

Panamá, 20 de agosto de 1998.

MARCEL SALAMIN CÁRDENAS
Ministro Encargado de
Relaciones Exteriores.
E. S. D.

Señor Ministro:

Acusamos recibo de su Nota D.M.No.865/A.J fechada 29 de junio de 1998, recibida en este Despacho el 30 de julio del mismo año, referente a la solicitud de la Licenciada MANUELITA DE SMITH, Directora de Auditoría Interna de ese Ministerio, en el sentido de que la institución cancele los honorarios del abogado que contratara con motivo del proceso que en su contra interpusiera la Procuraduría General de la Nación por los supuestos delitos de Abuso de Autoridad e Incumplimiento de los Deberes del Servidor Público, de los que resultó posteriormente sobreseida definitivamente en ambos delitos, específicamente solicita opinión o concepto sobre la siguiente interrogante:

¿Si es procedente el pago de honorarios a una firma de abogados privada contratada de manera particular por un funcionario público encargado de la Auditoría Interna de este Ministerio, por encontrarse procesado por el supuesto delito de Abuso de Autoridad e Incumplimiento de los Deberes del Servidor Público en perjuicio de una Embajada Panameña en el extranjero, con el objeto de llevar a cabo su defensa ante las autoridades, basándose en el hecho de que los cargos imputados eran netamente producto del ejercicio profesional que desempeñaba en la Cancillería¿.

Como es del caso se ha aportado el criterio legal de la institución consultante, que en su parte sustancial señala:

¿ Sobre el particular, la Dirección General de Asuntos Jurídicos y Tratados de este Ministerio es de la opinión que no existe fundamento legal para autorizar un pago de esta naturaleza, toda vez que ni el Decreto de Gabinete No.35 de 10 de febrero de 1990, Estatuto Orgánico del Ministerio de Relaciones Exteriores, ni ninguna otra disposición aplicable a la materia establecen esta obligación por parte de este Ministerio y menos aún cuando la referida funcionaria contrató los servicios de la firma forense a título particular¿.

Previa a la respuesta que gustosamente ofreceremos, anotaremos algunas consideraciones jurídicas en torno a los servidores públicos y a los deberes de éste frente a la Administración.

En primer lugar, la Constitución Política en el Título XI denominado «LOS SERVIDORES PÚBLICOS», Capítulo 1ro. de las «Disposiciones Generales» en su artículo 294, define quienes deben considerarse funcionarios o servidores públicos. Este precepto constitucional señala que todo servidor público tiene derechos pero también deberes que cumplir en el ejercicio de sus funciones; también, enfatiza que los servidores públicos están obligados a desempeñar personalmente sus funciones a las que dedicarán el máximo de sus capacidades.

En desarrollo de este mandato constitucional, el Código Administrativo en su artículo 845, dispone que: «todo empleado público debe respeto y obediencia a sus superiores, y cortesía y deferencia a los particulares. Los jefes de las oficinas públicas cumplirán por sí, y harán que sus subalternos cumplan fielmente sus deberes».

La recientemente, aprobada Ley 9 de 20 de junio de 1994, «por la cual se establece y regula la Carrera Administrativa», al referirse al concepto de servidores públicos, reproduce la misma definición que plasma la norma suprema y estableciendo además, diferentes categorías de servidores públicos, recalando los deberes y obligaciones de éstos en su artículo 137 de la Ley ibídem.

Todo ello nos indica que la legislación se ha ocupado de los servidores públicos, por lo que ellos tienen que ajustarse a lo establecido por el derecho positivo, y no desconocer de ningún modo la normativa que alude a los mismos, debido a que tal omisión les acarrearía distintas clases de responsabilidades. Lo relativo a las responsabilidades lo examinaremos más adelante.

Doctrinalmente, se ha hecho «la enumeración de los deberes de los funcionarios la cual tal como se ha dicho resulta, en parte, fácil, y, en parte, extraordinariamente difícil de realizar. Resulta fácil, porque, en definitiva, los funcionarios sólo tienen un deber, que es el del fiel desempeño de la función o cargo que tengan encomendado. Mas para cumplirlo habrán de adoptar, no sólo en su vida pública, sino también en su vida privada, unos moldes de conducta que, prácticamente, es imposible condensar en la enumeración de unos cuantos deberes cuyos perfiles resulten perfectamente identificados.

Consciente de ello, la Ley del Estado ha comenzado por enunciar el citado deber genérico, que constituye el nervio de toda la labor interpretativa en la materia, en particular a efectos de la determinación de responsabilidad, y luego, de forma singularizada, llama la atención sobre los que, sin duda, son los más importantes deberes concretos, cuya observancia conducirá al fiel desempeño de la función.

Para estudiar estos deberes los reuniremos, a efectos didácticos, en dos grupos: deberes de carácter moral, y de carácter profesional.

