# GESTIÓN PÚBLICA

Edición Noviembre, 2006

*Revista de la Procuraduría de la Administración de la República de Panamá*

## en esta edición


Julio César Fernández del Toro 3
Carlos Alfredo López Guevara 17
Adolfo Ahumada 23
Juan Moreno Lobón 26
Carlos A. Barsallo 28
Adán Arnulfo Arjona 31
Fernando González Botija 37

# GESTIÓN PÚBLICA

PROCURADURIA DE LA ADMINISTRACION


Presentación.....1

Las Reformas del Servicio Civil de carrera y de la Administración Pública: tendencias actuales en Iberoamérica.....3
Julio César Fernández del Toro

Una Iniciativa Oportuna.....16
Mercedes Araúz de Grimaldo

Con la Modernizacion del Canal, Panamá pondrá su sello en el Canal que fue americano.....17
Carlos Alfredo López Guevara

Notas sobre Gobernabilidad.....23
Adolfo Ahumada

Hacia una Cultura de Legalidad.....25
Ana Matilde Gómez Ruiloba

Fundamentos Para Una Nueva Ética Pública.....26
Juan Moreno Lobón

Aspectos Jurídicos del Gobierno Corporativo en Panamá.....28
Carlos A. Barsallo P.

La Reforma del Régimen Contencioso-Administrativo en Panamá: IDEAS PARA LA ACCION.....31
Adán Arnulfo Arjona

La Función Pública Española.....37
Fernando González Botija

La red de Etica.....42
Oscar Ceville

Desarrollo, Transparencia e Integridad en la Gestón Pública.....44
Oscar Ceville

# GESTIÓN PÚBLICA

## POR UN MEJOR ESTADO

La revista GESTIÓN PÚBLICA es un esfuerzo editorial de la Procuraduría de la Administración de la República de Panamá por informar a sus lectores sobre la temática de la administración pública y particularmente sobre temas relativos a la gerencia y gestión pública y al derecho administrativo.

Se pretende por este medio construir un espacio para las ideas y el conocimiento, desde donde discutir la realidad compleja y cambiante de la administración pública, debatir acerca de los procesos administrativos y formular propuestas que contribuyan a enfrentar los desafíos que representa alcanzar una administración pública eficaz y eficiente, a tono con las demandas sociales de los tiempos modernos, capaz de ofrecer a sus ciudadanos seguridad jurídica y servicios públicos universales de calidad.

Esta primera edición aborda temas de relevancia nacional e internacional. El insoslayable tema del Canal de Panamá, lo trata el jurista Carlos Alfredo López Guevara bajo el título "Con la modernización del Canal, Panamá pondrá su sello al Canal que fue americano"; por su parte, el Comisionado vicepresidente de la Comisión Nacional de Valores, también jurista, Carlos A. Barsallo P., escribe sobre "Aspectos Jurídicos del Gobierno Corporativo en Panamá", y el doctor Adolfo Ahumada C., pone a disposición de los lectores sus "Notas sobre Gobernabilidad".

También prestigian esta edición el Secretario General del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), el jurista Julio César Fernández del Toro, con el tema "Las Reformas del Servicio Civil de Carrera y de la Administración Pública", y el Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Adán Arnulfo Arjona, quien escribe sobre "La Jurisdicción Contenciosa Administrativa en Panamá". Completa esta entrega el profesor Juan Moreno Lobón, al abordar la "Ética Pública".

De conformidad con la ley, una de las funciones de la Procuraduría de la Administración de la República de Panamá es brindar capacitación a los servidores públicos para mejorar la calidad de la gestión pública. Ojalá el espacio que se abre con esta Revista sirva a estos propósitos, en apoyo al fortalecimiento y la consolidación de los procesos de modernización de la gestión pública dentro del marco de la Carta Iberoamericana de la Función Pública, para la consecución de un mejor Estado.

Oscar Ceville
Procurador de la Administración

# GESTIÓN PÚBLICA

PROCURADURIA DE LA ADMINISTRACIÓN


Oscar Ceville
Procurador de la Administración

Nelson Rojas Avila
Secretario General

Everardo Bertoli
Director
de Administración y Finanzas

Juan Moreno Lobón
Director de Investigación
y Fortalecimiento de la
Administración Pública



Edición de la Revista Gestión Pública

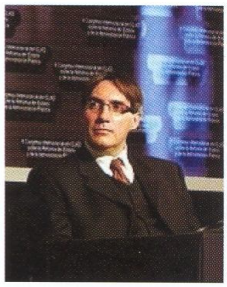
Alina Vergara de Chérigo
Asistente del Procurador

Julio Bermúdez Valdés
Editor

Mikaela Alvarado
Fotografía

Diseño e Impresión
NUEVEM

# "Las Reformas del servicio civil de carrera y de la Administración Pública: Tendencias actuales en Iberoamérica"



Julio César Fernández del Toro

SECRETARIO GENERAL

Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD)

El tema sobre el que se me ha solicitado que hable se encuentra en plena vigencia. En la actualidad encontramos que sobre los servicios civiles de carrera se están produciendo muchos cambios en la región, hasta ahora fundamentalmente normativos. En el plano Internacional, las IV, V y VI Conferencias Iberoamericanas de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado aprobaron la "Declaración de Santo Domingo", el "Consenso de Santa Cruz, la "Carta Iberoamericana de la Función Pública" y el reciente "Consenso de San José", cuyos contenidos han sido respaldados por las respectivas XII y XIII Cumbres Iberoamericanas de Jefes de Estado y de Gobierno (años 2002 y 2003).

Mientras que en los ámbitos nacionales de la región se han producido desde el año 2002 hasta la fecha continuas reformas legislativas sobre el tema, entre las que podemos citar: la Ley del Estatuto de la Función Pública de Venezuela (2002), Ley N° 19.882 que Regul la Nueva Política de Personal a los Funcionarios Públicos que Indica de Chile (2003), la Ley del Servicio Profesional de Carrera de la Administración Pública Federal de México (2003) y su Reglamento (2004) y la Ley de Normas que Regulan el Empleo Publico, la Carrera Administrativa, la Gerencia Pública y se Dictan Otras Disposiciones de Colombia (2004). [1]

[1] El texto completo de estos documentos puede encontrase en el portal electrónico del CLAD: www.clad.org.ve

¿Por qué tanta actividad normativa e inicio de reformas que promueven la profesionalización de la función pública?.

¿A qué se debe y qué pueden tener en común esos cambios en pleno desarrollo?.

La respuesta es simple, como bien lo expresa el "Consenso de Santa Cruz: "Una Administración Pública profesional forma parte del tejido institucional que hace posible el progreso y el bienestar de las sociedades", y la Carta Iberoamericana de la Función Pública: "Diversos estudios realizados por organismos internacionales registran evidencias acerca de una relación positiva entre la existencia de sistemas de función pública o servicio civil investidos de tales atributos y los niveles de confianza de los ciudadanos en la administración pública, la eficacia gubernamental y la lucha contra la corrupción, y la capacidad de crecimiento económico sustentable de los países". En otros términos, podemos afirmar que existe una relación directa entre la variable institucional y el rendimiento social, político y económico de los países, y en particular, que hay una relación entre la racionalización de la función pública mediante su profesionalización y el desarrollo de las naciones.

Por este motivo es necesario revisar los servicios civiles o sistemas de función pública y reformarlos conforme a las nuevas orientaciones de la profesionalización con base en el mérito y de la necesaria flexibilidad de la administración del personal del Estado.

Pero antes de referirnos a las tendencias actuales de profesionalización de la función pública en Iberoamérica, repasemos brevemente la importancia de racionalizar la organización y el funcionamiento del Estado, los avatares de su burocratización y las condiciones presentes en el ámbito de lo público que exigen una nueva adaptación del aparato institucional público.

## I. EL ESTADO PATRIMONIALISTA O PREBUROCRÁTICO Y SUS PROBLEMAS

Una de las claves del desarrollo en las sociedades europeas, norteamericanas y, posteriormente, de otras regiones del mundo, ha sido la ruptura con las características del Estado preburocrático, cuyo patrón organizativo es el llamado "spoiled system" del siglo XIX. El Estado preburocrático era susceptible de ser secuestrado por intereses políticos, económicos o sociales parciales y ajenos al interes general de toda la sociedad. Sirvió de instrumento de dominación política sobre la población y de enriquecimiento económico a favor de élites dominantes. Por ello está definido por la lógica del clientelismo, esto es, del otorgamiento de prebendas y privilegios de distinto tipo a cambio de lealtad política, y por el patrimonialismo, es decir, por la apropiación de los cargos del Estado para fines privados y el ejercicio del poder como si fuera un patrimonio personal o grupal.

En el "spoiled system" que operaba en el Estado liberal burgués, quien ganaba las elecciones lo ganaba todo, ocupando todos los espacios de poder o autoridad en el ámbito público y ejerciendo el poder sin grandes limitaciones, debido a que los mecanismos institucionales existentes no eran suficientemente efectivos para que se ejerciera un adecuado control institucional y social sobre los gestores públicos. Lo cual implicaba en la gestión pública un dominio de la política con exclusión de cualquier racionalidad de orden técnico y un ejercicio del poder sin claras fronteras entre los intereses públicos y los privados.

Una de las causas institucionales que permitían tal situación era que el ingreso a cargos estatales estaba mediado por relaciones primarias de familia, amistad o compadrazgo y/o por relaciones de pertenencia al grupo político ganador y/o a sus asociados en negocios rentistas para los cuales el poder del Estado abría una serie de caminos. El Estado preburocrático que articulaba el spoiled system estaba organizado en torno a principios de jefatura política y lealtad a las personalidades, por lo que era inexistente un régimen normativo especial de la función pública.

El empleo de los funcionarios públicos era abierto y no estaba especialmente regulado, por lo que se le aplicaba la legislación laboral ordinaria. No existía un régimen de carrera administrativa del personal al servicio del Estado cuya administración se ejerciera con sujeción al principio del mérito y por medios objetivos e imparciales.

En particular, los problemas derivados del Estado preburocrático son de manera esquemática los siguientes:

- *Su desempeño resultaba ser ineficiente, con costos elevados frente al bajo rendimiento de su actividad.*

- *La gestión pública era ineficaz, con carencia de resultados y productos de calidad satisfactoria y de impactos favorables para la sociedad.*

- *El aparato público era fácilmente secuestrable por élites dominantes que lo utilizaban para fines propios y no de toda la sociedad.*

- *En consecuencia, permitía la corrupción de la gestión pública para beneficio particular de los funcionarios públicos y de los particulares que se les asociaban con dicho fin.*

- *Y, por último, era un Estado con una baja capacidad de respuesta a las necesidades sociales, fundamentalmente como consecuencia de una baja capacidad técnica de sus funcionarios, quienes ingresaban al servicio del Estado por clientelismo o compadrazgo.*

Por tales motivos, ese modelo creaba serias limitaciones al desarrollo del capitalismo liberal, puesto que su sistema de privilegios y accesos no universales bloqueaba la libre competencia y estimulaba a ciertos grupos particulares en perjuicio de otros. La excesiva politización de los cargos públicos chocaba con la racionalidad técnica demandada por la emergente sociedad industrial, así como con la continuidad del Estado, y el predominio exclusivo de la racionalidad política reducía las posibilidades de planificación y administración a mediano y largo plazo.

