

Ministerio Público Procuraduría de la Administración

Panamá, 22 de julio de 2020. C-078-20

Licenciado

Iván X. Eskilsen

Administrador General de la Autoridad de Turismo de Panamá

Ciudad.

Referencia: Naturaleza confidencial de los expedientes de recursos humanos con respecto a la facultad investigadora de la Oficina de Auditoría Interna de la Autoridad de Turismo de Panamá.

Licenciado Eskilsen:

En concordancia con el artículo 220, numeral 5 de la Constitución Política de la República que nos otorga la facultad de "Servir de consejeros jurídicos a los funcionarios administrativos", desarrollada en el artículo 6, numeral 1 de la Ley N° 38 de 31 de julio de 2000, "Que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, regula el Procedimiento Administrativo General y dicta disposiciones especiales", respondo a su consulta contenida en la Nota 112-AL-126-2020, fechada 6 de julio de 2020 y recibida en la Secretaría de Consultas y Asesoría Jurídica de la Procuraduría de la Administración el 8 de julio del presente año.

La interrogante concreta se reproduce en dos partes, de la siguiente manera:

"Concurrimos a su despacho con la finalidad de plantearle consulta relacionada con las funciones que ejerce la Oficina de Auditoría Interna de la Autoridad de Turismo de Panamá, en el sentido de si esta tiene o no la competencia para llevar a cabo revisiones de los expedientes de los funcionarios públicos que laboran en nuestra institución y que reposan en la Oficina de Recursos Humanos de la Autoridad de Turismo de Panamá.

...

Ampliando un poco más nuestra consulta, de ser su criterio positivo en el sentido que la Oficina de Auditoría Interna puede revisar expedientes de servidores públicos, agradecemos nos amplíe ese criterio en torno al alcance de la confidencialidad de los expedientes y quienes pueden tener conocimiento de los mismos y en qué circunstancias."

Por su parte, la conclusión del criterio jurídico de la institución que usted administra, vertido por su Oficina de Asesoría Legal a través del Memorándum 112-AL-329-2020 expresa que "...el Departamento de Auditoría Interna de la Autoridad de Turismo de Panamá, sólo podrá tener acceso a los expedientes de los funcionarios públicos de la Institución, cuando sea parte de acciones y/o investigaciones inherentes a las funciones que ejerce dentro de la Autoridad de Turismo de Panamá".

Al respecto, esta Procuraduría es del criterio que la Oficina de Auditoría Interna de la Autoridad de Turismo de Panamá, de ser autorizados por la máxima autoridad de esta institución, pueden asumir la competencia para llevar a cabo revisiones de los expedientes de los funcionarios públicos y que reposan en la Oficina de Recursos Humanos de la Autoridad de Turismo de Panamá.

De la misma manera, el alcance legal de la confidencialidad de la información de acceso restringido contenida dentro de los expedientes de recursos humanos de las instituciones públicas es en principio absoluta, existiendo límites a ella de acuerdo a las disposiciones legales que otorgan acceso de estos expedientes a ciertos funcionarios, ya sea por competencia expresa o por autorización de la máxima autoridad de la entidad, quienes pueden tener conocimiento de la información puntual para el ejercicio de las acciones de personal, administrativas o disciplinarias respectivas, más no la facultad o posibilidad de divulgación no autorizada a terceros.

Procedemos a la explicación pormenorizada de los aspectos jurídicos que nos llevan a la respuesta emitida.

A. Principios fundamentales y panorámica normativa pertinente.

En torno a su consulta, existe la coexistencia de dos principios constitucionales requirentes de ser observados y armonizados dentro del texto de la presente respuesta: El Principio de Estricta Legalidad¹ y el Derecho a la Intimidad de la Persona, manifestado éste, en la naturaleza de la información contenida en las bases de datos gubernamentales².

En cuanto al Principio de Estricta Legalidad, su descripción doctrinal por parte de VIDAL PERDOMO, nos parece adecuada para brindar un hilo conductor de nuestro planteamiento:

"En el derecho moderno se considera que la actividad de la administración debe estar permanentemente sujeta al ordenamiento jurídico, esto es, que las normas que ella expida y los actos que realice no vayan en contra de las reglas jurídicas superiores. Este fenómeno jurídico-político se conoce con el nombre de "principio de legalidad", y esta última palabra que lo define se toma no en el sentido específico del acto del parlamento o del Congreso, sino de acto jurídico cuyo cumplimiento se impone a la autoridad administrativa, cualquiera que sea su autor. La consecuencia que se deriva de la existencia de ese principio es la de que la violación del orden jurídico por un acto de la administración puede dar lugar a su anulación por el juez que ejerce el control legal"³.

¹ El artículo 18 de la Constitución Política determina que "Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infracción de la Constitución o de la Ley. Los servidores públicos lo son por esas mismas causas y también por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de éstas", así estableciendo el Principio de Estricta Legalidad en el derecho panameño.

