

C-No.204

Panamá, 4 de octubre de 2004.

Licenciado
JOSÉ DÍDIMO ESCOBAR SAMANIEGO
Sub-Secretario de la Asamblea Legislativa
E. S. D.

Señor Sub-Secretario:

Nos referimos a su Nota s/n, fechada 16 de septiembre de 2004, por la cual solicita nuestro criterio jurídico con relación a si Usted, en su condición de Sub-Secretario de la Asamblea Legislativa de la República de Panamá, puede ejercer paralelamente la profesión de abogado, sin que ello implique pretermisión de la ley.

Vistos los aspectos que abarca su consulta, nos permitimos ofrecer contestación en los siguientes términos:

La libertad de profesión u oficio es un principio básico de nuestro ordenamiento jurídico, consagrado con carácter de derecho fundamental en la esfera de las libertades individuales, en el artículo 40 de la Constitución Política, que reza:

*“Artículo 40: Toda persona es libre de ejercer cualquier profesión u oficio sujeta a los reglamentos que establezca la Ley en lo relativo a idoneidad, moralidad, previsión y seguridad sociales, colegiación, salud pública, sindicación y cotización obligatorias.
No se establecerá impuesto o contribución para el ejercicio de las profesiones liberales y de lo oficios y las artes.”*

De la norma transcrita, se desprende la regla general de que el ejercicio de las profesiones, artes u oficios es en esencia libre, es decir, independiente tanto en lo económico (de libre oferta y demanda) como en lo técnico (quien los ejerce lo hace en base a su conocimiento, pericia o destrezas y no está obligado a acatar criterios o instrucciones de terceros) , pudiendo ser limitado o restringido únicamente, a vía de excepción, cuando así lo establezca la ley, por razones de idoneidad, moralidad, previsión y seguridad sociales, colegiación, salud pública, sindicación y cotización obligatorias.

En el caso que nos ocupa, el ejercicio de la profesión de abogado(a) está regulado por la Ley 9 de 18 de abril de 1984, reformada por la Ley 8 de 16 de abril de 1993. En su Capítulo III, artículo 13, titulado “Incompatibilidades”, esta ley establece en qué supuestos los abogados que presten servicios al Estado o a los Municipios, están impedidos para ejercer libremente su profesión.

Esta norma es del siguiente tenor:

*“Artículo 13. Los abogados que presten servicios como funcionarios regulares o como asesores jurídicos o consultores en cualquier dependencia del Estado o de los Municipios, o que actúen en dichas calidades bajo contrato y que, por razón de sus funciones, tengan que expedir autorizaciones, opiniones, permisos, certificaciones, o decidir actuaciones o asuntos de cualquier naturaleza, **no podrán litigar en la esfera administrativa que se relacione con sus funciones, o con el Ministerio, entidad o dependencia oficial a la que presten sus servicios.**”*

El abogado que contravenga esta disposición será sancionado con la pena de suspensión de conformidad con lo establecido en el Capítulo V de la presente Ley.”

(El resaltado y subrayado es nuestro).

Esta norma establece una limitación al libre ejercicio de la profesión de abogado, tratándose de profesionales del derecho idóneos que presten sus servicios **como funcionarios regulares** (nombrados en cargos permanentes) o como asesores jurídicos (sean permanentes, transitorios o contingentes) o consultores (por contrato) en cualquier dependencia del Estado o Municipios, **limitación que se circunscribe únicamente a la esfera administrativa que se relacione con sus funciones, o con el Ministerio, entidad o dependencia oficial en la cual preste sus servicios.**

En adición a lo anterior, para definir el sentido y alcance de esta norma debemos considerar el concepto de servidor público, consagrado en el artículo 294 de la Constitución Política:

*“Artículo 294. Son servidores públicos las personas nombradas temporal o permanentemente en cargos del órgano Ejecutivo, **Legislativo** y Judicial, de los municipios, entidades autónomas y semiautónomas; y en general, las que reciben remuneración del Estado.”* (El resaltado es nuestro)

Como se puede apreciar, el concepto de servidor público es amplio pues sólo está determinado por el hecho de que la remuneración correspondiente provenga del Estado, abarcando así a toda persona que labore en una entidad del sector público, incluyendo a los funcionarios que laboran en el Órgano Legislativo.