Las prebendas y privilegios del Estado preburocrático también entraban en contradicción con las luchas por la ciudadanía de amplios sectores de trabajadores que perseguían el acceso igualitario a los servicios del Estado. De ahí las fuertes presiones y tendencias hacia la constitución de un Estado con capacidad de aglutinar intereses difusos, construir intereses generales, mediar entre intereses particulares, posibilitar un acceso crecientemente universal a la ciudadanía y de asegurar un trato objetivo e imparcial a los diversos grupos y sectores sociales. Ese Estado se desarrolló bajo el llamado paradigma burocrático analizado por el sociólogo Max Weber, cuyos principales elementos exponemos a continuación.

## II. LA CONSTITUCIÓN DEL ESTADO RACIONAL-NORMATIVO O BUROCRÁTICO Y LA PROFESIONALIZACIÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

### 1. La racionalización de la organización y funcionamiento del aparato público.

Frente a los problemas originados por el Estado Preburocrático, se desarrollaron reformas institucionales que se propusieron alcanzar un modelo de Estado que respondiera a los valores de eficiencia, eficacia, objetividad, imparcialidad, honestidad e interés general en la gestión pública.

Para lograr tales valores, el nuevo paradigma de Estado se sustentó en dos supuestos básicos: primero, en que únicamente la racionalización de la organización y del funcionamiento del Estado (la gestión pública) lo permitiría; y, segundo, que era necesario la distinción y consecuente separación entre las actividades del Estado que siguen una racionalidad propiamente política y aquellas que deben ser ejecutadas bajo una racionalidad predominantemente técnica.

Las tendencias hacia la racionalización de la organización y funcionamiento del Estado lo institucionalizaron como una instancia con significativos niveles de autonomía respecto a los intereses particulares, articuladora del desarrollo de las sociedades a través de la administración, la planificación, la regulación y la intermediación, así como del acceso universal a servicios públicos especializados y provistos con integridad profesional.

En especial, cabe destacar los siguientes mecanismos que lograron concretar la mencionada racionalización del Estado:

- La preparación de la actividad futura del Estado mediante su planificación institucional, con base en prioridades, políticas y estrategias formuladas racionalmente y que definan claramente las los objetivos y las metas que deben ser logradas dentro de parámetros presupuestarios.
- En consecuencia a lo anterior, también era necesario la prevención de los ingresos y de los gastos del Estado mediante una programación presupuestaria regulada públicamente y garantizando la legalidad del gasto mediante la instauración de controles presupuestarios institucionalizados.
- El establecimiento normativo de la previsibilidad de todas las actuaciones administrativas del Estado en cualquier asunto, mediante su rutinización con la formulación de manuales de procedimientos que garanticen la objetividad, imparcialidad, honestidad y eficiencia de la gestión pública.
- El establecimiento de un régimen de responsabilidad con medios e instrumentos de control institucional sobre el ejercicio de la autoridad pública, que permita establecer la responsabilidad de las autoridades y funcionarios del Estado frente a las decisiones y medidas que adopten.
- El resguardo de la memoria administrativa de la actuación del Estado, mediante la organización de archivos y registros administrativos seguros. De manera que con posterioridad se pueda conocer pormenorizadamente cómo se actuó y por qué de una manera determinada.
- La adopción de una estructura organizativa ordenada jerárquicamente mediante la asignación y distribución legal de competencias a los entes y órganos del Estado.
- La aprobación de un régimen jurídico especial, de derecho público, que regule las estructuras orgánica y funcional del Estado. Con el cual se garantiza la sujeción de la gestión pública al principio de legalidad y se protege al ciudadano frente a la acción estatal (Estado de Derecho)
- Y, por último, mediante la adopción de un régimen de función pública profesional, con base en el principio del mérito y administrado por medios objetivos e imparciales. Esto es, la burocratización del Estado.

### 2. La burocratización del Estado con la profesionalización de la función pública.

Estos procesos institucionales establecieron una burocracia fundamentada en la relativa separación entre la política y la técnica. La política se encarga de la formulación de las grandes decisiones sobre políticas públicas y sus correspondientes estrategias. Mientras que la técnica se encarga de articular una alta capacidad de implementación de decisiones en un contexto de trato objetivo e imparcial con la sociedad, asegurando la primacía de los intereses generales sobre los particulares, sustentadas en la aplicación de leyes y normas administrativas establecidas para tales fines. De esta forma, en la estructura de cargos de la función pública los cargos políticos se diferencian de los cargos técnicos. Los primeros dependen de la rotación creada periódicamente por las elecciones y la representación política. Los segundos dependen de reglas del servicio civil profesionalizado que regulan el acceso, permanencia y movilidad de una "carrera administrativa" desarrollada en torno al mérito.

En particular los regímenes de función pública profesional que burocratizaron al Estado se establecieron fundamentalmente con los elementos definitorios siguientes:

i. El ingreso, permanencia y promoción de los funcionarios públicos opera conforme al mérito profesional (capacidad y desempeño) y mediante medios técnicos objetivos e imparciales que permiten la competencia en igualdad de condiciones (procedimientos e instrumentos: concursos y evaluaciones.)

*Las tendencias hacia la racionalización de la organización y funcionamiento del Estado lo institucionalizaron como una instancia con significativos niveles de autonomía respecto a los intereses particulares, articuladora del desarrollo de las sociedades a través de la administración, la planificación, la regulación, así como del acceso universal a servicios públicos especializados y provistos con integridad profesional.*

ii. Los funcionarios públicos con tareas de naturaleza técnica ingresan a una carrera administrativa con goce de estabilidad en el cargo, sustentada en el desempeño y en el cumplimiento de estándares éticos. Los que desempeñan funciones primordialmente de racionalidad política (cumplan o no funciones de representación) suelen ser de libre nombramiento y remoción (no disfrutan de estabilidad).

iii. Los funcionarios públicos están protegidos por una cobertura económica social que garantiza su vida digna. Ello supone remuneraciones justas, seguridad frente a la adversidad (entre otros la de la salud) y jubilaciones o pensiones al termino de su vida laboral. Esta protección económico-social se otorga a cambio de la exigencia de un buen desempeño, integridad, actualización de las capacidades a través de la capacitación permanente, mantenimiento de objetividad e imparcialidad en el ejercicio de sus funciones, y de una ética cuya motivación es distinta a la de la rentabilidad y ha de estar sedimentada en la búsqueda del bienestar general de la sociedad.

iv. Las tareas de los funcionarios están claramente establecidas mediante la descripción normativa de los puestos de trabajo (listado de competencias ya actividades)

v. Hay una diferenciación clara de los puestos de trabajo según sus tareas mediante un tabulador o clasificación de cargos.

vi. A los funcionarios públicos se les pagan salarios adecuados según las responsabilidades de cada puesto (descripción normativa de puestos y clasificación de los cargos) y el desempeño. Existe por lo tanto un tabulador de remuneraciones articulado con el tabulador de cargos.

De esta forma, el proceso de racionalización de la organización y funcionamiento del aparato público permitió la superación del Estado patrimonialista y clientelista, y uno de los factores sustantivos de la racionalización institucional lo constituyó la instauración de regímenes legales de función pública profesionalizada.

Como lo expuso Máx Weber:
*"Un mecanismo burocrático perfectamente desarrollado actúa con relación a las demás organizaciones de la misma forma que una máquina con relación a los métodos no mecánicos de fabricación. La precisión, la rapidez, la univocidad, la oficialidad, la continuidad, la discreción, la uniformidad, la rigurosa subordinación, el ahorro de fricciones y de costas objetivas y personales son infinitamente mayores en una administración severamente burocrática, servida por funcionarios especializados, que en todas las demás organizaciones de tipo colegial, honorífico o auxiliar. Desde que se trata de tareas complicadas, el trabajo burocrático pagado no es sólo más preciso, sino con frecuencia inclusive más barato que el trabajo honorífico formalmente exento de remuneración"* [2]

Con ello se logró, en los países que lo adoptaron plenamente, el desarrollo de capacidades para construir intereses generales a partir de niveles de autonomía de los órganos y entes del estado respecto a los particularismos de los diversos grupos políticos y sociales. La normativización de la función pública crea, en principio, un sistema integral basado en estándares aplicables para todos y hasta cierto punto protege a los funcionarios de la cooptación por los intereses políticos o particulares, o por lo menos, crea un sistema donde dicha cooptación no constituye el principal patrón organizativo del Estado.

### 3. Algunos problemas derivados de un desarrollo rígido del Estado Burocrático

En muchos casos, el desarrollo del Estado burocrático, cimentado en sistemas de función pública profesional que comprendían la carrera administrativa, no solo brindaron a los funcionarios públicos una estabilidad relativa en el trabajo, limitada por el resultado de verificaciones periódicas de la idoneidad, desempeño y capacidad profesional del funcionario, sino que en la práctica se crearon situaciones de inamovilidad absoluta en la que los funcionarios no eran sometidos a evaluación o control, o estos resultaban en procedimientos formales sin consecuencia alguna sobre la estabilidad.

De otra parte, y como lo había sugerido Max Weber, a pesar de las bondades del paradigma racional-normativo con que se supera el Estado patrimonialista o clientelar, el desarrollo del modelo burocrático de Estado posibilitaba que el cuerpo de funcionarios profesionalizados: "la burocrácia", adquiriera tal poder que lo autonomizara frente a las autoridades de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, y frente a la sociedad. Así, el cuerpo de burócratas podía escapar de los controles institucionales y sociales, desarrollar sus propios intereses particulares e, incluso, secuestrar al Estado[3]. Paradójicamente, el mecanismo que pretende proteger al Estado de ser secuestrado por intereses particulares podía convertirse en el nuevo instrumento de su secuestro.

Las críticas formuladas desde las sociedades desarrolladas al modelo burocrático de organización estatal y que se vinculan con los sistemas de carrera administrativa son principalmente las siguientes[4]:

- Rigidez orgánica derivada del excesivo formalismo en la regulación de los puestos de trabajo. Lo que se origina en la concepción que identifica a cada funcionario público con un cargo u órgano, de manera que la estructura orgánica resultante está determinada por la estructura de cargos. Con ello, la organización del Estado no puede modificarse fácilmente para adaptarse a los cambios en la misión, objetivos y metas que debe alcanzar, a la necesidad de modificación de las estrategias, a la variación de los recursos disponibles o a

[2] Economía y Sociedad, esbozo de sociología comprensiva, Fondo de Cultura Económica, México, (1992; 730-731).

[3] Estas tesis son desarrolladas básicamente en sus Escritos Políticos de 1918, en ellos se relata la situación de Alemania luego de perder la Primera Guerra Mundial así como la deformación que frente al tipo ideal construido se había constituido la burocracia profesional alemana.

[4] Problemas que por cierto no son privativos de los Estados u organizaciones públicas y que se encuentran también presentes en las organizaciones privadas o empresariales.

la transformación de las condiciones bajo las que debe actuar el Estado en la realidad.

- Inflexibilidad funcional por el excesivo formalismo en la descripción normativa pormenorizada de las tareas de cada puesto de trabajo. Con lo que es imposible reorientar el trabajo de los funcionarios hacia actividades nuevas o distintas a las que tiene descritas normativamente.