² El artículo 42 de la Constitución Política dictamina que "Toda persona tiene derecho a acceder a la información personal contenida en bases de datos o registros públicos y privados, y a requerir su rectificación y protección, así como su supresión, de conformidad con lo previsto en la Ley. Esta información sólo podrá ser recogida para fines específicos, mediante consentimiento de su titular o por disposición de autoridad competente con fundamento en lo previsto en la Ley" (Los subrayados son de la Procuraduría). De esta forma se establece el derecho de acceso a la información pública, pero también excepciones a la misma, siempre basadas en manifestaciones del Principio de Estricta Legalidad.

³ VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Administrativo. Décima Edición. Bogotá, 1994. Página 303.

Ambos derechos se superponen dentro del escenario del Debido Proceso Legal⁴, principio también consagrado en la Constitución Política de la República⁵.

Lo mencionado arriba, es desarrollado por las leyes pertinentes, entre ellas la Ley N° 38, de 31 de julio de 2000, "Que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, regula el Procedimiento Administrativo General y dicta disposiciones especiales", el Texto Único de 29 de agosto de 2008, "Ordenado por la Asamblea Nacional, que comprende la Ley N° 9 de 1994, Por la cual se establece y regula la carrera Administrativa; la Ley 24 de 2007, Que modifica y adiciona artículos a la Ley 9 de 1994, que establece y regula la Carrera Administrativa, y las reformas incluidas en la Ley 14 de 2008" y la Ley N° 6 de 22 de enero de 2002 "Que dicta normas para la transparencia en la gestión pública, establece la acción de Hábeas Data y dicta otras disposiciones".

B. Naturaleza Jurídica de la Información contenida en los expedientes de personal

Como trascribe su escrito, los documentos personales que reposan en los expedientes de personal, son considerados por la Ley como información confidencial⁶ y por tanto, son de acceso restringido⁷.

⁴ El artículo 201, numeral 31 de la Ley N° 38 de 31 de julio de 2000, define el "Debido proceso legal", como el "Cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales en materia de procedimiento, que incluye los presupuestos señalados en el artículo 32 de la Constitución Política: el derecho a ser juzgado conforme a los trámites legales (dar el derecho a audiencia o ser oído a las partes interesadas, el derecho a proponer y practicar pruebas, el derecho a alegar y el derecho a recurrir) y el derecho a no ser juzgado más de una vez por la misma causa penal, policiva, disciplinaria o administrativa".

⁵ El artículo 32 de la Constitución Política determina que "*Nadie será juzgado, sino por autoridad competente y conforme a los trámites legales, y no más de una vez por la misma causa penal, administrativa, policiva o disciplinaria*" así estableciendo el Principio de Debido Proceso en el derecho panameño.

⁶ El artículo 1, numeral 5 de la Ley N° 6 de 22 de enero de 2002, que dicta normas para la transparencia en la gestión pública, establece la acción de Hábeas Data y dicta otras disposiciones, define a la "Información confidencial" como "Todo tipo de información en manos de agentes del Estado o de cualquier institución pública que tenga relevancia con respecto a los datos médicos y psicológicos de las personas, la vida íntima de los particulares, incluyendo sus asuntos familiares, actividades maritales u orientación sexual, su historia penal y policivo, su correspondencia y conversaciones telefónicas o aquellas mantenidas por cualquier otro medio audiovisual o electrónico, así como la información pertinente a los menores de edad. Para efectos de esta Ley, también se considera como confidencial la información contenida en los registros individuales o expedientes de personal o de recursos humanos de los funcionarios" (Los resaltados y subrayados son de la Procuraduría).

Sobre el mismo término jurídico, el artículo 201, numeral 57 de la Ley N° 38 de 31 de julio de 2000, aporta a la precitada definición así: "Información confidencial o de reserva. Aquélla de acceso restringido que, por razones de interés público o particular, no puede ser difundida, porque podría ocasionar graves perjuicios a la sociedad, al Estado o a la persona respectiva, como es el caso concerniente a las negociaciones de tratados y convenios internacionales, seguridad nacional, situación de salud, ideas políticas, estado civil, inclinación sexual, antecedentes penales y policivos, cuentas bancarias y otras de naturaleza similar, que tengan ese carácter de acuerdo con una disposición legal" (Los resaltados son de la Procuraduría).

Con respecto al mismo concepto, el artículo 2 del Texto Único de la Ley de Carrera Administrativa, define a los "Documentos confidenciales", así: "Son los documentos propios de la Administración Pública, o que reposan en sus archivos por razón de los trámites inherentes a la gestión de los servicios públicos, no destinados al conocimiento general" (Los subrayados son de la Procuraduría).

Por su parte, el artículo 137, numeral 9 del Texto Único de 29 de agosto de 2008, "Ordenado por la Asamblea Nacional, que comprende la Ley N° 9 de 1994, Por la cual se establece y regula la carrera Administrativa; la Ley 24 de 2007, Que modifica y adiciona artículos a la Ley 9 de 1994, que establece y regula la Carrera Administrativa, y las reformas incluidas en la Ley 14 de 2008", declara expresamente la confidencialidad de los datos que reposan en las bases de datos, como un derecho de los servidores públicos, de esta forma:

"Artículo 137. Los servidores públicos en general tendrán derecho a:

9. Gozar de confidencialidad en las denuncias relativas al incumplimiento del régimen disciplinario por parte de terceros.
...".

