley 106 de 1973.

Su cuarta interrogante la absolvemos en los siguientes términos: Tal como se manifestó al contestar la pregunta anterior los Decretos No. 13 de 1994 y el No. 29 de 1995, nacieron al mundo jurídico con vicios de ilegalidades, pero a pesar de ello, los mismos están amparados por el principio de Presunción de Legalidad del Acto Administrativo, el cual nos indica que los actos dictados por los servidores públicos, se presumen legales, hasta tanto la autoridad competente los declare ilegales.

Con relación al Principio de Legalidad, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, ha manifestado lo siguiente:

a. Sentencia de 23 de junio de 1964.

"se presume la legalidad de todos los actos de la administración, por la sencilla razón de que la administración está sujeta en su actividad a la norma jurídica. Por esa misma razón y porque la administración obra en nombre propio, sus actos llevan implícita la ejecutoriedad".

b. Sentencia de 22 de noviembre de 1983.

"En Panamá, rige el principio de presunción de legalidad, conforme con el artículo 15 del Código Civil, del tenor siguiente:

Artículo 15: Las órdenes y demás actos ejecutivos del Gobierno expedidos en el ejercicio de la potestad reglamentaria, tienen fuerza obligatoria, y serán aplicados mientras no sean contrario a la Constitución o las Leyes'.

Lo que quiere decir que mientras no se haya declarado por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia (quien ejerce privativamente la guarda de la legalidad) que el Decreto No. 28 de 1974 es ilegal, éste rige y se presume legal".

En cuanto a su quinta interrogante, le señalamos que la misma ha quedado debidamente absuelta en las respuestas que hemos emitido a sus preguntas precedentes.

Una vez absueltas las interrogantes planteadas por su Despacho, creemos conveniente que el funcionario de instrucción tenga presente que los actos desarrollados por autoridades administrativas producto de sus funciones, no pueden considerarse como conductas delictivas, a pesar que los mismos puedan ser considerados arbitrarios e ilegales.

Así lo ha dejado claramente expuesto la Sala Segunda de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia en los siguientes pronunciamientos:

"El hecho de que ese acto sea considerado arbitrario e ilegal no significa que se enmarca dentro del tipo descrito por el Código Penal como ABUSO DE AUTORIDAD e INFRACCIÓN DE LOS DEBERES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS.

Acto administrativo es el producto de las actividades de los entes administrativos y pueden consistir en decisiones plenamente jurídicas, o en ejecuciones u operaciones materiales (VIDAL PERDOMO, JAIME, Derecho

Administrativo, Editorial Temis; Novena Edición, Colombia, 1987 p.257). Estos actos no pueden ser cuestionado a la luz de la ley penal; la declaratoria de ilegalidad o no de los mismos corresponde a una vía distinta de la penal, que es la contencioso administrativa".

Por otro lado, agregó lo siguiente:

"... en el supuesto de que el funcionario denunciado hubiera cometido los delitos motivo de la denuncia, para que esta fuera admitida, era imprescindible la presentación por parte del denunciante de la prueba sumaria, que es cualquier medio probatorio que acredite el hecho punible atribuido.

Los procesos contra servidores públicos, considerados procesos especiales, están condicionados al cumplimiento de requisitos que no pueden ser admisible la acusación o denuncia que se refieren a la comisión de los delitos de abuso en el ejercicio de sus funciones oficiales (ABUSO DE AUTORIDAD), o falta de cumplimiento de los deberes de su destino (incumplimiento de los deberes de los servidores públicos)".

(Sentencia de 19 de octubre de 1993. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia)

"... se acepta que es una acción propia del movimiento de personal, que si bien puede ser ilegal, no reviste la gravedad del injusto penal para erigirlo en conducta desvaloradora, pues si se considera que todas las destituciones, traslado, insubsistencia, rebajas de categoría, etc., son actos arbitrarios propio del hecho punible conocido como Abuso de autoridad, ello nos conduciría a un exceso penal en abierta contradicción con la tendencia contemporánea en materia penal, que es la de minimizar el Derecho Penal en su aspecto represivo, seleccionando solamente las

conductas graves, atentorias de bienes jurídicos, como las que alcanzan la categoría delictiva, las otras más leves o son contravenciones o faltas de carácter administrativo o disciplinarios, pero no todos los actos arbitrarios per se son delitos, menos aún cuando la persona supuestamente afectada por dicho acto en este caso, carece del beneficio de carrera administrativa y no ha ingresado en el escalafón de la institución en la que prestó su servicio.

La Sala Tercera de lo contencioso Administrativo de la Corte Suprema tiene entre sus funciones la revisión sobre la legalidad de los actos de la administración y decidir en consecuencia. Los actos de destitución movimiento de personal en los que los (sic) afectados consideran que se han violado los derechos que la ley les confiere, una vez agotados los medios impugnativos ordinarios, son sometidos a esa instancia, por ser la vía idónea para examinar la legalidad de los actos administrativos (Fallo de 22 de julio de 1993).

(Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia)

De igual forma, queremos orientar al funcionario de instrucción respecto a las principales características y requisitos que deben revestir los procesos contra servidores públicos, entre los que se encuentran los Alcaldes Municipales. Veamos:

a. El carácter sumario del proceso, lo cual es entendible, porque al aportar el denunciado o acusador la prueba sumaria, se facilita la labor de investigación y permite al funcionario investigador indagar inmediatamente al servidor denunciado o acusado y esto contribuye a su vez a que el imputado pueda aportar rápidamente las pruebas que estime conveniente para su defensa.

b. Que el acusador o denunciante contra un servidor público por abuso en el ejercicio de sus funciones o por falta de cumplimiento de los deberes de su destino, debe acompañar la prueba sumaria.

c. El concepto de prueba sumaria contemplado en el artículo 2471 del Código Judicial corresponde a cualquier medio probatorio que acredite el hecho punible atribuido. Es importante aclarar que el concepto de prueba sumaria no equivale a prueba indiciaria. La prueba sumaria es aquella que indefectiblemente influye en el ánimo del funcionario instructor al tomarla como, prueba suficiente de la comisión de un delito y su probable vinculación con el funcionario denunciado o acusado.

De manera que la prueba sumaria constituye una condición de perseguibilidad indispensable para que se lleve a cabo el trámite específico requerido por el procedimiento judicial penal.

d. En el evento que el denunciante o acusador omita aportar la prueba sumaria se debe solicitar el archivo del expediente. Es importante destacar que en esta eventualidad el agente instructor se encuentra impedido, por disposición de la ley, para subsanar, mediante gestión oficiosa, los defectos probatorios en que incurriera el denunciante o acusador en este tipo de delito.

Sobre este particular, la Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Penal, se ha pronunciado en los siguientes términos:

"La omisión de presentación de prueba preconstituida en el acto de formalización de acusación o denuncia contra servidores públicos, por abuso en el ejercicio de sus funciones o incumplimiento de sus deberes, reviste una importancia capital, al grado de conllevar al inmediato archivo del negocio y, en el evento de que por error se hubiese producido a instruir las sumarias, lo actuado por el agente de instrucción no tiene el efecto de subsanar el vicio señalado".
(sentencia de 19 de mayo de 1992. Caso Elías Pitti Montenegro -vs- fiscal Superior del Tercer Distrito Judicial).

De esta forma, esperamos que nuestra orientación le sea de utilidad en el proceso que conoce su Agencia de Instrucción. Reciba por tanto, las seguridades de nuestro aprecio y consideración.

Atentamente,

Licda. Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración..

AMdeF/13.