



República de Panamá
Procuraduría de la Administración

Panamá, 20 de diciembre de 2016.
C-126-16

Licenciada
LIRIOLA LEOTEAU
Directora General
Instituto Nacional de la Mujer
E. S. D.

Señora Directora:

Conforme a nuestras atribuciones constitucionales y legales, en especial, como asesores de los funcionarios de la Administración Pública, nos permitimos ofrecer respuesta a la consulta elevada mediante Nota No. 2118-DG/AL-2016, calendada 18 de noviembre de 2016, y recibida en este Despacho el 22 de noviembre de 2016, mediante la cual se corrige la Nota No. 95-16 de 10 de octubre de 2016, ambas que guardan concordancia con una investigación iniciada en contra de una funcionaria de la institución, producto de un comentario publicado en una red social.

Las interrogantes formuladas en la nota antes citada son las siguientes:

1. ¿Es aplicable la sanción de suspensión de labores por 2 días, según lo establece el Reglamento Interno del Instituto Nacional de la Mujer?
2. ¿Puede considerarse violación de la privacidad sancionar una conducta de un/a colaborador/a que se deriva de una información que publicó en las redes sociales?

En respuesta a las interrogantes planteadas, esta Procuraduría de la Administración considera, en primer lugar, que, según lo establece el artículo 145 de la Ley 9 de 1994 “Por la cual se establece y regula la Carrera Administrativa”, en concordancia con la Resolución No. DG-001-10 de 5 de diciembre de 2012, “Por la cual se adopta el Reglamento Interno del Instituto Nacional de la Mujer”, las faltas de carácter disciplinario que tengan como sanción la amonestación o la suspensión del cargo, deberán ser aplicadas por el superior inmediato del servidor público que cometa la falta disciplinaria, por tanto, no le es dable a este Despacho proceder a dar respuesta en cuanto a si es aplicable la sanción de suspensión de

labores por dos días a una funcionaria de la institución, toda vez que la potestad sancionadora disciplinaria sobre dicha funcionaria, es una función que le corresponde de manera exclusiva a su superior inmediato o a la autoridad nominadora, dependiendo de la gravedad de la sanción.

Sin perjuicio de lo anterior, precisamos señalar que, en todo caso, previo a la sanción a aplicar, debe anteceder una investigación de los hechos, la cual debe realizarse conforme a lo preceptuado en los artículos 105, 106, y 107 de la precitada Resolución No. DG-001-10 de 5 de diciembre de 2012.

De igual forma, es imprescindible que en dicha investigación la autoridad cumpla sin excepción los elementos mínimos del debido proceso y de lugar a que la funcionaria pueda ejercer en plenitud los derechos y garantías de procedimiento que le favorecen.

Por otra parte, atendiendo a su segunda interrogante, estimamos que no puede considerarse violación de la privacidad, sancionar una conducta de un funcionario que se deriva de información que publicó en redes sociales, toda vez que la información difundida en dichas redes es de acceso público.

Una vez señalado nuestro criterio, procede este Despacho a exponer los argumentos y consideraciones que le sirvieron de sustento para llegar a la precedente valoración.

Antecedentes.

Según se desprende de la nota objeto de la consulta, en una red social se promocionaba la participación de la señora Amparo Medina, ex asesora de la Organización de las Naciones Unidas, en un conversatorio sobre el Proyecto de Ley de Educación Sexual y Reproductiva. Sobre dicha publicación se comentó lo siguiente: *“Nos preguntamos ¿cómo la Universidad de Panamá con una maestría en género y desarrollo permitirá que se digan tantas mentiras en sus predios? La verdad nos quedamos sin palabras ante tanta imaginación y desinformación”*.

Sobre el tema anterior, la funcionaria del Instituto Nacional de la Mujer realizó un comentario, cuyo tenor literal es: *“Y dónde está la rectora de la política pública de igualdad de oportunidades??? (sic) Q (sic) permite esto...”*

En este punto, resulta importante destacar que, de acuerdo lo establece la Ley 71 de 2008, “Que crea el Instituto Nacional de la Mujer”, dicho Instituto posee, entre sus atribuciones, la siguiente:

“Artículo 5: El Instituto Nacional de la Mujer, tendrá las siguientes atribuciones:

(...)

4. Velar por el cumplimiento de los instrumentos jurídicos, acuerdos internacionales ratificados por Panamá y demás leyes y reglamentos nacionales que versen en materia de igualdad de oportunidades para las mujeres, equidad de género y derechos humanos de las mujeres.” (El resaltado y subrayado es nuestro).