Este derecho, se repite textualmente en el artículo 93, numeral 9, de la Resolución Nº 06/09 de 20 de enero de 2009, "Por medio del cual se adopta el Reglamento Interno de la Autoridad de Turismo de Panamá".

Así las cosas, resulta indiscutible que los expedientes de personal de recursos humanos dentro de las instituciones públicas, no son de libre acceso, como es la regla en materia de datos que reposan en los archivos de estas unidades administrativas, su acceso está restringido⁸, lo cual supone, como dicen las normas citadas, una condición etimológica que les define de forma diferente a lo que ocurre con la generalidad de la información ubicada en archivos de Gobierno.

Las restricciones mencionadas en todas las definiciones citadas, no corresponden a prohibiciones absolutas de acceso en sí mismas, sino un equilibrio entre el derecho de quien lo goza (artículo 41 de la Constitución Política), con el cumplimiento del ejercicio de la jurisdicción disciplinaria (artículo 32 de la Constitución Política). Ambos en contraposición ante el fiel de la balanza que es el precitado Principio de Estricta legalidad, puesto que el acceso a los funcionarios a la información que la cual deban conocer en razón de sus atribuciones, debe estar establecido expresamente de acuerdo con la ley.

C. Competencias de la Oficina de Auditoría Interna de la Autoridad de Turismo de Panamá en el marco de la estructura institucional vigente.

De esta forma volvemos a la pregunta central de su consulta sobre las funciones de la Oficina de Auditoría Interna de la Autoridad de Turismo de Panamá, "...en el sentido de si esta tiene o no la competencia para llevar a cabo revisiones de los expedientes de los funcionarios públicos que laboran en nuestra institución y que reposan en la Oficina de Recursos Humanos de la Autoridad de Turismo de Panamá" (Los resaltados y subrayados son de la Procuraduría).

⁷ Por su parte, el término jurídico, "Información de acceso restringido", se define en el artículo 1, numeral 7 de la Ley N° 6 de 22 de enero de 2002, "Que dicta normas para la transparencia en la gestión pública, establece la acción de Hábeas Data y dicta otras disposiciones".: "Todo tipo de información en manos de agentes del Estado o de cualquier institución pública, cuya divulgación haya sido circunscrita únicamente a los funcionarios que la deben conocer en razón de sus atribuciones, de acuerdo con la ley" (Los resaltados y subrayados son de la Procuraduría).

⁸ "Restrictivo", se ha definido como "limitado o acortado". CASADO, Laura. Diccionario de Derecho. Segunda Edición. Valletta Ediciones. Buenos Aires, 2017. Página 299.

... "

El Memorándum 112-AL-329-2020 de 6 de julio de 2020, emitido por la Oficina de Asesoría Legal de la Autoridad de Turismo de Panamá, suministrado junto a la consulta, transcribe las funciones de la Oficina de Auditoría Interna de la Autoridad de Turismo de Panamá, éstas extraídas según lo redactado, del "Manual Único de Clasificación de Puestos del Estado de la Dirección General de Carrera Administrativa", destacando el "resumen de tareas" y la "Descripción del Trabajo".

El denominado "resumen de tareas", describe el "realizar trabajos de dirección, coordinación y supervisión de la ejecución de las actividades de registro, fiscalización y control de las operaciones de contabilidad, auditoría financiera de la institución".

Por su parte, el listado propio de la "Descripción del Trabajo", destaca como pertinentes lo concerniente a:

"Realizar trabajos relacionados con el seguimiento, control y fiscalización de las actividades que realiza la institución, así como los fondos, valores y demás bienes patrimoniales.

Coordinar y controlar el desarrollo de las actividades relacionadas con las operaciones de contabilidad, auditoría financiera de la institución. Establecer y evaluar los procedimientos y mecanismos de evaluación, seguimiento y control, para asegurar el buen funcionamiento en la gestión de las diferentes unidades administrativas de la institución.

Proyectar las auditorías preventivas, temas de inventario, misiones oficiales y otras acciones de auditoría practicadas en otras unidades administrativas de la institución.

El artículo 9 del precitado Texto Único de 29 de agosto de 2008, "Ordenado por la Asamblea Nacional, que comprende la Ley N° 9 de 1994, Por la cual se establece y regula la carrera Administrativa; la Ley 24 de 2007, Que modifica y adiciona artículos a la Ley 9 de 1994, que establece y regula la Carrera Administrativa, y las reformas incluidas en la Ley 14 de 2008", establece que es función de la Dirección General de Carrera Administrativa "fundamentar en métodos científicos la administración de recursos humanos del Estado y, en consecuencia, cuando esté dentro de sus facultades: l. Diseñar el sistema de administración de recursos humanos, su organización, programas y mecanismos de ejecución, información, evaluación y control".