Por lo anterior, en virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 9 de 1984 todo profesional del derecho idóneo que labore en una entidad pública ejerciendo un cargo, sea éste permanente, transitorio, contingente o por contrato y reciba remuneración del Estado, no puede ejercer la profesión de abogado en **la esfera administrativa que se relacione con sus funciones, o con el Ministerio, entidad o dependencia oficial en la cual preste sus servicios.**

Igualmente resulta aplicable en estos casos el artículo 621 del Texto Único del Código Judicial, que reza:

“621 (610). Ningún servidor público, aún cuando esté en uso de licencia o se encuentre por cualquier motivo separado temporalmente del puesto, podrá ejercer poderes judiciales, administrativos ni policivos, ni gestionar en asuntos de la misma índole. Empero, pueden sustituir los poderes, revocar las sustituciones y hacer otras nuevas siempre y cuando dichos poderes hayan sido otorgados con anterioridad al nombramiento. Si el poder hubiere sido otorgado con anterioridad al nombramiento, el servidor podrá sustituir el poder, pero quedará completamente desvinculado de la representación.

Ningún Juez, ni funcionario administrativo admitirá como apoderado, vocero o patrono a los servidores aludidos; y si se cerciorare de que gestiona por medio de interpuesta persona, les impondrá la sanción que le corresponde por desacato. En esta misma pena incurrirán los servidores públicos que ejerzan la abogacía mediante cesiones simuladas de obligaciones.

*Se exceptúan de la prohibición a los catedráticos de los establecimientos de enseñanza y a **los servidores que sin ejercer mando y jurisdicción, presten servicios meramente técnicos o profesionales como abogados consultores y asesores legales, siempre que no gestionen ante la oficina o despacho al cual están adscritos.***

En este caso compete al funcionario del conocimiento determinar si una persona, no obstante idónea, puede ejercer la abogacía ante su despacho.” (el resaltado y subrayado es nuestro).

Como se puede apreciar, tanto el artículo 610 del Código Judicial, como el artículo 13 de la Ley 9 de 1984 establecen o advierten como limitación al libre ejercicio de la profesión, a cargo de los abogados que laboran para el Estado, **la de ejercer la profesión del derecho ante la misma oficina a la cual están adscritos.**

En este sentido se ha manifestado la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, mediante fallo de 12 de noviembre de 2002, bajo la Ponencia del Magistrado Winston Espadafora, en el extracto que a continuación reproducimos:

“...
*Consideramos que no se ha operado la violación del Artículo 621 (anterior 610) del Código Judicial en la forma alegada por la demandante por las razones ya expuestas, a saber, que las funciones desempeñadas por el Licenciado Solís en la Zona Libre de Colón fueron las de consultor jurídico y la función de Director Ejecutivo del FES en opinión de la Procuraduría de la Administración no era incompatible con el ejercicio de la profesión; y además porque el ejercicio de la profesión no se limita al ejercicio de poderes judiciales, administrativos, policivos o gestiones de esa índole. La demandante no ha aportado prueba alguna en el sentido de que el Licenciado Solís, aún como consultor jurídico en la Zona Libre de Colón o como Director Ejecutivo del FES, **haya gestionado en esas mismas dependencias, que es la única prohibición que se contiene en este artículo que se le hubiese podido imputar y no se hizo.***
 ...” (el resaltado es nuestro).

En adición a lo anterior, el artículo 610 citado ut-supra, condiciona la práctica de la abogacía por los servidores públicos, a que éstos en el ejercicio de sus cargos **no ejerzan mando y jurisdicción.**

Conforme al Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española (vigésima primera edición), el término “*mando*”, alude a la *autoridad y poder* que tiene un superior jerárquico sobre sus súbditos. En esta misma línea de ideas, el autor Guillermo Cabanellas, en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual¹, define la palabra “mando”, como “poder que sobre los inferiores ejerce el superior”

En Derecho Público, el término “autoridad” se refiere a la “potestad que en cada pueblo ha establecido la Constitución para que lo *rija y gobierne*, ya sancionando leyes, ya haciéndolas observar, ya administrando justicia”². El término “poder”, por su parte, ampara en su concepción más amplia, la “facultad de hacer”³.