- Incremento innecesario del número de funcionarios, debido a que el sistema de función pública profesional puede adoptar un funcionamiento perverso con el fácil acceso a la carrera administrativa por vías distintas a las de los concursos y las evaluaciones competitivas, objetivas e imparciales, mientras que una vez en la carrera, con condiciones que generan la inmovilidad absoluta del funcionariado, es imposible sustituir a los malos funcionarios con unos mejores, por lo que se opta por ingresar nuevos funcionarios sin remover a los ya existentes. Por ello se suelen crear dependencias orgánicas a las que se trasladan los funcionarios no deseados, que en la práctica constituyen bolsones de funcionarios incapaces e ineficientes que son privilegiados con la inmovilidad a costa del erario público.

- Asimetría de la carga de trabajo entre las distintas componentes de la organización, debido a que la rigidez orgánica y la inflexibilidad funcional impide la redistribución racional de funcionarios de conformidad con las necesidades del servicio. Ello genera una incapacidad de la administración de personal para movilizar funcionarios hacia las unidades orgánicas que por cualquier motivo presentan un aumento de sus requerimientos de funcionarios a pesar de que en otras unidades exista personal ocioso.

- Reducción de la capacidad de respuesta del Estado a las necesidades sociales y a los requerimientos del entorno debido, primero, a los problemas antes mencionados, y segundo, por la tendencia a desestimular el mejoramiento de la capacidad y del desempeño de los funcionarios públicos. En efecto, cuando en los sistemas de función pública profesionalizada no se realiza la evaluación del desempeño y de la capacidad del funcionariado, o cuando la evaluación es solo formal y no genera consecuencias (incentivos o sanciones), existen condiciones para que se tienda al fenómeno del mínimo esfuerzo en el trabajo. Así, un buen funcionario que no es premiado frente a un mal funcionario que no es sancionado origina el desestímulo del primero, quien tiende de manera natural a la disminución de su nivel de esfuerzo en el trabajo.

- Aparición de privilegios odiosos a favor del funcionariado que no son a menudo excluyentes, éticamente inapropiados, que son inconvenientes para los fines del Estado en pro del interés general de la sociedad y que imposibilitan una buena gestión de personal. Así, el comportamiento de la burocracia en pro de sus propios intereses tiende a generar un Estado autoreferenciado, concentrado sobre sí mismo, alejándolo de las preocupaciones y necesidades de los ciudadanos.

  Lo que conlleva a Estados ineficientes e ineficaces, sumidos en la improductividad, o con un significativo descenso en la calidad de los bienes y servicios que suministra a la sociedad.

## 4. El Estado racional-normativo y la implantación de sistemas de función pública profesional en América Latina

El modelo burocrático de Estado se desarrolló y ha operado, incluso en los países desarrollados, sin haber llegado nunca a lo que podríamos llamar el tipo ideal racional normativo o weberiano. La neutralidad axiológica que Weber otorgaba a los funcionarios profesionales siempre ha sido difícil de implantar de manera absoluta.

En pocos Estados latinoamericanos la racionalización de la gestión gubernamental no ha operado significativamente y no existen legislaciones que prevean la profesionalización de la función pública. En la mayoría de los países de la región el desarrollo y fortalecimiento institucional del aparato público y, en especial, la implantación de la profesionalización de la función pública mediante sistemas que contemplan la carrera administrativa y la estabilidad de los funcionarios, han sido impulsadas por la aprobación de legislaciones técnicamente apropiadas y de procesos de reforma del Estado importantes. Sin embargo, en la mayoría de los países estos esfuerzos se han encontrado sujetos a una racionalidad política parcializada e influenciada por intereses coyunturales, por encima de cualquier racionalidad técnica-profesional o del interés general de la sociedad. En muchos casos bajo la vieja conseja colonial de "se acata pero no de cumple", las aprobaciones de marcos regulatorios que prevén la función pública profesional no siempre han sido aplicadas de verdad, resultando letra muerta.

En consecuencia, la mayoría de los Estados latinoamericanos son de manera simultánea y, en cierta medida como una forma cultural esquizoide, patrimonialistas y burocráticos.

Algunas falencias que expresan esta coincidencia de clientelismo-populista con racionalismo-normativo son:

- En algunas experiencias, a pesar de que las leyes prevén la carrera administrativa para todo el funcionariado, como un régimen ordinario, sin embargo, en la práctica la carrera administrativa es de alcance reducido en el cuerpo de servidores públicos porque se excluye de su aplicación a toda la gerencia alta y media, a numerosos cargos que sin ser de dirección se consideran de confianza, y por la vía de la contratación sin concurso ni evaluación ingresa a conveniencia un nutrido número de funcionarios que a pesar de que realizan funciones ordinarias no se consideran de carrera ni cuentan con estabilidad.

- En otros casos, a pesar de que las legislaciones establecen la carrera administrativa como un régimen general aplicable a todos los componentes orgánicos del Poder Ejecutivo y de los demás poderes, sin embargo, la continua práctica de crear sistemas especiales de carrera hace que el régimen general sea excepcional y, de esta forma, es burlada la ejecución del mandato legal.

- A veces, el espíritu, propósito y razón del legislador es alterado en la práctica, cuando a pesar de que la legislación ordena que el ingreso a la carrera administrativa y, por consiguiente, la adquisición del beneficio de estabilidad en el trabajo, se debe producir por medio de concursos públicos de oposición, sin embargo, se crean "puertas traseras" para el ingreso a la carrera. Un ejemplo de ello son las decisiones de los tribunales que le otorgan el estatus de funcionario de carrera con estabilidad a los contratados, por desempeñar labores ordinarias después de cierto período de tiempo sin que se les haya abierto el cargo a concurso. Así, la contratación y el paso del tiempo son la manera más frecuente de ingresar a la carrera y adquirir estabilidad, mientras que los medios competitivos, objetivos e imparciales de selección e ingreso se dejan de lado.

- Y, por último, en unos casos el diseño y en otros el desarrollo de las instancias y sistemas de administración del personal al servicio del Estado nacieron con una gran debilidad. Así, la administración de personal carecía de capacidad técnica real para implementar los distintos componentes de los sistemas de empleo público y en especial del régimen de carrera administrativa profesional. La administración de personal se convirtió en una gestión de mera tramitación y no se dispuso de condiciones para la formulación de políticas y estrategias para el desarrollo de la función pública profesional, ni para el control efectivo del sistema. Muchas de las veces, las instancias de administración de personal se relegaron a niveles jerárquicos menores y en otros se secuestró con designaciones que perseguían garantizar la continuación de la práctica clientelar.

En América Latina, los procesos de desarrollo de sistemas de función pública profesional, con base en el mérito y por medios objetivos e imparciales, han sido desiguales y parciales, y a pesar de la existencia formal de sistemas de función pública profesional, los cambios políticos en el gobierno o la simple sustitución de un ministro conlleva a que se produzca la rotación de personal bajo criterios clientelitas o de compadrazgo, típicos del Estado patrimonialista.

Por dichos motivos, las transformaciones del Estado latinoamericano son retos que implican, de una parte, formalizar y ejecutar la consolidación del Estado burocrático (como la que se dio en los países desarrollados), y de otro, evitar los problemas surgidos por el excesivo formalismo y rigidez que se ha evidenciado en muchas experiencias de burocratización del Estado.

## III. LAS RESPUESTAS A LOS PROBLEMAS SURGIDOS CON EL DESARROLLO DEL ESTADO BUROCRÁTICO O RACIONAL-NORMATIVO

### 1. La propuesta neoliberal y las mal llamadas reformas de primera generación

Gran parte de las críticas lanzadas en los 80´s por problemas derivados de los desarrollos formalistas y rígidos del modelo burocrático de Estado ya habían sido sugeridas por Max Weber (op. cit). Sin embargo, en esta oportunidad la mayor andanada de críticas provino del llamado pensamiento neoliberal, con un enfoque predominantemente economicista. Desde este enfoque se desechaba la importancia del Estado como herramienta para el bienestar de la sociedad y, por el contrario, de privilegiaba al mercado como instrumento para lograr el desarrollo, bajo el eslogan de: "menos Estado y más mercado". El segundo, debido a que el Estado resultaba excesivamente costoso y que se operaría una transferencia de sus actividades al mercado se requería contar con un Estado más pequeño, por lo que había que disminuir su tamaño (reducción del Estado ineficiente en lo cuantitativo). Estas reducciones prosperaron por la vía de las desregulaciones, las privatizaciones, la llamada tercerización y por los despidos masivos del personal al servicio del Estado.

De otra parte, desde el punto de vista de la gestión pública, el pensamiento neoliberal promovió la adopción por parte del Estado de las técnicas gerenciales privadas o empresariales sin ninguna adaptación crítica. Esta incorporación de elementos

*Con tales proposiciones, desde la vertiente neoliberal se recomendó la reducción del Estado al mínimo. Esta reducción se comprendía en dos sentidos, el primero, dado que las necesidades de desarrollo sólo podrían ser satisfechas por el mercado, este por tanto debía ser liberalizado, limitando las regulaciones del Estado sobre el mercado y trasladando la mayor cantidad posible de actividades estatales al mercado (reducción del Estado ineficaz en lo cualitativo o sustantivo).*

del sector privado y del mercado a la organización y prácticas del sector público, se logró con la llamada contractualización y utilizando estándares de calidad y productividad similares a los de las empresas.

En cuanto a la profesionalización de la función pública, desde el pensamiento neoliberal se impulsó, como antes se dijo, la reducción masiva de funcionarios. Estas reducciones se dieron a pesar de que en América Latina la media de funcionarios públicos respecto al número de habitantes es menor que en las sociedades de donde emergieron los principales lineamientos neoliberales.

Para evitar los conflictos, una de las vía más utilizadas de reducción de la burocracia fueron:

i. Los procesos de los llamados "retiros voluntarios", por medio de los cuales los funcionarios de carrera que tenían estabilidad renunciaban (no se los despedía) y, a cambio, los gobiernos les pagaban prestaciones sociales mayores de las que recibirían normalmente y, en algunos casos, créditos y capacitación para su reconversión laboral.

ii. Jubilaciones anticipadas, de manera que los funcionarios eran jubilados con todos los beneficios sin haber cumplido los años previstos por ley para ello.

El resultado de tales formas de reducción de personal fue que se permitió la salida masiva de los mejores funcionarios, mientras que los que no se encontraban con seguridad de dar el salto o con capacidad para sobrevivir en el mercado se mantuvieron al servicio del Estado. De esta manera, la ya precaria capacidad de respuesta de los Estados latinoamericanos se agudizó.

Como antes lo señaláramos, en América Latina el Estado Burocrático y los sistemas de función pública profesional se encontraban en un nivel bajo o intermedio de institucionalización, acompañados por la convivencia de elementos patrimonialistas o clientelistas. A esta situación, ya grave de por si, desde las posiciones más radicales del neoliberalismo se promovió la desregularización (en algunos casos total) de los regímenes de carrera administrativa, fundamentalmente para flexibilizar la gestión de recursos humanos, aunque al costo de restarle integralidad. Uno de los planteamientos extremos recomendaba la eliminación de las leyes de carrera administrativa para someter a todo el funcionariado a la legislación ordinaria que regulaba las relaciones laborales en el mercado, liberalizando así los procesos de selección, ingreso, permanencia, promoción y retiro de los funcionarios y promoviendo la contractualización. Menos mal que esta propuesta sólo llego a ser acogida parcialmente en algunos países latinoamericanos.

El resultado final de años de aplicación de las medidas neoliberales en América Latina ha sido el aumento de la pobreza, la reducción de la calidad de vida del ciudadano, el debilitamiento de la institucionalidad pública y una mayor fragilidad de los mercados, todo ello contribuyendo al deterioro de las condiciones de gobernabilidad democrática en la región.