En virtud de lo anterior, el Instituto Nacional de la Mujer decidió adelantar investigación por el comentario emitido a través de la red social por parte de la funcionaria de dicha institución, en el que cuestiona la labor de la Entidad frente al tema de igualdad, salud sexual y reproductiva.

Fundamento del criterio de la Procuraduría de la Administración.

En primer lugar, resulta preciso señalar que todo servidor público que preste funciones al Estado, ya sea en las instituciones del gobierno central, entidades autónomas o semiautónomas, al igual que en empresas y sociedades con participación estatal mayoritaria, sin perjuicio de su nivel jerárquico, debe obligatoriamente acatar lo dispuesto en el Decreto Ejecutivo No. 246 de 15 de diciembre de 2004 (Código Uniforme de ética de los Servidores Públicos), mediante el cual se dictan las normas y principios éticos y morales que rigen la conducta de estos servidores, mismo que dentro de su ordenamiento consigna al servidor público el deber de actuar con “prudencia”, tal como se encuentra establecido en su artículo 4, el cual se cita a continuación:

“ARTICULO 4: PRUDENCIA. El servidor público debe actuar con pleno conocimiento de las materias sometidas a su consideración y con la misma diligencia que un buen administrador emplearía para con sus propios bienes, dado que el ejercicio de la función pública debe inspirar confianza en la comunidad. Asimismo, debe evitar acciones que pudieran poner en riesgo la finalidad de la función pública, el patrimonio del Estado o la imagen que debe tener la sociedad respecto de sus servidores públicos.” (El resaltado y subrayado es nuestro).

La disposición anterior alude a la obligación que posee el servidor público de evitar acciones que pudieran poner en riesgo la imagen que debe tener la sociedad respecto de sus servidores públicos.

De igual forma, los artículos 21 y 30 de la misma norma, señalan:

“ARTÍCULO 21: INDEPENDENCIA DE CRITERIO. El servidor Público no debe involucrarse en situaciones, actividades o

intereses incompatibles con sus funciones o que conlleven un conflicto de intereses. Debe abstenerse de toda conducta que pueda afectar su independencia de criterio para el desempeño de sus funciones.

ARTÍCULO 30: DIGNIDAD Y DECORO. El servidor público debe observar una conducta digna y decorosa, actuando con sobriedad y moderación. En su trato con el público y con los demás funcionarios, debe conducirse en todo momento con respeto y consideración.”

Como fácilmente se observa, los preceptos anteriores refieren, el primero, a la abstención que debe tener todo servidor público de la realización de cualquier conducta que pueda afectar la independencia de criterio para el desempeño de sus funciones, y el segundo, a la conducta digna, decorosa y respetuosa, hacia los demás funcionarios, que en todo momento debe conservar el servidor público.

En ese contexto, los razonamientos anteriores y el bloque normativo respectivo, ponen de relieve, que la actuación de todo servidor público que preste funciones al Estado debe ser acorde a los lineamientos establecidos en los párrafos anteriores, de lo contrario, podría ser sancionado conforme al procedimiento establecido en el Título VII de la Ley 9 de 20 de junio de 1994, tal como lo establece el artículo 45 del citado Código de Ética.

En este orden de ideas, el artículo 142 de la Ley 9 de 1994 “Por el cual se establece y regula la Carrera Administrativa”, establece que el servidor público estará sujeto al régimen disciplinario establecido en la Ley y en los reglamentos especiales.

En concordancia con dicha norma legal, el artículo 102 del Reglamento Interno del Instituto Nacional de la Mujer dispone que la violación de las normas de carácter disciplinario acarrearán la aplicación de las sanciones correspondientes de modo progresivo, siempre y cuando la gravedad de la falta lo permita.

Ahora bien, sobre la interrogante consultada, nos permitimos citar lo dispuesto en el artículo 145 de la Ley 9 de 1994 “Por la cual se establece y regula la Carrera Administrativa”, que establece:

“Artículo 145. Las amonestaciones y las suspensiones deberán ser aplicadas por el superior inmediato del servidor público y admiten, por la vía gubernativa, el recurso de reconsideración.” (El resaltado y subrayado es nuestro).