El numeral 8 de este artículo, autoriza a la Dirección General de Carrera Administrativa a la "creación de los cargos de Carrera Administrativa y conferir el certificado de estatus respectivo a quienes cumplan los requisitos para ser considerados como tales servidores públicos".

Como puede observarse, DIGECA no atribuye funciones ni competencias, sino que diseña los sistemas de administración de recursos humanos a través de las herramientas, como son los respectivos manuales técnicos, teniendo como ejemplo el *Manual de Procedimientos Técnicos de Acciones de Recursos Humanos*, que revisaremos más adelante.

En la Resolución N° 06/09 de 20 de enero de 2009, "Por medio del cual se adopta el Reglamento Interno de la Autoridad de Turismo de Panamá", la Oficina de Auditoría Interna no aparece, siendo los artículos 103 y 104 del mismo reglamento, los que atribuyen a la Oficina de Recursos Humanos de la Autoridad de Turismo de Panamá, las "investigaciones relativas a las acciones de personal, que involucran expedientes de recursos humanos".

Por otra parte, el denominado "*Procedimiento Disciplinario*" establecido en el reglamento mencionado, guarda silencio en cuanto a cualquier participación de la Oficina de Auditoría Interna de la institución.

El artículo 40 (Transitorio) de este reglamento, denominado "Régimen de Personal" dice que las normas de la Ley de Carrera Administrativa se aplicarán al personal de la ATP que se desempeñe en puestos de Carrera Administrativa y que la entidad deberá elaborar su Manual institucional de Clases Ocupacionales, "en donde se describirán las funciones, tareas y requisitos mínimos para cada puesto de trabajo que se encuentre en su estructura organizativa, sean estos genéricos o específicos. Los puestos específicos formarán parte del Servicio Turístico" y que "la Autoridad reglamentará la materia".

En cumplimiento del instrumento descrito en el Reglamento interno arriba invocado, es aprobada la Resolución No. 12/09 de 5 de Marzo de 2009, "Por medio del cual se adopta la estructura organizacional y manual de funciones de la Autoridad de Turismo de Panamá". Éste instrumento contempla ambas unidades (la Oficina de Auditoría Interna y la Oficina de Recursos Humanos de la Autoridad de Turismo de Panamá) dentro de tal estructura, y claramente señala sus respectivas funciones.

Empezaremos citando de forma completa, el objetivo y las funciones de la Oficina de Auditoría Interna, ubicada en el "nivel fiscalizador" de la Institución:

"NIVEL FISCALIZADOR

Oficina de Auditoría Interna Artículo 23. OBJETIVO

Vigilar que se cumplan todas las Normas y Políticas establecidas por la Institución, inclusive aspectos fuera de lo Contable. Su importancia radica en la supervisión eficaz de las operaciones, administración, registro y control de las actividades de la Institución, realizar recomendaciones en pro del mejoramiento de los registros, los métodos de Control, aumento de ingresos, disminución de los gastos y otros.

Artículo 24. FUNCIONES

- 1. Garantizar el uso adecuado de los recursos de la Autoridad.
- 2. Revisar y evaluar acciones y procedimientos, con el propósito de orientar en cuanto a las buenas prácticas de acuerdo a lo establecido en Manuales y Reglamentos.
- 3. Formular planes y programas de trabajo que garanticen los resultados positivos de su actuación.
- 4. Informar de errores detectados en métodos y procedimientos e informar a su superior jerárquico.
- 5. Vigilar porque las unidades responsables efectúen las medidas pertinentes para garantizar la protección de bienes tangibles e intangibles.
- 6. Evaluar y emitir informes sobre aspectos de y gastos de funcionamiento; al igual que resultados de aseguramiento.
- 7. Organizar, ordenar y supervisar el trabajo de auditoría interna de la Institución.
- 8. Coordinar ejercicios de auditoría externa con la Contraloría General de la República y con firmas auditoras externas, cuando así se requiera.
- 9. Efectuar sorpresivamente arqueos de caja menuda, consumo y saldo de combustible y cualquier otro ITEM que se enmarque dentro de sus funciones" (Los resaltados son de la Procuraduría).

Del listado de atribuciones, si bien ninguna directamente atañe a expedientes de personal, si se desprenden labores que para ser ejecutadas, requieren de la práctica de labores investigativas, al igual que el objetivo de "Vigilar que se cumplan todas las Normas y Políticas establecidas por la Institución, inclusive aspectos fuera de lo Contable".

Por su lado, hemos transcrito la descripción de la Oficina Institucional de Recursos Humanos, adscrita a un nivel "auxiliar de apoyo", y citando el objetivo y las funciones de tal unidad que son también pertinentes al análisis que nos ocupa:

"NIVEL AUXILIAR DE APOYO

Oficina Institucional de Recursos Humanos

Artículo 26. OBJETIVO

Planificar y administrar el recurso humano de la Institución con el fin de potenciar sus capacidades y su eficiencia a través del desarrollo y la aplicación de políticas y planes adecuados, y adoptando los fundamentos organizacionales, técnicos y administrativos de la Ley que regula la Carrera Administrativa.