## 2. La redefinición del estado burocrático latinoamericano bajo orientaciones de una Nueva Gerencia Pública

La influencia de la visión neoliberal como guía de la reforma del Estado ha decrecido en los últimos tiempos, debido a las consecuencias negativas de su aplicación en las experiencias concretas. Paulatinamente se ha tomado conciencia sobre que el mercado no puede resolver los problemas de desarrollo social con equidad y que el Estado es un instrumento insustituible para la sociedad. Igualmente, hoy se entiende más que el problema básico del ámbito público no está tanto en el tamaño del Estado y, en consecuencia, en el número de funcionarios públicos a su servicio, sino en lo que estos hacen, vale decir, en la eficiencia y eficacia del Estado. El reto institucional latinoamericano es mejorar el Estado burocrático reduciendo el clientelismo y el patrimonialismo, y tomando en cuenta las críticas a la burocratización formalista y rígida de algunas experiencias. Hasta ahora, la realidad latinoamericana sumado lo peor de los dos modelos, con los problemas de un Estado burocrático poco institucionalizado y secuestrado por sectores que lo consideran su patrimonio, a la vez que el desarrollo formalista y rígido del modelo. Por ello es necesario estructurar procesos de institucionalización burocrática y de profesionalización de la función pública, con elementos clave de la llamada Nueva Gestión Pública.

*El reto institucional latinoamericano es mejorar el Estado burocrático reduciendo el clientelismo y el patrimonialismo, y tomando en cuenta las críticas a la burocratización formalista y rígida de algunas experiencias.*

En todo caso, las reformas institucionales que se derivan de esta Nueva Gestión Pública no pueden llamarse, como lo han hecho algunos autores, reformas de segunda generación. Ya que desde el punto de vista conceptual, no existe un hilo conductor entre las reformas neoliberales y las de una Nueva Gestión Pública. Por el contrario, las últimas están en sentido inverso a las propuestas neoliberales. En consecuencia, en mi opinión, tampoco podemos hablar de un paradigma postburocrático, sino más bien de rescatar lo bueno del modelo burocrático de Estado.

A través del documento "Una Nueva Gestión Pública para América Latina", el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo –CLAD-, propone para la región el desarrollo de un modelo que supere algunas de las "limitaciones" que las experiencias comparadas han mostrado de los desarrollos concretos del modelo burocrático o racional-normativo. Desde esta posición se reconsidera el gran valor del Estado para incidir sobre el bienestar de la sociedad y su desarrollo. Y, sobre todo, se considera que la centralidad del Estado es fundamental para regular la actividad de las sociedades nacionales y protegerlas de los problemas de un mundo que se ha globalizado asimétricamente.

Desde las orientaciones que se han formulado para una Nueva Gestión Pública en América Latina encontramos los propósitos siguientes:

- Dotar al Estado de una mayor flexibilidad orgánica y funcional.
- Incrementar la capacidad de respuesta y la adaptación continua del Estado a los cambios.
- Aumentar la eficiencia y eficacia del Estado mediante la mejora del ciclo de formación de políticas públicas, con evaluación y controles institucionales y sociales sobre: su desempeño, la calidad de los productos públicos (bienes y servicios) y de los su impacto sobre las esferas política, social y económica.
- Lograr que la gestión de lo público sea más transparente, promoviendo la participación ciudadana, profundizando su democratización y garantizando la responsabilización del ejercicio del gobierno.
- En definitiva, pasar de un Estado autoreferenciado a un Estado cuyo centro de atención sea el ciudadano y sus necesidades.

*A través del documento "Una Nueva Gestión Pública para América Latina", el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo –CLAD-, propone para la región el desarrollo de un modelo que supere algunas de las "limitaciones" que las experiencias comparadas han mostrado de los desarrollos concretos del modelo burocrático o racional-normativo.*

# IV. LAS NUEVAS TENDENCIAS PARA LA CONSOLIDACIÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA PROFESIONAL

Los nuevos propósitos y orientaciones que desde la corriente de una Nueva Gestión Pública se impulsan incidieron en la forma de concebir el diseño y la gestión de los sistemas de función pública profesional. Esta nueva visión sobre los sistemas de empleo público, carrera administrativa y administración de personal, se encuentran estructurada en la Carta Iberoamericana de la Función Pública.

Reconociendo la heterogeneidad de los sistemas nacionales de función pública, la Carta Iberoamericana de la Función Pública delinea "un conjunto de bases comunes, sobre las cuales debiera articularse el diseño y funcionamiento de los diferentes sistemas nacionales de función pública en los países iberoamericanos", permitiendo esfuerzos compartidos y un lenguaje común para mejorar los sistemas nacionales[5].

Entre las principales tendencias que se encuentran en la Carta Iberoamericana, podemos destacar los siguientes aspectos:

**1. Modificación de la concepción sobre los tipos de racionalidad presentes en el funcionariado al servicio del Estado**

En efecto, el tradicional modelo burocrático de Estado se soportó en la diferenciación de dos racionalidades presentes entre los funcionarios públicos: la política, que se encontraba en los altos funcionarios directivos del Estado, como por ejemplo los presidentes, vicepresidentes, ministros y viceministros; y la técnica, que debía regir el comportamiento de los funcionarios operativos. La premisa es que se debían separar ambas esferas de operación en la gestión del Estado. Dicha separación entre la política y la técnica cimentó todo el andamiaje de los sistemas de función pública profesional, ya que la protección de los funcionarios técnicos otorgándoles estabilidad en la carrera administrativa con base en el mérito permitió, de una parte, evitar que los funcionarios operativos fueran nombrados por clientelismo político, compadrazgo, etc., y con ello impedir que el Estado fuera secuestrado por intereses particulares. Y, de otra, el ingreso, permanencia y promoción de los funcionarios técnicos con base ene el mérito y por medios objetivos e imparciales posibilitó garantizar que los más capaces estuvieran al servicio del Estado y, en consecuencia, se incrementara la eficacia y eficiencia de la gestión pública.

Sin embargo, en las prácticas nacionales se desvirtuaron estas protecciones por varias vías: i) Estableciendo la carrera administrativa con estabilidad en el cargo solo para los niveles más bajos de la estructura de cargos del Poder Ejecutivo. ii) Creando un listado enorme de cargos que eran declarados de libre nombramiento y remoción por ser de "confianza". iii) Aprobando tal cantidad de sistemas especiales de personal en organismos desconcentrados o descentralizados, sin estabilidad para los funcionarios, que la carrera administrativa se redujo solo a los ministerios o secretarías de Estado. Iv) Creando "puertas traseras" para el ingreso a la carrera administrativa, como por ejemplo la contratación temporal de funcionarios que con el transcurrir de poco tiempo adquirían la estabilidad en el cargo sin haber concursado públicamente.

Dichas prácticas permitieron que amplios porcentajes del funcionariado al servicio del Estado no tuviera la protección de la estabilidad, quedando atado a sus fuentes de nombramiento por clientelismo político o grupal y por compadrazgo, y por lo tanto, manteniendo el secuestro del Estado por intereses particulares. Pero también, dejando que gran parte del funcionariado no fuera el más capaz para desempeñar su trabajo. En especial, hay que reconocer la altísima rotación del personal directivo o gerencial (alto, medio y bajo) con impacto negativo para la continuidad administrativa en los servicios, programas y proyectos del Estado.

De otra parte, las prácticas antes descritas, así como la idea de la existencia de solo dos racionalidades que podían ser claramente diferenciadas, y que fue aplicada a pies juntilla ( incluso en los países desarrollados que se profesionalizó a la mayoría de los cargos directivos o gerenciales bajos, medios y altos), desconocía la existencia de una realidad que hoy es más evidente: la existencia de una tercera racionalidad en la gestión pública, la tecno-política, intermedia entre la propiamente política y la exclusivamente técnica. Esta tercera racionalidad está presente en el comportamiento de los que ahora se denomina el sector directivo del Estado.

El sector político es aquél que está directamente vinculado a las funciones de representación según el partido gobernante y ha de ser rotado según los resultados electorales. El sector directivo es el segmento intermedio entre políticos y técnicos, que aunque es de importancia clave en la articulación de la visión política y el programa de gobierno con las capacidades institucionales de planificación, administración e implementación, suele evidenciar problemas de gerencia en nuestra región. Para ese sector habría que crear una normativa especial de carrera El sector técnico, vinculado directamente a funciones de implementación, ha de entrar en un marco normativo de profesionalización a través de la carrera administrativa que permita estabilizar las condiciones de acceso, permanencia, protección, capacitación y salida.

*Por ello la Carta Iberoamericana reconoce la existencia de este tercer sector entre los funcionarios estatales y sugiere la necesidad de otorgarles un sistema de carrera administrativa especial que permita consolidar sus capacidades y evite su alta rotación, otorgándoles una relativa estabilidad en un contexto de flexibilidad. Esto es, la creación de una carrera administrativa gerencial o directiva diferenciada de la carrera administrativa de los técnicos.*

[5] Carta Iberoamericana de la Función Pública, CLAD-ONU (DESA), 2003, p. 4

**2. Concebir la implantación de sistemas de función pública profesional como un problema de orden político y técnico**

Los retos institucionales que implica consolidar y mejorar el modelo burocrático de Estado en América Latina no son únicamente de carácter técnico, sino también político, o si se prefiere de naturaleza tecnopolítica. Lo cierto es que Estados poco profesionalizados son Estados que sirven poco no sólo a la sociedad, y tampoco son útiles para los políticos, puesto que impiden la efectividad gubernamental. Paradójicamente, la aplicación de fórmulas patrimoniales y clientelistas por los gobiernos, lejos de ganar más votos para las próximas elecciones, los impulsa a perderlas, puesto que las elecciones sancionan la efectividad gubernamental, y a menor eficiencia y eficacia mayor desencanto electoral.

De ahí la relación entre la institucionalización y profesionalización de la función pública en América Latina y la reducción de los riesgos de ingobernabilidad que parecen incrementarse en la región. La consolidación de la carrera administrativa profesional, con base en el mérito y por medios objetivos e imparciales, está ligada al futuro de la democracia y amerita, por tanto, la construcción de consensos nacionales que permitan una estrategia consensuada con fuerte apoyo social.

Este proceso establece pasos de avance en el desarrollo del paradigma burocrático en América Latina, obstaculizado históricamente por la marcada herencia preburocrática aún operante en los Estados latinoamericanos, que en mayor o menor medida evidencian dinámicas institucionales de carácter híbrido, esto es, mezcla de lógicas preburocráticas y de desiguales procesos de formalización y burocratización. Esa matriz de la cultura institucional crea fuertes obstáculos a la racionalización estatal y al desarrollo económico y social.

De hecho, hay que diseñar estrategias que hagan viable la construcción y gestión sustentable de los sistemas de función pública profesional, previendo las resistencias naturales al cambio y la búsqueda de la mayor cantidad de alianzas posibles. Entre ellas, se debe dar un especial tratamiento a los partidos políticos y a los sindicatos o asociaciones de funcionarios públicos que se encuentran muchas de las veces asociados a los primeros. Los partidos deben entender que su mantenimiento en el gobierne depende, como dijimos antes, de los resultados e impacto de su gestión, por lo que deberían ser los más interesados en poseer condiciones favorables de gobernanza (capacidad real de direccionar el aparato público), entre las cuales tenemos a la necesaria institucionalización de un sistema de función pública profesional. En cuanto a los funcionarios públicos y sus representaciones laborales, hay que concienciar los beneficios reales que la profesionalización con base en el mérito y los procesos objetivos e imparciales de gestión de personal tienen para los trabajadores al servicio del Estado y, en tal sentido, las reformas son con los funcionarios públicos y no contra ellos.