En el contexto de la Ciencia Política, el *poder* ha sido entendido como la facultad de obrar eficazmente para el cumplimiento de los fines del Estado, encarnados en las funciones de sus órganos especiales. De allí que su ejercicio entrañe *autoridad* (derecho a mandar y realizar) y *fuerza* (esto es, poder coercitivo), condicionados por los fines esenciales del Estado, así como por su fundamento ético y racional.

¹ Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo V, 26ª Edición. Editorial Helíasta SRL, Buenos Aires, Argentina.

² Fernández Vázquez. Diccionario de Derecho Público. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1981., p. 64

³ Idem, p.572.

De lo anterior se colige **que ejercen mando los servidores públicos que de conformidad con la Constitución y la ley, tienen la función de regir y gobernar el Estado, estando investidos de autoridad para dar órdenes y realizar acciones tendientes a la satisfacción de las necesidades sociales en las que se cimentan los fines del Estado, y que cuentan con el poder coercitivo necesario para la consecución de los mismos.**

Por su parte, en sentido técnico jurídico, el término “jurisdicción”, es definido como el “conjunto de atribuciones que corresponden en una materia y en cierta esfera territorial”⁴. Así pues, **ejercen jurisdicción, los servidores públicos que de conformidad con la Constitución y la ley, son competentes para conocer de determinadas materias dentro de una determinada circunscripción del territorio nacional.**

Sobre el particular, la jurisprudencia patria más reciente ha establecido algunos criterios que permiten delimitar el alcance que en nuestro foro debemos dar al concepto de “mando y jurisdicción”, en el sentido de que sólo lo ejercen los servidores públicos que sean competentes para adoptar decisiones en determinadas materias, en virtud de la titularidad del cargo y no en la condición de subordinación que implica el ejercicio de funciones secretariales.

Así, mediante auto de 22 de agosto de 2001, al decidir sobre un incidente de ilegitimidad de personería, la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, señaló que **ejercen mando y jurisdicción los servidores públicos competentes para adoptar decisiones en determinadas materias.** En este sentido señala:

*“... el cargo de Jefe Coordinador del Consejo Económico Nacional no implica el ejercicio de mando, pues, de acuerdo con el Decreto-Ley N° 7 de 2 de julio de 1997 (por el cual se creó el Consejo Económico Nacional), es a los miembros de este organismo a quienes corresponde **adoptar las decisiones sobre los distintos asuntos o materias respecto de las cuales ese ente tiene competencia.** Así se lee claramente en el texto del artículo 10 del citado Decreto-Ley, que señala lo siguiente:*

‘ARTÍCULO 10. Las decisiones del CONSEJO ECONÓMICO NACIONAL, serán adoptadas por el voto de la mayoría absoluta de los miembros. La presencia de todos los miembros será necesaria para constituir el quórum.

El Contralor General de la República sólo actuará con derecho a voz en las reuniones del Consejo Económico Nacional.’

...” (el resaltado es nuestro).

Igualmente, en reiterada jurisprudencia el Primer Tribunal Superior de Justicia del Primer Distrito Judicial ha sentado el criterio de que **los funcionarios que ejercen funciones de secretario de despacho, no ejercen mando y jurisdicción,** sino los titulares del cargo,

⁴ Cabanellas, Op. Cit. , Tomo V, p. 48.

quienes ejercen la representación legal de la institución (resoluciones de 23 de junio de 2000 y 24 de octubre de 2000). A continuación nos permitimos citar el extracto correspondiente, de la resolución de 23 de junio de 2000:

“...

Al respecto debe aclarar esta Superioridad que el amparista señala como parte demandada a 'JUAN CARLOS NAVARRO QUELQUEJEU, toda vez que el Acto que atacamos se produce en la Alcaldía de Panamá y el Representante Legal de dicha institución es el funcionario que acabamos de señalar, cuyas generales juramos desconocer. Sin embargo, queremos aclarar que la Orden que impugnamos fue suscrita por FERNANDO BERROA JOVANE, en su condición de Secretario Judicial de la Dirección de Legal y Justicia de la Alcaldía de Panamá.