La conducta particular de los funcionarios resulta en muchos casos imposible de separar de su actividad pública, en cuanto puede implicar, si no es adecuada, un desprestigio para la Administración. Inversamente, los asuntos de que los funcionarios conozcan en su actividad pública no deben trascender a su vida privada. De aquí la existencia de dos deberes de carácter moral:

a) El deber de decoro, en virtud del cual habrán de observar las normas sociales y éticas de convivencia; y

b) El deber de secreto profesional, que le obliga a guardar sigilo riguroso de los asuntos que conozcan por razón del cargo.

Por su parte, los deberes profesionales de los funcionarios pueden compendiarse en la fórmula generalmente empleada por la doctrina española, según la cual están obligados a desempeñar las funciones que tengan encomendadas en el lugar, tiempo y forma establecidos por las leyes.

En el primer sentido, los funcionarios tienen el deber de residencia en el término municipal donde radique la oficina, dependencia o lugar donde presten sus servicios, salvo que, por causas justificadas, sean dispensados de ello.

En cuanto al tiempo, los funcionarios no podrán anticipar o prolongar el comienzo o cese de sus funciones, ni abandonar el desempeño de las mismas. Dichas funciones habrán de desempeñarse, precisamente, durante la jornada de trabajo que reglamentariamente se determine.

En cuanto a la forma de desempeñar la función, los funcionarios deberán abstenerse de realizar aquellas actividades que pudieran entorpecer su actuación pública, con las que son incompatibles en los términos que precisaremos en el siguiente apartado. Tienen el deber de cooperación con sus jefes y compañeros; el deber de corrección y deferencia con el público y los funcionarios subordinados; el deber de respeto con las autoridades y superiores jerárquicos, y el deber de obediencia, asimismo, con las citadas autoridades y superiores, que únicamente desaparece en el caso de ilegalidad manifiesta de las órdenes de aquéllos.¿ ENTRENA CUESTAS, Rafael. Curso de Derecho Administrativo. Madrid. Editorial Tecnos. Undécima Edición. 1996. págs.302 a 304.

La jurisprudencia nacional ha sido constante en reiterar que la conducta de los servidores públicos debe estar en completa armonía con los principios o valores que rigen la función pública, los cuales son: Lealtad, Legalidad, Honradez, Imparcialidad y Eficiencia. (Ver: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Auto de 7 de diciembre de 1992).

El caso que ahora nos ocupa, alude directamente a una funcionaria pública que fue investigada por la Procuraduría General de la Nación con motivo de acusación, por supuesto delito de Abuso de Autoridad e Incumplimiento de los Deberes del Servidor Público en perjuicio de una Embajada Panameña en el extranjero. Así, pues, el punto medular, estriba en que, dicha funcionaria contrató los servicios de una firma de abogados a título particular, y es el caso que ahora solicita a la institución ministerial para la cual labora que ésta cancele los honorarios profesionales de la firma forense contratada.

Somos de la opinión que el pago solicitado no es viable, por los siguientes motivos:

PRIMERO: La Administración sólo es responsable cuando exista deficiencia en el desarrollo del servicio, es decir, que si el ejercicio de la función no implica ninguna deficiencia o irregularidad no habrá lugar a la responsabilidad. Esto quiere decir que la

Administración será responsable en aquellos casos en que existan deficiencias comprobadas para el buen desempeño de las funciones encomendadas, de otro modo no se da la responsabilidad por parte del Estado o de la Administración, sino del funcionario quien incurre en una falta profesional que, incluso de manera competente hubiera evitado, esto desde un punto de vista administrativo, porque esta misma acción puede ser calificada penalmente como un delito.

SEGUNDO: La Administración será responsable cuando exista autorización previa de una autoridad competente para realizar determinada actuación que comprometa a la misma, y en el caso bajo análisis, la funcionaria aludida no tenía la jerarquía para tomar este tipo de decisiones a nombre de la Administración, por lo que ésta no es responsable.

TERCERO: En este caso vemos que la contratación de la firma forense, se realizó a título particular, allí no hubo consentimiento previo de la Administración para que se contrataran tales servicios, fue entonces una decisión particular de la afectada, que de manera responsable debe asumir.

CUARTO: Entendemos que la funcionaria aduce que los cargos imputados eran netamente producto del ejercicio profesional en relación con la función que desempeñaba en la Cancillería. Esto es una apreciación subjetiva, porque como funcionaria pública está sujeta a las normas que rigen a los mismos, a sea, tiene él deber de realizar sus funciones dentro de los parámetros que le permite la Ley no más de allí, tal como lo establece la Constitución en su artículo 18.

QUINTO: El delito por el que fue investigada la funcionaria de la Cancillería, está consagrado en el Título X, Capítulo IV, que se extiende desde los artículos 336 hasta el 343, inclusive del Código Penal. Esto es, se considera un delito penal y doctrinalmente, la falta penal cometida en el ejercicio de las funciones constituye en general una falta personal. (PENAGOS, Gustavo.DERECHO ADMINISTRATIVO.Tomo II. Ediciones.Librería del Profesional. Colombia. 1995. pág.709.