**3. Evitar la extrema rigidez del tradicional modelo burocrático y la desregulación total de la propuesta neoliberal**

Si bien son ciertos los problemas de rigidez creados por una implantación excesivamente formalista del modelo burocrático de Estado en los países que lo consolidaron plenamente (países desarrollados), lo cierto es que en la mayoría de los países de América Latina, repetimos, el modelo burocrático no llego nunca a establecerse totalmente y convivió con prácticas preburocráticas, patrimonialistas o clientelistas. Por ello las críticas a la rigidez del modelo burocrático deben ser tomadas con cautela en la región, y de allí que no tuviera sentido que en muchos países de América Latina se intentaran aplicar las recomendaciones neoliberales de desregular la gestión pública, flexibilizar la organización y funcionamiento del Estado y eliminar los sistemas de carrera administrativa con estabilidad para los funcionarios. En verdad, el gran reto de los gobiernos latinoamericanos es acabar con las prácticas patrimonialistas y clientelistas en el Estado, lo que supone su racionalización y normativización, esto es, su burocratización. Eso si, tomando en cuenta que la creación y consolidación del modelo burocrático de Estado en la región debe evitar los excesos formalistas en que se incurrió en los países desarrollados. En consecuencia, la Carta Iberoamericana promueve la formalización y el desarrollo de la profesionalización de la función pública dentro de cierta flexibilidad que le permita al Estado su permanente adaptación a los cambios en las prioridades, los recursos disponibles y las condicionalidades del entorno.

**4. Rescatar la dimensión ética y mística del servicio público**

Una de las tendencias más importantes en estos días es la de revalorizar la dimensión ética y mística del servicio público. Para ello se debe comenzar por el rescate del valor social de la función pública. Lograr que la sociedad reconozca la importancia y el respeto que merecen quienes están a su servicio. Alcanzar igualmente que el funcionario público retome para si el valor del servicio social que implica la función pública.

Quién decide trabajar al servicio del estado para ejercer la función pública, debe ser alguien con vocación para ello, con convicciones y valores de servicio a la comunidad. Su comportamiento en el ejercicio del gobierno o en el desempeño de la gestión pública en general debe ser ética (además de técnicamente) intachable, primero porque ejerce un rol por el cual se produce un modelaje social. El comportamiento bueno o malo de los funcionarios públicos tiende a ser imitado por los ciudadanos. Y, segundo, porque el ejercicio de la función pública exige que la atención a los particulares, la solución de sus problemas, la respuesta a sus reclamos, el manejo de los recursos de toda la sociedad, y en definitiva la relación entre el Estado y la sociedad, debe proceder de manera ecuánime, objetiva, imparcial, pulcra, honesta y respetuosa, entre otras consideraciones.

En tal sentido, existe un valor ético del servicio público, y una vocación y moral del funcionario público que deben ser consideradas para el ingreso, mantenimiento y promoción de los funcionarios públicos en la carrera administrativa.

Ello implica la construcción colectiva de una mejor cultura institucional en el Estado, que debe estar en sintonía con una mejor cultura ciudadana en la sociedad.

**5. Otorgarle importancia a la formación y capacitación de los funcionarios públicos**

El incremento de la calidad de los productos públicos (bienes y servicios destinados al consumo o uso de la sociedad), así como que el impacto de las políticas públicas sea positivo para el desarrollo de las naciones, depende en gran medida del incremento de la capacidad de gestión del aparato público, y ello a su vez está estrechamente vinculado a la cualidad del capital humano al servicio del Estado.

La única manera de garantizar que el Estado capte a los trabajadores más capaces profesionalmente, es que el acceso al empleo se oriente por el valor del mérito profesional y se produzca por medios objetivos e imparciales (según principios de publicidad, libre concurrencia, transparencia, imparcialidad, fiabilidad y validez de los organismos e instrumentos de evaluación de competencias, elección con base al mérito y la capacidad, adecuación de la selección al perfil del puesto y eficiencia y agilidad de los procesos de reclutamiento). Pero ello no es garantía suficiente de que el Estado cuente con el mejor personal posible, por ello se debe reconocer la importancia de la calidad de la formación y capacitación de los funcionarios públicos.

En tal sentido, las políticas de desarrollo del personal al servicio del Estado deben de preocuparse por atender los procesos de formación anteriores al ingreso del funcionario al servicio del Estado, así como de la formación y del adiestramiento o capacitación permanente del funcionario en servicio. Y deben comprender no solo los contenidos técnicos y metodológicos de las disciplinas profesionales, sino también la dimensión ética del servicio público.

Para ello son clave las relaciones entre el Estado empleador y las Universidades y demás centros de formación pública y privada para concertar los contenidos curriculares de los programas académicos con las necesidades del Estado. Esta adecuación cualitativa entre la oferta y la demanda en el empleo público es de beneficio común para los centros de formación que dictan carreras técnicas o de licenciatura, para el Estado y para los estudiantes que tienen al sector público como un posible mercado de trabajo. Esta concertación debe darse más aún en los cursos de formación de cuarto nivel o postgrado, en los que los técnicos y profesionales al servicio del Estado pueden profundizar y especializar sus conocimientos.

Igualmente, se debe prever la capacitación o adiestramiento continuo de los funcionarios públicos para la actualización de sus conocimientos y herramientas de trabajo y para el desarrollo de sus destrezas y habilidades laborales.

Las políticas de formación y de capacitación o adiestramiento deben de estar orientadas a las necesidades objetivas del servicio público, de manera que dependerán de los diagnósticos de necesidades de formación y de capacitación que sean levantados periódicamente. Nunca debe permitirse que los planes y programas de formación y la capacitación dependan de los deseos individuales de los funcionarios, ya que se ha demostrado que esa manera de actuar únicamente sirve para incrementar los conocimientos personales del funcionario, con el posible engrosamiento de su currículo académico, pero no atiende a las necesidades reales del servicio público.

Por último, si bien se requiere que una instancia central (nivel estratégico) se encargue de las políticas, planes y estrategias de formación y capacitación de los funcionarios públicos, sin embargo la experiencia comparada no aconseja la creación de grandes organismos estatales ejecutores directos de la formación y de la capacitación de funcionarios.

Ello se debe a que los costos de infraestructura (aulas y sus mobiliarios) y sobre todo de personal permanente (profesores e instructores) suelen ser elevadísimos. La tendencia es más bien a la utilización de las instituciones de formación y capacitación públicas y privadas ya existentes. Lo importante no es quien imparte directamente la formación y la capacitación, sino a qué necesidad responde la formación y capacitación y cuál es el contenido y la calidad de las mismas. La regulación y el control de la formación y de la capacitación de los funcionarios públicos si es una tarea estratégica indelegable del Estado.

**6. Comprender la necesidad de la evaluación del desempeño de los funcionarios técnicos y de los directivos**

Otro asunto sobre el que la Carta Iberoamericana hace un gran énfasis es en la evaluación del desempeño, tanto por comportamiento en el trabajo, estableciendo escalas de conducta u otros instrumentos técnicos de carácter objetivo, como por resultados, identificando previamente los objetivos e indicadores congruentes con el puesto que permiten posteriormente medir el grado de éxito en los resultados.

*Esta adecuación cualitativa entre la oferta y la demanda en el empleo público es de beneficio común para los centros de formación que dictan carreras técnicas o de licenciatura, para el Estado y para los estudiantes que tienen al sector público como un posible mercado de trabajo. Esta concertación debe darse más aún en los cursos de formación de cuarto nivel o postgrado, en los que los técnicos y profesionales al servicio del Estado pueden profundizar y especializar sus conocimientos.*

La evaluación del desempeño de los funcionarios debe ser tomada como una herramienta poderosa para diagnosticar la capacidad de gestión del sector público, y en consecuencia, una de las variables que incidirá en la capacidad real de respuesta de los entes y órganos del Estado frente a los desafíos del entorno. Por dicho motivo, si bien hay una cierta evaluación individual de cada funcionario que es necesaria para medir si de conformidad con su rendimiento laboral y ética en el trabajo debe permanecer dentro de la carrera administrativa o debe ser removido del cargo, sin embargo la tendencia actual en la evaluación del desempeño de los funcionarios es a otorgarle un gran valor a la evaluación del desempeño colectivo asociado a la evaluación del desempeño institucional de unidades administrativas de trabajo.

Esta evaluación debe también comprender los esfuerzos de los funcionarios por mejorarse profesionalmente mediante los planes y programas de formación y de capacitación que antes señalamos. Una combinación de evaluaciones individuales y colectivas permitiría, de una parte, garantizar que la estabilidad del funcionario en la carrera administrativa esté efectivamente asociada a la mejoría de las capacidades de implementación. Así se combinarían la promoción de oportunidades de entrenamiento y capacitación con la instalación o consolidación de sistemas de monitoreo y evaluación.

*Igualmente, se debe prever la capacitación o adiestramiento continuo de los funcionarios públicos para la actualización de sus conocimientos y herramientas de trabajo y para el desarrollo de sus destrezas y habilidades laborales.*

Además, hay que tomar en cuenta que la evaluación del desempeño de los funcionarios implica la posibilidad real de que se establezca la responsabilización individual y colectiva por la gestión pública frente a la sociedad.

**7. Promover el desarrollo de los funcionarios públicos mediante el establecimiento de incentivos y sanciones**

Pero todo esfuerzo del Estado por lograr la captación de los trabajadores más capaces y de su mejoramiento permanente, así como por conseguir que el comportamiento individual y colectivo del funcionariado sea el esperado técnica y eticamente, no servirán de nada si su mejora o desmejora en el trabajo y en general si la mejoría o deterioro de la calidad y el impacto de los servicios públicos no tiene consecuencia alguna sobre el funcionariado. La evaluación del desempeño individual o colectiva no debe ser una simple rutina formal, ya que no tendrá sentido alguno si su resultado no produce consecuencias para los evaluados.

Por ello, previo a la evaluación individual o colectiva, y bajo el conocimiento público y en particular de los sujetos a evaluación, se debe contar con estrategias claras de compensación que permitan estimular el esfuerzo, el rendimiento y el aprendizaje de competencias por parte del personal al servicio del Estado. Los funcionarios públicos deben asociar totalmente sus posibilidades de permanencia (estabilidad) y promoción en la carrera (ascensos) y sus expectativas de progreso (económico y profesional) con su comportamiento, esfuerzo y contribución individual y colectiva en el servicio público.

Para que el sistema de incentivos y de sanciones funciones, el régimen de los medios objetivos e imparciales por los que se va a evaluar el desempeño del funcionario y las consecuencias del resultado de la evaluación debe estar formalmente definido. Las reglas deben estar formalmente establecidazas con anterioridad, ser precisas, ser conocidas por los funcionarios y aplicarse con la máxima pulcritud posible.

**8. Fortalecer las instancias y procesos de gestión del personal al servicio del Estado**

Hoy más que nunca se reconoce la importancia de contar con poderosos organismos centrales (nivel estratégico) y desconcentrados o descentralizados (niveles operativos) de gestión de recursos humanos, con suficiente autoridad formal y calificación técnica para asegurar una adecuada gestión del empleo de personal al servicio del Estado en las actuales condiciones del ámbito público en América Latina.