*Sobre el particular, debe señalar esta Superioridad que **aún cuando la orden de desalojo fue expedida por el Secretario Judicial de la Dirección de Legal y Justicia de la Alcaldía de Panamá, lo correcto era, como hizo el amparista, dirigir el amparo contra el Alcalde de Panamá. Decimos lo anterior, por cuanto el artículo 2607 del Código Judicial presupone que la acción de amparo se dirija contra funcionarios con mando y jurisdicción y el referido Secretario no tiene mando y jurisdicción, por lo que en todo caso sería su superior con mando y jurisdicción, en este caso el Alcalde de Panamá, el responsable de la orden emitida. Este criterio lo ha sostenido el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en la resolución dictada el 20 de septiembre de 1993, dentro de la acción de amparo propuesta por MIGUEL GUTIERREZ contra el Juzgado Sexto del Primer Circuito Judicial de Panamá, Ramo Penal, por haber su Secretario dictado una orden de rechazar un escrito presentado.***

Siendo, pues, que el amparo fue dirigido contra el Alcalde del Distrito de Panamá por una orden dictada por su Secretario, de lo expuesto, igualmente queda desvirtuado el argumento de la Juez de primera instancia de que en este amparo existe falta de legitimación pasiva.

...". (el resaltado y subrayado es nuestro).

En el caso que nos ocupa, debemos definir si el Sub-Secretario de la Asamblea Legislativa puede o no ser considerado un funcionario con mando y jurisdicción, para lo cual se hace necesaria una revisión sumaria del régimen jurídico de esta investidura, a fin de determinar si en virtud de las funciones y características propias del cargo, se dan los presupuestos señalados en los párrafos precedentes.

El cargo de Sub-Secretario de la Asamblea Legislativa está regulado por la Ley 49 de 4 de diciembre de 1984, “Por la cual se aprueba el Reglamento Orgánico del Régimen Interno de la Asamblea Legislativa”. Conforme a este cuerpo normativo, el Sub-Secretario de la Asamblea Legislativa, al igual que el Secretario, es un funcionario administrativo de este órgano del Estado (artículo 22), subordinado a éste (artículo 24), que actúa como su auxiliar y lo reemplaza únicamente en sus faltas temporales (artículo 28).

De lo anterior se desprende que el Sub-Secretario General de la Asamblea Legislativa ejerce una función administrativa de apoyo y suplencia temporal al Secretario General, en el cumplimiento de sus deberes legales.

Al tenor del artículo 23, los deberes del Secretario General se circunscriben a las funciones propias de todo secretario de un cuerpo parlamentario, tales como asistir con puntualidad a las sesiones, revisar las actas, leer en alta voz las proposiciones, proyectos, mensajes, informes, etc; anunciar el resultado de las votaciones; firmar las actas y demás documentos que requieran su firma para que sean auténticos; redactar comunicaciones oficiales; llevar registros; rendir informes; expedir certificaciones y copias auténticas de las actas y resoluciones; llevar el archivo de los documentos a su cargo; dirigir y supervisar las publicaciones oficiales, etc.

De lo anterior se desprende que el Sub-Secretario de la Asamblea Legislativa no es un funcionario con mando y jurisdicción, toda vez que:

- Carece de autoridad para dar órdenes y/o adoptar decisiones con poder coercitivo.
- Sólo ejerce sus competencias en el ámbito espacial de la estructura organizativa de la Asamblea Legislativa.
- Carece de competencia adoptar o proferir decisiones.
- Actúa con la subordinación que es propia de la función secretarial.

Por todo lo anterior, concluimos que el Sub-Secretario General de la Asamblea Legislativa puede gestionar o litigar ante otras instancias o ejercer la profesión de abogado, siempre y cuando no lo hagan ante la oficina o despacho al cual está adscrito.

Esta gestión o representación privada deberá sujetarse al cumplimiento, en primera instancia, de las disposiciones que guardan relación al horario de trabajo, asistencia y puntualidad en el cumplimiento de sus funciones, conforme a las normas reglamentarias pertinentes.

Igualmente consideramos que dicha gestión debe ser ocasional y no regular, de manera que no colisione o altere de forma excesiva el desempeño normal de su trabajo.

Esperando de este modo haber satisfecho suficientemente su inquietud, me suscribo.

Atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración

AMdeF/cch.