Artículo 27. FUNCIONES

- 1. Definir y controlar la aplicación de las políticas, planes y programas sobre recursos humanos de la institución, y garantizar la continuidad funcional del Régimen de Carrera Administrativa.
- 2. Supervisar que el trámite de las acciones de personal cumplan con los parámetros establecidos.
- 3. Brindar asesoría al Administrador General, Subadministrador General; Directores Nacionales, Gerentes Provinciales y Jefes de Departamentos sobre el Régimen de la Carrera Administrativa.
- 4. Coordinar y dar seguimiento a los resultados de los análisis de las evaluaciones del desempeño, así como las recomendaciones y acciones solicitadas por los evaluadores.
- 5. Diseñar y dirigir los programas de desarrollo de carrera, para los diferentes cargos de la institución.
- 6. Programar y desarrollar estudios de eficiencia y productividad con el propósito de detectar deficiencias e implementar medidas correctivas.
- 7. Procesar las acciones de personal, autorizadas por el Administrador General.
- 8. Elaborar propuesta de reorganización de los métodos y procesos de trabajo que se realizan en la unidad bajo su responsabilidad.
- 9. Controlar la disponibilidad y estado de recursos asignados a la unidad organizativa a su cargo.

10. Programar los requerimientos de recursos materiales asignados a la unidad organizativa a su cargo" (Los resaltados son de la Procuraduría).

Como vemos, la DIGECA no atribuye funciones a las unidades dentro de las entidades, sino que diseña su estructura, a diferencia del Reglamento Interno de la Autoridad de Turismo de Panamá, que sí otorga una clara administración a la Oficina Institucional de Recursos Humanos de ejecutar las acciones de personal dentro de la Institución, sin perjuicio de que las respectivas facultades de la Oficina de Auditoría Interna, en su misión de garantizar el uso correcto de los bienes públicos, también tenga facultades que implican investigaciones.

La base jurídica de la anterior afirmación es el mismo Decreto Ejecutivo N° 222 de 12 de septiembre de 1997 "Por el cual se reglamenta la Ley N° 9 de 20 de junio de 1994, Que establece y regula la Carrera Administrativa", que señala en su artículo 109 que "Cada institución establece, según las normas pertinentes, los puestos que requiere para cumplir sus fines, objetivos y funciones", no un manual producto de la Dirección General de Carrera Administrativa.

Como parte de las funciones de DIGECA, se encuentra la de emitir los manuales de procedimiento en materia de recursos humanos. El actual *Manual de Procedimientos sobre Acciones de Recursos Humanos*, se da en cumplimiento del Artículo 72 del Texto Único de la Ley N° 9 de 20 de junio de 1994, "por la cual se establece y regula la Carrera Administrativa":

"Toda acción de recursos humanos deberá ser coordinada con la Oficina Institucional de Recursos Humanos y el jefe inmediato del servidor público involucrado en la acción de que se trate; y, en los casos en que corresponda, debe considerarse la última evaluación del desempeño, que se haya realizado en los últimos doce meses" (Los resaltados son de la Procuraduría).

El ya mencionado Decreto Ejecutivo N° 222 de 12 de septiembre de 1997 "Por el cual se reglamenta la Ley N° 9 de 20 de junio de 1994, Que establece y regula la Carrera Administrativa", expresa en su procedimiento disciplinario general, artículos 175 y 176, lo siguiente:

"Artículo 175: En los casos de amonestaciones escritas o de suspensiones, el superior jerárquico enviará un informe a la Oficina Institucional de Recursos Humanos en que constará el o los hechos, los testimonios, de haberlos, y la solicitud de que se autorice la imposición de la sanción correspondiente, para lo cual la Oficina Institucional de Recursos Humanos contará con un período de hasta diez días hábiles, contados a partir del día siguiente de recibido el informe, para realizar una investigación, con el propósito de determinar si procede o no la sanción solicitada. Dentro de los dos días hábiles siguientes al recibo del informe, la Oficina Institucional de Recursos Humanos notificará al servidor público, quien podrá presentar un escrito sobre su versión de los hechos, ante esa misma oficina, dentro de un término no mayor de dos días hábiles a partir de la notificación.

Artículo 176, Concluida la investigación, la Oficina Institucional de Recursos Humanos enviará al superior jerárquico un informe en el que expresará si considera o no que procede la imposición de la sanción correspondiente. De éste se dará copia al servidor público".

Continuando con el procedimiento de destitución, como ejemplo, según las normas técnicas de la DIGECA y conforme a los fundamentos legales y reglamentarios de la Carrera Administrativa, es dirigido por la Oficina Institucional de Recursos Humanos de la entidad de la que se trate, así como los demás que se relacionen con acciones de personal y los respectivos expedientes.

Citamos textualmente los pasos procesales para que se ilustre la clara reserva legal adjetiva existente incluso en el Manual de Procedimientos Técnicos de Acciones de Recursos Humanos⁹:

"Artículo 153. Siempre que ocurran hechos que puedan producir la destitución directa del servidor público, se le formularán cargos por escrito. La Oficina Institucional de Recursos Humanos realizará una investigación sumaria que no durará más de quince (15) días hábiles, y en la que se le dará al servidor público la oportunidad de defensa y se le permitirá estar acompañado por un asesor de su libre elección.