Ello pasa por revalorizar y reconvertir las actuales autoridades e instancias de administración de personal de simples gestores en verdaderos formuladores de políticas, planes y estrategias para dotar de personal al Estado, y en efectivos rectores de los regímenes de empleo público con el manejo de sistemas de información sobre el recurso humano y control real sobre los procesos de administración de personal.

Hay que retomar en serio la planificación de los recursos humanos al servicio del Estado, sustentada en el estudio de las necesidades y capacidades de personal a corto, mediano y largo plazo y con la identificación de las acciones necesarias para cubrir la diferencia entre necesidades y capacidades, sobre la base de un sistema de información moderno que permita identificar adecuadamente la disponibilidad cuantitativa y cualitativa de personal.

Para una mejor administración de personal en la asignación y distribución de los recursos humanos, se debe desarrollar la organización del trabajo mediante una mejor y más flexible descripción de los puestos (ubicación organizativa, principales dimensiones, funciones, responsabilidades y finalidades o áreas en las que se espera obtención de resultados) y de los perfiles de competencias (características y cualidades cuya posesión se presume para el éxito en el desempeño del puesto), con el fin de precisar el valor de contribución de los puestos.

**9. Tomar en cuenta los impactos de la gestión de personal sobre el desempeño institucional del Estado y sobre las políticas de empleo público**

La última tendencia que destacaremos en el presente trabajo es la que se refiere a reconocer que el manejo del empleo público es un poderoso instrumento en varios sentidos: i) Sobre la capacidad institucional del Estado para responder eficazmente a los desafíos de las sociedades contemporáneas e incidir favorablemente en su desarrollo. ii) Sobre el nivel de eficiencia del Estado, fundamentalmente con respecto a la adecuación del gasto publico a principios de economía, honestidad, pulcritud y legalidad. Iii) Y sobre el empleo público como una de las principales fuentes de trabajo en la sociedad que puede tener incidencias decisivas sobre ciertas situaciones sociales.

Por lo anterior, los sistemas de función pública profesional y el empleo público en general puede ser una herramienta a utilizar en los tres sentidos mencionados, pero al mismo tiempo deben ser manejados con muchísimo cuidado, de manera responsable. En tal sentido, los regímenes, las políticas, los planes, las estrategias, y sobre todo las prácticas en la administración de personal deben ser asuntos de Estado preferiblemente consensuados social y políticamente y protegidos frente a cualquier interés particular.

*Por todo lo anterior, en América Latina es necesario proceder a construir sistemas de función pública profesional que permitan la racionalización de la organización y del funcionamiento del Estado acorde con las actuales realidades, desechando las prácticas clientelistas o patrimonialistas, permitiendo la flexibilidad del aparato público para adaptarse a los cambios continuos y reconociendo su importancia como herramienta para el fortalecimiento del Estado y el desarrollo de la sociedad.*

# UNA INICIATIVA OPORTUNA

Mercedes Araúz de Grimaldo
*Presidenta del Colegio Nacional de Abogados*

**El rumbo acertado** de una práctica depende en gran medida del carácter científico de la teoría que la sustente, sobre todo en un mundo como el de hoy, fluido, cambiante, y al mismo tiempo enriquecido a partir del multifacético y plural número de profesionales que aportan a los debates.

Precisamente por eso, crear espacios de reflexión que actualicen a nuestras comunidades nacionales y en especial a los profesionales del Derecho, en los tópicos que ocupan al Foro, en asuntos tan puntuales como la Administración Pública, la necesidad de modernizarla y sobre todo de adecuarla a los nuevos escenarios que hoy viven los Estados, constituye una iniciativa que se debe aplaudir.

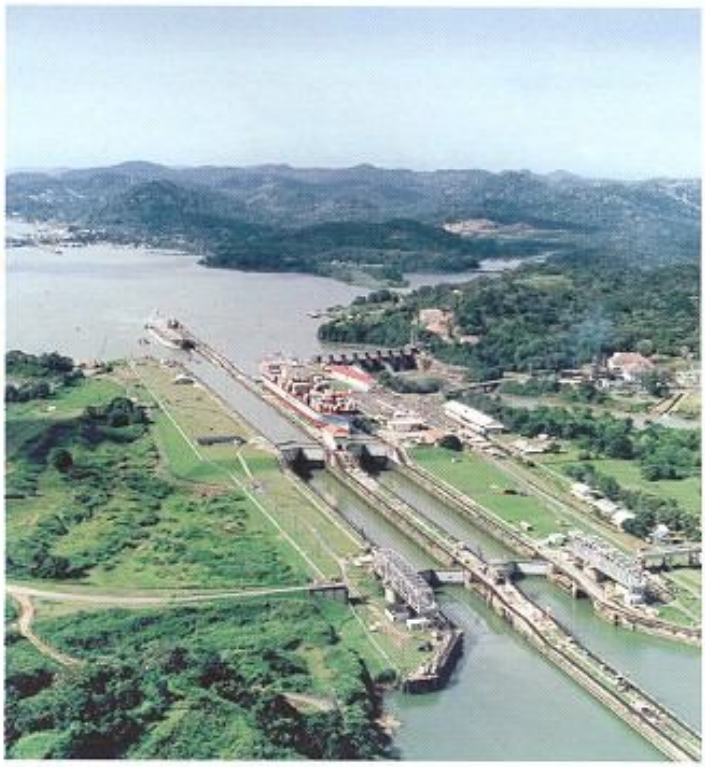
Es la razón por la que el Colegio Nacional de Abogados saluda con simpatía la aparición de GESTIÓN PÚBLICA, una publicación de la Procuraduría de la Administración, llamada a abrir ese debate tan necesario sobre el tema antes mencionado.

Esfuerzos como este estimulan y permiten enriquecer el ejercicio teórico, puntualizar conceptos y trazar tareas que quizás por la ausencia de una discusión como la que subrayamos, se han ido postergando indefinidamente.

Nuestras felicitaciones a la Procuraduría de la Administración y el deseo de que este espacio que surge se mantenga, y cumpla con ese papel de esclarecimiento y guía, donde participen todas las corrientes presentes en el pensamiento jurídico nacional, por el bien y la transparencia en el ejercicio de la Administración Pública.

# Con la Modernizacion del Canal, Panamá pondrá su sello en el Canal que fue americano

Carlos Alfredo López Guevara



El Canal de Panamá, como obra arquitectónica y que, al mismo tiempo, cumple una función de capital importancia en el transporte marítimo global, tiene los atributos propios de una maravilla del mundo. Y lo que añade a esa obra un elemento emocional, histórico y diplomático es el ejemplo que dio al mundo nuestro pequeño país al lograr descolonizar su territorio (Zona del Canal), que estaba en manos de la primera superpotencia del mundo. Lo extraordinario de esta gran victoria diplomática de Panamá radica, fundamentalmente, en que se logró pacíficamente y que, con el correr de los años, se han consolidado la amistad y la cooperación entre nuestra patria y los Estados Unidos de América.

Se debe remarcar también el hecho de que el General Torrijos fortaleció la posición negociadora de Panamá al lograr el apoyo solidario de toda América Latina, la de los Países no Alineados y el Grupo de los 77. Este apoyo se puso de manifiesto durante las sesiones del Consejo de Seguridad, en la Ciudad de Panamá, en marzo de 1973. Se debe recordar que en la reunión número 1698 del viernes 16 de marzo, Panamá y Perú pusieron ante el proscenio mundial el proyecto de resolución.

Esta propuesta, en síntesis, ponía de presente los acuerdos a los cuales habían llegado las delegaciones negociadoras de Panamá y Estados Unidos, hasta ese momento, para abrogar los Tratados existentes entre los dos países atinentes al Canal de Panamá y "asegurar la reintegración del territorio llamado Zona del Canal a la República de Panamá, poniéndole fin a dicha Zona como área sujeta a la jurisdicción de los Estados Unidos de América". Se incluía también "la efectiva neutralización del Canal de Panamá". La potencia norteña rechazó la propuesta, porque, en su opinión, ella no hacía mención de "los derechos, requisitos o responsabilidades" de su país y por ello no era aceptable.

El canciller panameño, Juan Antonio Tack, estremeció al género humano cuando, al tomar la palabra, cerró su discurso con esta sentencia histórica: "Estados Unidos vetó la Resolución, el mundo vetó a los Estados Unidos."

El 1977, durante la "Firma del Tratado" entre USA y Panamá en Washington, D.C. El Presidente Jimmy Carter, xxxxx, Orfila OEA y el General Omar Torrijos.

Pero en el Consejo se fueron pronunciando los delegados a favor de Panamá. El primero fue la República Popular China con un vibrante y clarísimo discurso del embajador HUANG HUA. También hizo sentir su apoyo la Unión Soviética con su vocero YAKOV MALIK. Francia también se sumó a los votos positivos mientras que el Reino Unido se abstuvo. Al final, la resolución bajo consideración obtuvo los votos favorables de Australia, Austria, República Popular China, Francia, Guinea, India, Indonesia, Kenia, Panamá, Perú, Sudán, Unión de Repúblicas Socialistas Soviética y Yugoeslavia. El Reino Unido se abstuvo y Estados Unidos emitió su tercer veto en la historia de la ONU.

El canciller panameño, Juan Antonio Tack, estremeció al género humano cuando, al tomar la palabra, cerró su discurso con esta sentencia histórica: "Estados Unidos vetó la Resolución, el mundo vetó a los Estados Unidos."

Fue un monumental triunfo el de Panamá al lograr que Estados Unidos se sintiera aislado ante la opinión pública global y se acrecentara la estatura moral de Panamá por lo justificada de su posición en armonía con el impulso descolonizador del mundo que la misma potencia norteña había recetado como medicina apropiada para Inglaterra, Francia y demás potencias coloniales.

El debate en el Consejo de Seguridad que se desarrolló en Panamá, también sirvió para destacar algunos avances que se habían logrado en la mesa de negociación. Por ejemplo, muchos conciudadanos pensaban que con la Declaración – ROBLES – JOHNSON, suscrita por los Presidentes Robles y Johnson la PERPETUIDAD, incluida en el tratado de 1903, era un capítulo del pasado, ya que en esa declaración se acordó que los dos países emprenderían una negociación para terminar las causas de conflicto. Lo mismo se pensó al rubricarse los proyectos de tratado de 1967 entre las dos naciones negociadoras.