En este orden, podemos agregar que el Decreto de Gabinete No.35 de 10 de febrero de 1990, Estatuto Orgánico del Ministerio de Relaciones Exteriores, impone a los funcionarios diplomáticos deberes que cumplir en su artículo 70 literal r). Asimismo, el artículo 88 ídem, sostiene que: ¿los funcionarios diplomáticos quedan sometidos a la legislación penal de la República. ...¿ Lo que reafirma que tales funcionarios deben ser cuidadosos en el desempeño de sus funciones, observando los preceptos vigentes.

SEXTO: Que no pueden realizarse pagos que no estén previamente, presupuestados en las partidas de gastos del presupuesto general. (Ley 44 de 24 de diciembre de 1997. Artículo 154.¿Por la cual se aprueba el Presupuesto General del Estado para la Vigencia Fiscal de 1998¿). Gaceta Oficial No. 23.446 de 26 de diciembre de 1997.

Ahora bien, retomando el tema de las responsabilidades de los funcionarios públicos administrativos por considerarlo de interés en este caso, transcribiremos a

mayor ilustración Fallo de la Corte Suprema de Justicia, en el que se alude a la diferencia que existe entre el derecho penal y el poder disciplinario, de manera muy didáctica, y que dice:

¿También ha advertido la Corte cierta confusión entre el derecho penal y el poder disciplinario. Algunos demandantes tienden a creer que el poder disciplinario es una manifestación o una modalidad del derecho penal, sujeta a todas las prerrogativas o garantías de éste. Pero ello no es así. Todos los autores que tratan de la materia hacen constar que el poder discrecional no forma parte del derecho penal.

Así CAPITANT define el poder disciplinario en los términos siguientes:

¿Competencia del Superior Jerárquico o de órganos representativos de los cuerpos políticos, judiciales, administrativos o profesionales, para aplicar sanciones apropiadas, extrañas al orden penal, a aquellas personas que, colocadas bajo su autoridad o control, han faltado a los deberes profesionales o han adoptado una actitud capaz de comprometer el buen nombre del cuerpo al que pertenecen¿. (CAPITANT, Henri. Vocabulario Jurídico, traducción española, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1966. p.32. Subraya la Corte).

En este sentido SAYAGUEZ LASO, establece las siguientes distinciones entre la repersión disciplinaria y la penal:

¿a. En derecho penal rige el principio Nulla poena sine lege; en cambio, la potestad disciplinaria es de principio y no requiere la previa determinación de los hechos punibles ni de las sanciones aplicables.

b. La sanción penal se impone mediante acto jurisdiccional, que hace cosa juzgada; la sanción disciplinaria es siempre un acto administrativo.

c. La aplicación de la sanción penal es imperativa luego de constatado el hecho punible; en cambio, la administración posee cierta discrecionalidad para imponer sanciones.}

d. La sanción disciplinaria no excluye la penal, ni ésta a aquélla, pues tutelan órdenes jurídicos distintos y persiguen finalidades diferentes: asegurar el buen servicio administrativo de aquélla; la repersión penal ésta. (SAYAGUEZ LASO, op. cit., tomo Y, pp.226-227).

Con lo expuesto parece quedar esclarecida la distinción entre el derecho penal y derecho disciplinario. Estima la Corte, asimismo, que igualmente ha quedado bien determinada la circunstancia de que la única sanción autorizada ... la destitución -es típicamente disciplinaria y, por tanto, de carácter administrativo. de ahí que, con respecto a ella, no rijan necesariamente las prerrogativas o garantías penales previstas en la Constitución. (FALLO, de 20 de octubre de 1995. R.J. octubre. 1995.)

Como hemos podido observar, existe una diferencia marcada entre el proceso penal y el proceso disciplinario, de allí que un sobreseimiento provisional o definitivo sólo aluda a la materia penal, o sea, no tiene efectos en el ámbito administrativo, salvo que así lo disponga la Ley respectiva. Es decir, si se tratara de un derecho adquirido del

servidor público que se desconociese es otra cosa; pero, en este caso se trata de compromiso particular que realizó la funcionaria en el cual la Administración no tuvo participación.

Sobre el particular, debemos destacar que los funcionarios públicos en el mal desempeño de sus funciones están expuestos a que se le imputen diversos cargos en su contra, por ejemplo: por delito de peculado, en un caso como este lo normal y lógico es que el funcionario procesado contrate los servicios de un profesional del derecho para que actúe en su defensa, pero esto no quiere decir que la Administración tenga la obligación de pagarle al profesional contratado, debido a que se trata de un asunto de dignidad personal, que sintiéndose afectado desee, ¿limpiar¿ su nombre y justificar responsablemente sus actuaciones públicas en razón de las funciones desempeñadas, razón por lo que este costo deberá cubrirlo con su pecunio particular.

Por todo ello, reiteramos nuestro concepto de que lo solicitado no procede jurídicamente, pues no existe fundamento legal que lo sustente.

Sin otro particular, me suscribo, en las seguridades de nuestros respetos de siempre,

Licda. Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración

AmdeF/16/cch.