Por su parte, el artículo 100 de la Resolución No. DG-001-10 de 5 de diciembre de 2012, “Por la cual se adopta el Reglamento Interno del Instituto Nacional de la Mujer”, señala:

“**Artículo 100. DE LAS SANCIONES DISCIPLINARIAS:** Las sanciones que se aplicarán por la comisión de una falta administrativa son las siguientes:

- a) **Amonestación verbal:** consiste en el llamado de atención en privado que aplica personalmente el superior inmediato al servidor público sobre su conducta.
El informe de esta amonestación se envía a la Oficina Institucional de Recursos Humanos a fin de que se incorpore al expediente del servidor amonestado con constancia de recibo.
- b) **Amonestación escrita:** consiste en el llamado de atención formal escrito que aplica personalmente al superior inmediato al servidor público sobre su conducta.
La copia de esta amonestación se envía al expediente personal en la Oficina Institucional de Recursos Humanos con constancia de recibo por parte del servidor amonestado.
- c) **Suspensión:** consiste en la suspensión del ejercicio del cargo sin goce de sueldo que aplica el superior inmediato al servidor público por reincidencia en faltas o la comisión de una falta grave. La sanción debe ser formalizada por resolución.
- d) **Destitución del cargo:** consiste en la desvinculación permanente del servidor público que aplica la autoridad nominadora por la comisión de una de las causales establecidas en el régimen disciplinario o por la reincidencia en faltas administrativas.”

De los artículos previamente citados se colige con meridiana claridad, que las de carácter disciplinario que tengan como sanción las amonestación o las suspensión del cargo, deberán ser aplicadas por el superior inmediato del servidor público que cometa la falta disciplinaria, por tanto, no le es dable a este Despacho proceder a dar respuesta en cuanto a si es aplicable la sanción de suspensión de labores por dos días a una funcionaria de la institución, toda vez que la potestad sancionadora disciplinaria sobre dicha funcionaria, es una función que le corresponde de manera exclusiva a su superior inmediato.

Por otra parte, resulta oportuno indicar que previo a aplicar la sanción, debe anteceder una investigación de los hechos, la cual debe realizarse conforme a lo preceptuado en los artículos 105, 106, y 107 de la Resolución No. DG-001-10 de 5 de diciembre de 2012, “Por la cual se adopta el Reglamento Interno del Instituto Nacional de la Mujer.

Así mismo, debe tenerse en cuenta que el artículo 34 de la Ley 38 de 2000 establece que las actuaciones administrativas de todas las entidades públicas deben efectuarse con arreglo al

debido proceso, lo cual exige para los efectos del acto disciplinario, entre otras cosas, la motivación del acto administrativo que resulta del cumplimiento del debido trámite.

En particular, la motivación del acto administrativo es una garantía prevista en el artículo 155 y 201, numeral 1, de la Ley 38 de 2000, garantía que se encuentra inserta en el derecho al debido proceso (artículo 32 de la Constitución Política, artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y artículos 34 y 201, numeral 31 de la Ley 38 de 2000).

De acuerdo con el precitado artículo 155 de la Ley 38 de 2000, los actos "que afecten derechos subjetivos" (tal es el caso del acto disciplinario) deben ser motivados con suscita referencia a los hechos y fundamentos de derecho.

En ese sentido, es imprescindible que en la investigación que se haga a un funcionario público, debido a causas disciplinarias, la autoridad cumpla sin excepción los elementos mínimos del debido proceso y de lugar a que el funcionario pueda ejercer en plenitud los derechos y garantías de procedimiento que le favorecen, toda vez que este principio legal constituye una garantía esencial para el desarrollo de cualquier acción administrativa, así como presupone límites a la administración en el ejercicio de los poderes que la ley le atribuye.

Para mayor alcance de lo previamente expuesto, nos permitimos traer a colación la Sentencia de veintiuno (21) de diciembre de dos mil doce (2012), proferida por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, que al referirse a la potestad sancionadora del Estado en los procesos disciplinarios, lo hace en los siguientes términos:

"Examinemos ahora en qué consiste o cuál es el fundamento del derecho administrativo sancionador, disciplinario.

A. El derecho Administrativo Sancionador en el ámbito disciplinario:
La facultad, derivada del "ius punendi" se ha extendido al ámbito administrativo a efecto de fiscalizar los comportamientos de los administrados y de los funcionarios de la administración adscritos a este ente, así como para la imposición de medidas restrictivas de derechos ante la inobservancia de las reglas que este régimen prescribe.