Artículo 154. Concluida la investigación, la Oficina Institucional de Recursos Humanos y el superior jerárquico presentarán un informe a la autoridad nominadora, en el que expresarán sus recomendaciones. Para fallar, la autoridad nominadora tendrá un plazo de hasta treinta (30) días a partir de la presentación de los cargos ante la Oficina Institucional de Recursos Humanos. Si la autoridad nominadora estimare probada la causal y la responsabilidad del servidor público, de acuerdo a los informes a ella presentados, y a su mejor saber y entender, ordenará la destitución del mismo o alguna otra sanción disciplinaria que estime conveniente.

La decisión de la autoridad nominadora le será notificada personalmente al servidor público y surtirá efectos inmediatos.

Artículo 155. El documento que señale o certifique la acción de destitución, debe incluir la causal de hecho y de derecho por la cual se ha procedido a la destitución y los recursos legales que le asisten al servidor público destituido.

Artículo 156. El incumplimiento del procedimiento de destitución originará la nulidad de lo actuado.

Las imperfecciones formales del documento mediante el cual se destituye a un servidor público impedirá que pueda tener efecto, hasta tanto dichas imperfecciones sean corregidas" (Los resaltados y subrayados son de la Procuraduría).

D. Normas de referencia en materia de Auditoría Interna.

La Contraloría General de la República, creada por el artículo 279 de la Constitución Política de la República de Panamá y desarrollada su organización por la vía de la Ley 32 de 8 de noviembre de 1984. "Por la cual se adopta la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República", es la entidad de referencia natural con respecto a las normas de auditoría del sector público.

⁹ República de Panamá Ministerio de la Presidencia Dirección General de Carrera Administrativa Manual de Procedimientos Técnicos de Acciones de Recursos Humanos. En cumplimiento del Artículo No. 72 de la Ley No. 9 de 20 de junio de 1994, "por la cual se establece y regula la Carrera Administrativa" https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic5 pan res ane digeca 3.pdf

En concordancia con lo anterior, la Circular Número 113-00-DC/Del de 15 de noviembre de 2000, suscrita por el Contralor General de la República, referente al tema de los bienes nacionales, se dispone lo siguiente:

"A los efectos anotados, al momento en que una entidad oficial adquiera un bien, de cualquier naturaleza, con dineros públicos, deberá inventariarlo de inmediato y registrarlo a su nombre, sin perjuicio que el bien sea administrado por la Organización No Gubernamental (ONG) beneficiada. La medida anterior permitirá que el Estado Panameño lleve un inventario y control exacto de sus bienes muebles o inmuebles y una verificación periódica de auditoría sobre el mantenimiento de los mismos, el destino que se les da, su ubicación y el estado físico, a fin de evitar pérdidas culposas o dolosas y poder exigir las responsabilidades legales a los custodios de esos bienes." (Los resaltados son de la Procuraduría).

El Manual de Auditorías Especiales para la Determinación de Responsabilidades, emitido por la Contraloría General de la República, ubicado en el contexto de las Normas de Auditoría Gubernamental que rigen el desarrollo de la práctica en esta materia, establece que los servidores públicos están dentro de las personas que posiblemente sean sujetos de responsabilidad como la mencionada arriba. Esto se establece en el texto del mencionado manual:

"513. Sujetos de Responsabilidad

Es sujeto de Responsabilidad Patrimonial toda persona natural o jurídica que de alguna manera esté vinculada con bienes o fondos públicos. Es responsable ante la ley por la acción u omisión en el desempeño de sus funciones y no solamente el empleado público que incurra con sus deberes es sujeto de Responsabilidad Patrimonial, también son sujetos de responsabilidad aquellos particulares que vinculados con el sector Público, incumplan con sus obligaciones. (Artículo 1 y 2 del Decreto de Gabinete Núm. 36) La responsabilidad comprende a quien administra fondos públicos y a quien, en virtud o razón del cargo público, administra fondos de terceros, quienes tienen derecho a reclamar a la entidad pública el resarcimiento del perjuicio causado.

- 1. El cumplimiento de las funciones y deberes del funcionario
- 2. Las obligaciones legales o Contractuales
- 3. El poder de decisión que tiene el funcionario
- 4. La importancia del cargo que desempeña
- 5. El beneficio o aprovechamiento indebido, y
- 6. Las consecuencias derivadas de su acción u omisión" (Los resaltados son de la Procuraduría).

De la misma manera, en la sección 531, los propios parámetros de aplicación de programas de auditoria, suponen responsabilidades sobre el manejo de la información que recaen sobre los funcionarios que realicen tales tareas:

"531. Aplicación de los Programas de Auditoría. Los auditores son responsables por la aplicación de los respectivos programas de auditoría diseñados para las tareas que se les asigne y según los procedimientos incluidos. En el momento que los auditores determinen irregularidades en sus investigaciones deberán presentar una nota de comunicación a las personas naturales o jurídicas involucradas en dichas

irregularidades, para que las mismas presenten los documentos, evidencias o elementos de juicio que estimen convenientes.