Pero el primer obstáculo que los negociadores designados en 1971, Lic. José Antonio De la Ossa, Lic. Fernando Manfredo, Jr., y el suscrito, fue que Estados Unidos contestó la exposición panameña para terminar con la perpetuidad proponiendo que "El Tratado tendrá una duración indefinida" (The Treaty shall be an open ended one". La respuesta de los tres negociadores fue de categórico rechazo, pues, significaba la perpetuidad con un disfraz. Estábamos en los umbrales de la negociación; era el segundo día de las tratativas y lo que menos esperaba Panamá era esa propuesta, pues, contradecía lo que se había avanzado con la Declaración Robles – Johnson obtenida con los auspicios de la Organización de Estados Americanos después del baño de sangre que las tropas americanas generaron al agredir a la Nación panameña el 9 y 10 de enero de 1964. Esta posición estadounidense iba a contrapelo de lo que Estados Unidos había convenido con Panamá en el proyecto de tratado que se conoce como los Tres en Uno. Tan vehemente fue el rechazo de la propuesta indicada , que el Negociador Jefe americano, Emb. Robert B. Anderson, en tono que parecía amenazante, me preguntó: "Emb. López Guevara: asume usted la responsabilidad de que esta negociación fracase al no aceptar Panamá nuestra propuesta de un tratado de duración indefinida, con revisiones periódicas?" La pregunta estaba cargada de amenazas y el negociador Anderson ponía en mi respuesta el futuro de toda la negociación y por ende el destino de mi Patria. Por ello, con voz pausada, muy clara y vehemente le repliqué inmediatamente: "Lo que yo le contesto es que ningún panameño aceptará jamás ningún tratado que contenga la perpetuidad, que no tenga un plazo para su terminación, es decir, una fecha cierta". Y aunque ese no fue el fin de la negociación,

sí tuvo el efecto de paralizarla, pues, se le expresó a la misión americana que era preciso para Panamá obtener de Estados Unidos una respuesta categórica de que el tratado eliminaría la perpetuidad que era, según nosotros, la más importante causa de conflictos entre nuestras dos naciones. Para ello era imperativo fijar un plazo al nuevo tratado.

Lo que no sabía ni nuestro gobierno ni los negociadores panameños en 1971 es que el Presidente Nixon había adoptado el 5 de junio de 1970, un año antes, el memorándum de Seguridad Nacional número 64, mediante el cual el mandatario norteño había puesto valladares muy grandes para que Panamá alcanzara sus objetivos estratégicos. Obsérvese solamente el punto 6 de dicho memorándum:

*"6.- No son negociables: el control efectivo de Estados Unidos de la operación y defensa el Canal y la continuación de dicho control por un extenso período, preferiblemente con final abierto."*

Este punto presentaba un escollo virtualmente insuperable, que, repito, era desconocido para el gobierno y nosotros, los negociadores.

Juzgo razonable pensar que si el General Torrijos hubiera conocido esa decisión del Presiente Nixon no habría iniciado las tratativas en 1971 sin haber obtenido antes, como se logró mucho después, el cambio radical de la posición estadinense de continuar la perpetuidad envuelta en la ambigüedad del "open ended treaty" con la declaración categórica de que habría fecha cierta para la terminación del enclave colonial.

Así se pudo reanudar el proceso de la exitosa negociación liberadora.

El tema de la duración del Tratado tomó luengos meses en despejarse. Estados Unidos tomó meses en presentar la ansiada respuesta y aunque, luego de esa prolongada espera, no propuso un plazo definido, expresó su asentimiento a que el producto final de la negociación contendría un plazo, el fin de la malhadada perpetuidad que heredamos del imperialismo rampante que cubrió con su manto ignominioso casi todo el globo terráqueo.

En el seno del Consejo de Seguridad, en la sesión del 20 de marzo, el Embajador John Scali expresó que los representantes estadinenses en la mesa de negociación ya habían reconocido que "Todo nuevo Tratado sobre el Canal sería de duración fija, rechazando el concepto de perpetuidad".

En efecto, aquí en Panamá, en el mes de agosto de 1977, después de concluída la negociación sobre las líneas centrales de los tratados, al abordar las misiones negociadoras la fecha de terminación del Tratado, advertí que el día 31 de diciembre de 1999 tendría la duración normal de veinticuatro horas y que era preciso señalar la hora precisa en que se cerraría el control jurisdiccional de Estados Unidos sobre la tierra irredenta del Canal de Panamá. Entonces se convino la hora: "Artículo II Ratificación, Entrada en Vigor y Duración. 2.- Este tratado terminaría al mediodía, hora de Panamá, el 31 de diciembre de 1999." Para ese momento ya el memorándum del Presidente Nixon había sido substancialmente superado.

> Como se ve, el vía crucis de Panamá fue largo y doloroso; pero también tuvo su redención, su momento glorioso, pues, se alcanzó el objetivo estratégico ansiado por todos los panameños, o sea, pulverizar todos los tratados que vinculaban a Panamá y Estados Unidos atinentes al Canal de Panamá.

*Estudiantes del Instituto Nacional que marchan pacíficamente a la Zona del Canal para izar la bandera panameña el 9 de enero de 1964*

Esa meta se alcanzó el 7 de septiembre de 1977 en el momento en que el Presidente Jimmy Carter y el Jefe de Gobierno de Panamá, General Omar Torrijos Herrera, firmaron el Tratado del Canal de Panamá y el Tratado de Neutralidad. El Presidente Carter puso su firma en esos pactos y con ello armonizó lo que proclamaba desde el púlpito como ministro bautista y como Presidente de Estados Unidos predicando constantemente su vocación por la promoción y defensa de los Derechos Humanos, uno de los cuales es el de los pueblos de gozar de la autodeterminación. Y el General Torrijos, con su firma, perfeccionó nuestra independencia al abrogarse, según el Artículo II del Tratado del Canal, los expresados tratados, resumen de sello colonialista, al reasumir Panamá " ...plena jurisdicción sobre el territorio que constituyó la Zona del Canal, en la fecha de entrada en vigor de este tratado y de conformidad con sus estipulaciones" (Art. XI) y el Acta convenida sobre el Canal de Panamá, literales (a) y (b), mediante los cuales se abrogó "La Convención de Límites suscrita en Panamá el 2 de septiembre de 1914" y el Convenio que señaló los linderos de esa Zona canalera.

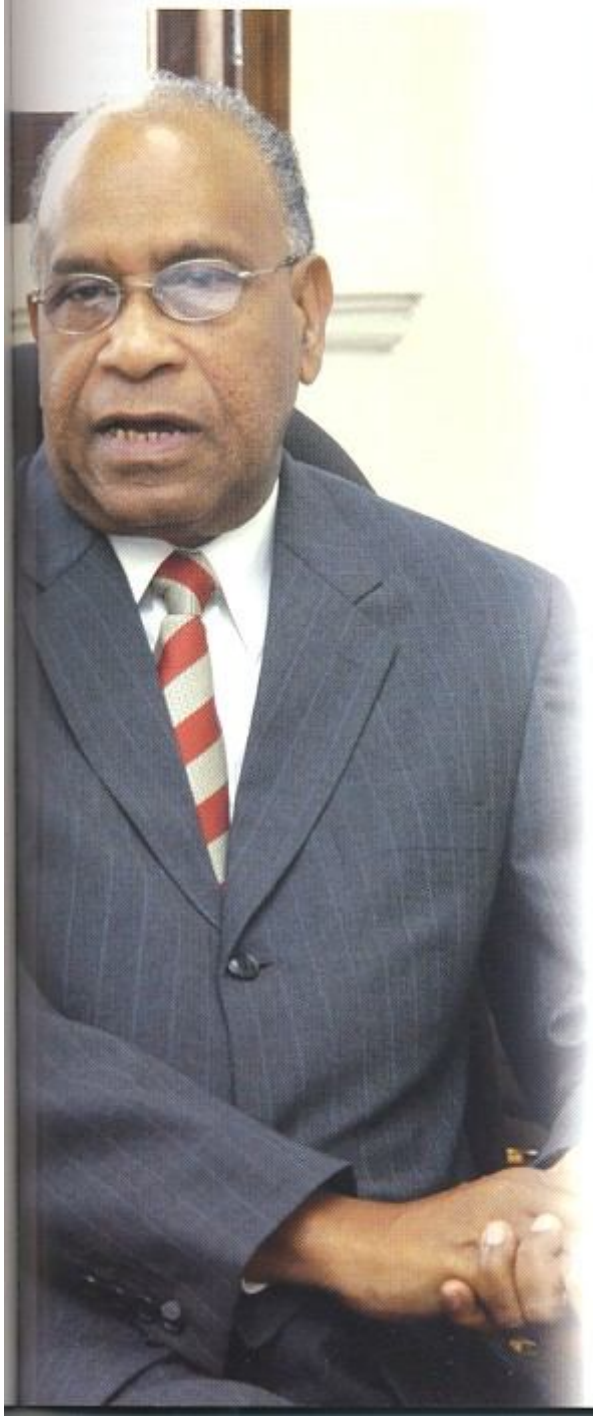
Ahora gozamos de las mieles de la soberanía alcanzada con la sangre de los mártires de enero de 1964 que unió a nuestra nación para reconstituir nuestro territorio. Panamá goza plenamente de su soberanía y se apresta a modernizar el Canal mediante la adición de un carril a los dos existentes.

El Presidente Roosevelt no se arredró ante el fracaso de los franceses en su intento de construir el Canal por Panamá ni ante la mortal fiebre amarilla que segó la vida de franceses, nativos y afroantillanos. Ese mandatario aprovechó la ruina de la quiebra de la Compañía Universal del Canal de Panamá para edificar la obra de ingeniería más importante que se haya construido en nuestro suelo. Esa maravilla tiene hoy sólo el sello del genio americano. Ahora se nos presenta a los istmeños la gran oportunidad de poner el sello panameño a la estructura de ese Canal, que es ahora orgullosamente PANAMEÑO. Empeñemos el honor nacional en ejecutar esa obra como una continuación del éxito que ha tenido Panamá al administrar, desde 1999, el Canal con mejores rendimientos en número de tránsitos por día y de seguridad que cuando el Canal lo administraba Estados Unidos. La Autoridad del Canal ha dado muestras palpables y envidiables de administrar el Canal con eficiencia y rentabilidad crecientes, y con práctica ininterrumpida de recta administración de los bienes públicos puestos en sus manos. Esto nos proporciona las mejores credenciales y augurios de éxito en la ejecución de una obra para que Panamá siga sirviendo a la comunidad marítima internacional mediante la explotación de un negocio que conocemos desde hace cien (100) años y que la comunidad marítima necesita más y más cada día de un servicio más expedito y por el cual los navieros están prestos a pagar mayores peajes, como lo han expresado en diversas entrevistas.

*Dr. Carlos Alfredo López Guevara*

Así explotaremos soberanamente y con eficiencia y rentabilidad nuestros recursos naturales más importantes: nuestra configuración ístmica, nuestra posición geográfica entre dos masas continentales y nuestros recursos hídricos, derecho consagrado en la Resolución #1803(XVII) de la ONU.

NOTAS SOBRE GOBERNABILIDAD



# Una chispa puede encender la pradera

Adolfo Ahumada

Aunque, según expresa Borja en su Enciclopedia, el término "gobernabilidad" viene de inspiración conservadora y fue originariamente acuñado por el Profesor Samuel Hungtinton, de Harvard, con la intención de expresar preocupación por lo que estimaba era un exceso de participación política de grupos e individuos, lo cierto es que, en el caso de América Latina, el concepto se refería al aseguramiento del funcionamiento normal del Estado después de la impronta de los regímenes militares llamados "ultraderechistas" que se instalaron en el continente, sobre todo en su parte Sur.

En efecto, la discusión giró alrededor de la posibilidad de subsistencia de las nuevas condiciones políticas en el continente. Liquidados los detentadores militares del poder –Argentina, Brasil, Uruguay, Chile- el problema residía en determinar hasta qué grado era posible la convivencia pública si se mantenían intactos los estamentos armados, a pesar del resurgimiento del poder civil. Dentro de las nuevas corrientes que accedieron al poder, hubo sectores que postulaban la necesidad de adelantar juicios o procesos judiciales contra los militares a los que se atribuían actos criminales. Otros, no obstante, indicaban que, cancelada la etapa de la represión, lo que procedía era promover un clima nacional de convivencia, sin pasar facturas ni señalar responsables, salvo aquellos que tuviesen carácter simbólico, como los integrantes de la Junta Militar de Argentina o el propio Augusto Pinochet.