En la revisión de la jurisprudencia constitucional encontramos que en Sentencia de 10 de junio de 2005, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia presenta algunas definiciones doctrinales, en cuanto a la potestad sancionatoria de la Administración que citamos a continuación:

"Aunado a ello, es de lugar recordar que la Administración dentro de la que se incluye al Órgano Ejecutivo, tiene una función de conservar el orden público, y para ello, es necesario dictar una serie de normas disciplinarias que no sólo se dirijan a los particulares, sino también a los funcionarios públicos. Al respecto, ha indicado la doctrina internacional lo siguiente:

...
"La potestad sancionadora de la Administración es la atribución que le compete a ésta para interponer correcciones a los ciudadanos o administrados, por acción de éstos contrarios a lo ordenado por la Administración."(MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I. Quinta Edición, Buenos Aires)(Demanda de Inconstitucionalidad presentada por el licenciado Martín Molina contra la frase del Presidente de la República , o contenida en el artículo 91 del Decreto Ejecutivo N° 204 de 3 de septiembre de 1997, modificada por el artículo 4 del Decreto Ejecutivo N° 294 del 19 de diciembre de 1997. 10 de junio de 2005).

En relación a este punto debemos manifestar que el fundamento Constitucional de la Potestad Sancionadora del Estado o de la Administración lo encontramos en el Título III denominado de los Derechos y Deberes Individuales y Sociales, Capítulo I de Las Garantías Fundamentales, artículo 32 de nuestra Carta Magna integrada con el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, aprobada mediante Ley No. 15 de 28 de octubre de 1977, que a la letra establecen lo siguiente:

"Artículo 32: Nadie será juzgado sino por autoridad competente y conforme a los trámites legales, ni más de una vez por la misma causa penal, policiva o disciplinaria."

...
"Artículo 8. Garantías Judiciales.

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal, o de cualquier otro carácter".

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;*
- b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;*
- c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;*
- d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;*
- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;*
- f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;*

- g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y*
- h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.*

3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia".

De acuerdo con la norma citada en el ejercicio de esta potestad sancionadora que tiene el Estado, en la esfera judicial como en el ámbito administrativo, se tiene garantizar el cumplimiento del derecho al debido proceso que consagra la Constitución.

El contenido esencial del debido proceso a que alude la norma constitucional en concordancia con lo dispuesto en el artículo 8 de la Convención Americana de Derecho Humanos, elevada a rango constitucional, integra los derechos a ser juzgado por tribunal competente, independiente e imparcial, preestablecido en la ley; permitir la bilateralidad y contradicción, aportar pruebas en su descargo, obtener sentencia de fondo que satisfaga las pretensiones u oposiciones, la utilización de los medios de impugnación legalmente establecidos, y que se ejecute la decisión jurisdiccional proferida cuando ésta se encuentre ejecutoriada.”

Tal como ha quedado expuesto, en cada una de las etapas básicas del proceso administrativo sancionador, la Administración tiene que garantizar el respeto del debido proceso legal a aquella persona a quien se pretenda sancionar, tal como lo obliga, tanto el artículo 32 de nuestra Carta Magna, artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, aprobada mediante Ley No. 15 de 28 de octubre de 1977.

Por otra parte, procedemos ahora a atender la segunda interrogante de su consulta, que refiere a si puede considerarse violación de la privacidad sancionar una conducta de un funcionario que se deriva de información que publicó en redes sociales.

Iniciamos indicando, que de acuerdo con lo señalado por los autores Danah Boyd y Nicole B Ellison, en su obra titulada “*Redes Sociales*”¹, “una red social se define como un servicio que permite a los individuos construir un perfil público o semipúblico dentro de un sistema delimitado; articular una lista de otros usuarios con los que comparten una conexión, ver y recorrer su lista de las conexiones y de las realizadas por otros dentro del sistema. La naturaleza y la nomenclatura de estas conexiones pueden variar de un sitio a otro...”

¹ Danah Boyd y Nicole B. Ellison (2007). Social Network Sites: Definition, History, and Scholarship.

Por tanto, con fundamento en la definición anteriormente expresada, las redes sociales son sitios web que permiten a los usuarios generar un perfil público, en los cuales los internautas intercambian información personal y contenidos multimedia con el resto de usuarios afines o no al perfil publicado, razón por la cual, podemos concluir que la información difundida en redes sociales es de acceso público.

En consecuencia, esta Procuraduría de la Administración estima que no puede considerarse violación de la privacidad, sancionar una conducta de un funcionario que se deriva de información que publicó en redes sociales, toda vez que, como señalamos en líneas anteriores, la información publicada en dichas redes, es de acceso público.

Atentamente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración

RGM/au



La Procuraduría de la Administración sirve a Panamá, te sirve a ti.