El supervisor es responsable de:

- 1. Garantizar la aplicación correcta del programa de Auditoría y la obtención de evidencia suficiente, competente y pertinente del hecho investigado.
- 2. Garantizar que los papeles de trabajo estén ordenados y resguardados adecuadamente mientras se realiza la investigación.
- 3. Discutir con el auditor (jefe de equipo cuando hay más de un auditor) la redacción del borrador del informe.

Así las cosas, los parámetros técnicos que guían la función de auditoría, suponen situaciones donde por la naturaleza de la investigación, la Oficina de Auditoría interna pueda requerir alguna información que repose en los expedientes de personal, que pueden contener información que, a diferencia de la propia de acceso restringido, podrían ser incumbente a la información necesaria para el cumplimiento de la labor, como por ejemplo acciones de personal que sean de relevancia.

La Circular N° 12-2007-DC de 22 de febrero de 2007¹⁰, emitida por la Procuraduría General de la República, denominada "*Responsabilidades en la Administración de los Fondos, Bienes y Recursos Públicos*" señala la posibilidad de responsabilidad de los servidores públicos en actos irregulares, así:

"...En adición, existen normas constitucionales, legales y reglamentarias que hacen responsables de hechos irregulares que afectan patrimonios públicos, tanto al servidor público y al particular que los cometen y en ocasiones al superior del primero, por lo que todos deben estar conscientes de tal situación, con el propósito de adoptar los mecanismos que eviten la comisión de tales hechos y, en caso de ocurrir, se exijan las responsabilidades respectivas

Este conjunto de normas constitucionales, legales y reglamentarias hacen imperativo que los jefes de dependencias estatales, al igual que constituye también una obligación paralela de la Contraloría General de la República, vigilen permanentemente la conducta de los servidores públicos subalternos en las diversas instituciones estatales, a fin de que estos no incurran en conductas que tipifican diversos actos ilícitos y que tienen como consecuencia directa la afectación de los patrimonios públicos...".

Esta guía de la entidad precitada, resulta importante para guiar a los servidores públicos de mando superior a que las instituciones a su cargo extremen las medidas de control e investigación pertinentes a fin de proteger el patrimonio del Estado.

En cuanto a la materia concreta de acceso a las facultades comunes a todas las instituciones en materia de control interno, la Contraloría General de la República emite el Decreto N° 214 –DGA de 8 de octubre de 1999, "Por el cual se emiten las normas de Control Interno Gubernamental para la República de Panamá", con el objeto de "garantizar el cumplimiento de los objetivos institucionales y proporcionar criterios unificados para el control y evaluación de la gestión pública".

¹⁰ Publicada en Gaceta Oficial Número 25,775 de jueves 22 de marzo de 2007.

En su sección 3.2.5.8., se definen las funciones de las unidades de auditoría interna dentro de las distintas instituciones que componen la Administración Pública, dentro de las cuales se incluye

- "b. Verificar que la estructura de control interno esté formalmente y que su ejercicio sea intrínseco al desarrollo de las funciones de todos los cargos y en particular aquellos que tengan la responsabilidad de mando.
- c. Verificar que los controles definidos para los procesos o actividades de la organización, se cumplan por los responsables de su ejecución y en especial que las áreas o empleados encargados de la aplicación del régimen disciplinario ejerzan adecuadamente esta función".

Por su parte, la Sección 3.2.5. 11, determina que "Los informes de las unidades de auditoría interna que presenten irregularidades deberán remitirse a las autoridades competentes para los procesos disciplinarios, administrativos, judiciales y fiscales".

En materia de las Normas de Control Interno <u>para el Área de Administración del Recurso Humano</u> en el campo de Control y Evaluación del Desempeño literal **f** indica que, solo el <u>personal autorizado del Área de recursos humanos de la entidad</u> y los <u>funcionarios designados por la alta dirección</u>, tendrán acceso a los expedientes de personal, los cuales deberán ser apropiadamente protegidos.

La norma anterior, general y común para todas las instituciones públicas, entonces supone que, además de la Oficina Institucional de Recursos Humanos, otros funcionarios designados por la alta dirección de la entidad, pueden ser habilitados para acceder a los expedientes del personal, lo cual permite la posibilidad de que una oficina diferente a ésta, como la Oficina de Auditoría Interna, también pueda acceder a éstos en ejercicio de sus funciones, después de cumplir con tal habilitación, manteniéndose según la disposición, la protección ya analizada del contenido de tales expedientes.

E. Conclusiones.

Del recorrido jurídico anterior, concluyo que la confidencialidad de la información depositada en bases de datos gubernamentales, es un Derecho Humano reconocido por la Constitución Política y desarrollado en las leyes relativas a la trasparencia de la información, la ley de carrera administrativa y la misma ley del procedimiento administrativo general que rige sobre todas las entidades dentro de la Administración. Constituye un mandato al Estado panameño que este derecho sea garantizado a los colaboradores del servicio público.

La única excepción a esta norma, es precisamente la aplicación de otra garantía que es el debido proceso legal, la aplicación de la justicia en la esfera disciplinaria (entre otras), los trámites pertinentes para aquel ejercicio, pasan necesariamente por que sólo las autoridades competentes puedan revisar los expedientes que contengan esa información, acompañados por la carga de no poder divulgarla a terceros, a menos que la ley lo autorice.

Ahí es que entra a jugar un papel preponderante, el Principio de Estricta Legalidad mencionado al inicio de esta nota de respuesta. La Ley debe establecer expresamente quiénes son las autoridades competentes para la ejecución de una atribución, máxime si la misma se encuentra con una garantía fundamental de este tipo.

Si bien no se menciona en la consulta, existen elementos de corte investigativo disciplinario inherentes a su texto¹¹, ante esto me permito colocar en un ejemplo de doctrina comparada, la dinámica que las distintas relaciones jurídicas ya planteadas, que subyacen en su misiva en consideración al régimen disciplinario, sus fuentes y principios:

"En general, y a partir de la consideración de los funcionarios como personas sujetas a una relación de especial sujeción, se admite que el <u>Derecho Disciplinario constituye una modalidad especial de potestad sancionadora, en la que se modulan o flexibilizan los principios constitucionales</u> propios de la potestad sancionadora de la Administración...

...La cuestión es si cabe exigir con el mismo rigor el principio de reserva de Ley o, por el contrario, como parece ("predeterminación normativa") se admite un mayor grado de colaboración reglamentaria" (Los resaltados y subrayados son de la Procuraduría).

Como se observa, la potestad sancionadora del Estado no es absoluta, debe aplicar el principio de reserva de ley, escudriñando la misma y, a su defecto, su reglamentación pertinente.

La doctrina no es escasa con respecto a la importancia de la observancia estricta de la legalidad que reviste una acción de personal que podría llevar a responsabilidad disciplinaria:

"Los principios de igualdad, libertad, seguridad jurídica y justicia material también deben impregnar el derecho disciplinario, y buscar un equilibrio con los fines y funciones del Estado dentro del marco del cometido de la función pública, los deberes que se imponen a los servidores públicos y la carrera administrativa" ¹³.

En el caso que usted nos plantea, estoy de acuerdo con la posición jurídica establecida en el memorándum suministrado por su oficina Jurídica, porque la Oficina de Auditoría Interna de la Institución que usted dirige, tiene competencias de garantizar la buena gestión de los recursos institucionales, ostenta labores que las disposiciones internas de la entidad define como más allá de las contables y una normativa general que posibilita el otorgamiento de la atribución a la para el acceso a los expedientes que reposen en la Oficina Institucional de Recursos Humanos, como son las consagradas en el Decreto N° 214 –DGA de 8 de octubre de 1999, "Por el cual se emiten las normas de Control Interno Gubernamental para la República de Panamá".

Por las razones arriba señaladas, esta Procuraduría es del criterio que la Oficina de Auditoría Interna de la Autoridad de Turismo de Panamá, de ser autorizados por la máxima autoridad de la institución, pueden asumir la competencia para llevar a cabo revisiones de los expedientes de los funcionarios públicos y que reposan en la Oficina de Recursos Humanos de la Autoridad de Turismo de Panamá.

¹¹ La Nota N° 112-AL-128-2020 de 6 de julio de 2020, emitida por su Despacho, señala que "La consulta la realizamos, a solicitud de la Oficina de Auditoría Interna, la cual plantea la necesidad de revisar expedientes de servidores públicos que puedan tener relación con asuntos que se investigan..."

¹² GAMERO CASADO, Eduardo y FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. Manual Básico de Derecho Administrativo. Decimotercera Edición. Editorial Tecnos. Madrid, 2017. Página 366.

¹³ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Dogmática del Derecho Disciplinario. 2da. Edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2002. Página 186.

De la misma manera, el alcance de la confidencialidad de la información de acceso restringido, contenida dentro de los expedientes de recursos humanos de las instituciones públicas, como lo describe la ley, es en principio absoluta. Existiendo límites a ella de acuerdo a las disposiciones legales que otorgan acceso de estos expedientes a ciertos funcionarios, ya sea por competencia expresa o por autorización de la máxima autoridad de la entidad, quienes pueden tener conocimiento de la información puntual para el ejercicio de las acciones de personal, administrativas o disciplinarias respectivas, más no facultad de divulgación no autorizada a terceros.

En este sentido, las competencias de custodia de estos expedientes y trámites relativos a acciones de personal, que involucran la revisión de expedientes de recursos humanos, se otorgan de acuerdo a la legislación vigente, a la Oficina Institucional de Recursos Humanos, pudiendo ser autorizados por la máxima autoridad de la entidad, otros funcionarios que podrían incluir aquellos adscritos por la Oficina de Auditoría Interna de la Autoridad de Turismo de Panamá.

Atentamente,

Rigoberto González Montenegr Procurador de la Administración

RGM/hjmm