En la encrucijada, se debatía una actitud agresiva de saldar cuentas históricas, al mismo tiempo que otros componentes de las sociedades del cono sur reclamaban la necesidad de fortalecer y consolidar los nuevos regímenes democráticos, sin ponerlos a prueba en una confrontación con los militares. Esta actitud de prudencia social estaba dictada por un factor que no podía desconocerse: los militares habían dejado de ejercer el poder, pero no habían dejado de existir. Se alejaban de los palacios presidenciales, pero se recogían, en actitud vigilante e inquieta, en el interior de sus cuarteles, a la espera, posiblemente, de actuar otra vez en caso de que sintieran que alguien amenazara con pulverizarlos.

Entonces se consideró que, a efectos de garantizar la gobernabilidad, era necesaria una especie de entendimiento, así fuera tácito,

que dejara las cosas como estaban y que fijara las reglas del juego, incluyendo, desde luego, el campo de acción de cada cual y, como principio rector, la subordinación de los militares al componente civil de la sociedad, electo democráticamente por los ciudadanos. De lo contrario, se consideraba que esos países no eran "gobernables", en el sentido de que podían ser objeto de nuevos estallidos, conflictos y desestabilizaciones, alimentadas, además, por los graves problemas sociales que no encuentran solución duradera y que cada día tienden a agravarse.

Sin embargo, con el transcurso del tiempo, la idea de la gobernabilidad adquirió otros contenidos. Por una parte, se aplica la necesidad de garantizar la estabilidad de las instituciones. Este concepto presume tanto la autoridad de los poderes públicos como el funcionamiento normal del Estado. De lo que se trata es de articular vehículos de consulta ciudadana, a fin de que las acciones gubernamentales respondan, en la medida de lo posible, a lo que espera la población. La idea no es que los gobiernos cumplan de modo estricto con los sueños populares, porque generalmente no son alcanzables en las sociedades con escasos recursos. La gobernabilidad, no obstante, sí adquiere mayor viabilidad si el poder público se ejerce en consulta constante, para que los ciudadanos sientan que el gobierno realmente los representa.

Un aspecto importante en la ecuación de la gobernabilidad política es el ejercicio electoral libre, que asegura la renovación del poder mediante elecciones sin mancha y sin escamoteos a la voluntad popular. Se sostiene, igualmente, que la aplicación de reglas de funcionamiento democrático a lo interno de los partidos políticos, contribuye a la existencia de sociedades "gobernables". O sea, si los partidos políticos existen y actúan bajo el control individual de personalidades sin capacidad de ser flexibles, los ciudadanos tienden a desechar los partidos como centro de la militancia política y estos resultan reemplazados por otros resortes, violentos o no violentos, para tener acceso al poder.

La otra faceta es la económica y social. Vista la situación actual de las relaciones políticas en la región latinoamericana, quizás en el contexto económico y social se encuentre el verdadero peligro para la gobernabilidad. A este respecto, el enfoque más conocido es el siguiente: pueden las carencias económicas y los problemas sociales, al acumularse, producir algún tipo de explosión que rompa con la autoridad de los poderes públicos, la legitimidad de los regímenes y, en consecuencia, con la subsistencia de la gobernabilidad de la vida colectiva, entendida como existencia normal de las instituciones, con el espacio suficiente como para cumplir sus funciones, aun cuando lo sea en el grado mínimo que pueda ser admitido por el país, tácita o expresamente?

Para contestar, debe considerarse que, en efecto, todavía no se ha encontrado la fórmula ideal para la distribución de la riqueza en las sociedades con economías basadas en la propiedad privada de los medios de producción, que es a lo que nos estamos refiriendo en estas notas. El grado de pobreza que sufre la mayoría de la población y que se agiganta con motivo de la crisis energética que se vive, sienta las bases para un peligro que puede ir en aumento. Hasta ahora se han evitado los estallidos incontrolables, pero nadie puede predecir cuál será el rumbo de los acontecimientos hacia el futuro, sin no se encuentran fórmulas salvadoras. Por eso es que la gobernabilidad presume un grado de equidad social que las Naciones deben encontrar.

La frustración, la desesperanza, la decepción en el sistema político y en sus resortes económicos constituyen fuentes inagotables. Una sola chispa puede incendiar la pradera, por lo cual el afinamiento de los instrumentos de distribución, a fin de que la riqueza nacional pueda llegar a todos los sectores es imperioso deber para los que se preocupan por el sostenimiento de la gobernabilidad.

Lo que procede es tratar de evitar que la incuria del sistema llegue a tales niveles que el pueblo concluya en que hay que abominar a todo el mundo. De allí que, visto, además, que el motor fundamental del progreso de la gente pobre es el empleo, todas las políticas orientadas hacia el fortalecimiento de la gobernabilidad para que nunca corra peligro, residen en emprender programas que sostengan el empleo, especialmente en el sector privado, lo que significa que, en el orden del día, hay que preservar siempre la inversión.

Por otra parte, no hay que dejar pasar aquellos proyectos estatales para ampliar la infraestructura nacional y mucho menos sin son de los que generan ingresos a corto, mediano y largo plazo. En el caso de Panamá , existe la oportunidad inmediata – que no la tienen otros países de la región porque carecen de canal - de aumentar los ingresos del Estado. Esto significa que Panamá no debería ceder ante la timidez, sino adicionarle capacidad al canal para que los ingresos -que podrían triplicarse en plazo razonable- ayuden a abrirle nuevos espacios al equilibrio social. De ese modo, la gobernabilidad se llena de oxígeno puro.

*Esto significa que Panamá no debería ceder ante la timidez, sino adicionarle capacidad al canal para que los ingresos - que podrían triplicarse en plazo razonable- ayuden a abrirle nuevos espacios al equilibrio social. De ese modo, la gobernabilidad se llena de oxígeno puro.*

PGN
PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN
MINISTERIO PUBLICO

# HACIA UNA CULTURA DE LEGALIDAD

La administración pública es un bien jurídico tutelado por nuestro derecho penal y se atenta contra este bien cada vez que se comete un acto de corrupción.

La corrupción, por otra parte, además de ser el aprovechamiento indebido de los bienes del Estado, conlleva graves consecuencias que se hacen evidentes porque afectan el desarrollo de los países. El dinero que pierde el Estado, producto de los actos de corrupción es dinero que deja de destinarse a la dotación y el mejoramiento de los servicios públicos que, en la búsqueda del bien común, corresponde al gobierno proporcionar, tales como servicios médicos, agua potable, servicios educativos, transporte público y electricidad, entre otros, lo que provoca la baja calidad de vida, que pone en riesgo la vida e integridad física de los ciudadanos y que también incide en los niveles de seguridad. Por ende, la corrupción disminuye la confianza de los ciudadanos en las instituciones, el gobierno y entre ellos mismos, y afecta el nivel ético de la sociedad en su conjunto. En la medida en que la corrupción se generaliza, los escrúpulos éticos se van perdiendo y con ellos la esperanza de un mejor país para nuestras futuras generaciones.

Por todas estas razones, la corrupción ha dejado de ser considerada un problema exclusivamente doméstico y constituye hoy uno de los principales desafíos de la agenda global.

En Panamá, es al Ministerio Público al que le corresponde, entre otras atribuciones, la vigilancia de la conducta oficial de los funcionarios públicos, responsabilidad que nos exige asumir un rol protagónico en la lucha contra la corrupción, y la promoción de la cultura de legalidad.

La aplicación y vigencia de códigos de ética que resguardan la correcta función pública, son importantes guías de conducta para los funcionarios gubernamentales y herramientas de prevención de la corrupción. Esas normas no sólo prohíben las prácticas corruptas sino que describen y procuran evitar situaciones que induzcan a la violación de los deberes oficiales.

Hemos adoptado el Código Uniforme de Ética de los Servidores Públicos, y formamos parte de la Red de Ética Publica y Transparencia, iniciativa desarrollada por la Procuraduría de la Administración; además, participamos del diseño y puesta en marcha del Sistema de Integridad Pública. En este empeño institucional, contamos con una Secretaría de Responsabilidad Institucional y Derechos Humanos, una nueva Fiscalía Anticorrupción, y una Secretaría de Vigilancia y Control de la Procuraduría General de la Nación en la Policía Técnica Judicial, pasos concretos que, entre otros, han permitido la implementación y el fortalecimiento que coadyuvan con la política anticorrupción institucional.

Como Procuradora General de la Nación, reitero mi respaldo y adhesión a todos los esfuerzos interinstitucionales que a nivel nacional se han emprendido para prevenir y combatir la corrupción, y que promuevan la cultura de la legalidad.

ANA MATILDE GÓMEZ RUILOBA
Procuradora General de la Nación

Juan Moreno Lobón

*Por lo pronto, el debate sobre el futuro de la institucionalidad y de los requerimientos de la función pública continuará. Pero, desde cualquier punto de vista la dimensión ética hará falta para conectar y dar coherencia a las decisiones con la realidad. Y, como ocurre con la buena ciencia, surgirán más interrogantes que respuestas. Pero, se trata de eso; de encontrar respuestas a los grandes problemas de nuestro tiempo.*

# Fundamentos para una nueva Ética Pública

En la actualidad, las instituciones del ámbito público transitan por un profundo debate que comprende una diversidad de aspectos; cuyos temas de atención van, desde la necesidad de renovar sus propósitos institucionales, hasta la revisión de las estructuras de promoción que deben modificar la percepción que de ellas se tiene.

Surge, en esta perspectiva, "la necesidad de cambios conceptuales, como los que se derivan de los elementos dinámicos en torno a la situación del Estado y su relación con la sociedad y la política"[1] ; cambios en la naturaleza del Estado y su vínculo con sus propios espacios territoriales y el mundo exterior; cambios en los sistemas de dirección y gestión; cambios en la cultura organizacional – administrativa y en la creación de nuevas formas burocráticas.

No hay duda que, sin limitar la importancia de los temas que a diario son abordados cuando nos referimos a la función pública, "... los intentos de modernización de las organizaciones públicas, orientados en su mayoría a mejorar los procesos técnicos, como la informatización, la capacitación técnica de los funcionarios y el trabajo en red, no se pueden descontextualizar del marco que remite a la consolidación de una nueva cultura de la gestión pública."[2] La razón, en todo caso, consisten en que los cambios conceptuales y funcionales serán sustantivos en el evento que seamos capaces de modificar la referencia ética.

La referencia ética de la Administración pública, tal como los hemos conocido, está asociada en su naturaleza a principios éticos más universales cuya referencia estuvo centrada en el ser humano individual, en la linealidad de los procesos y en la primacía de la razón instrumental, es decir, capacidad humana para calcular medios en función de unos fines que se entienden como dados sin variabilidad en el tiempo.

Desde esa construcción lógica, la ética de la función pública se estructuró a partir de la concepción unidimensional- desintegradora donde las partes pueden determinar el todo y las misiones institucionales pueden lograse desde facultades y virtudes de las partes. De hecho, en el marco de dicha racionalidad, se pensó que un líder carismático basado en atributos y talentos innatos a pesar de contar con un mal equipo de trabajo estaría en condiciones de arrastrar exitosamente al resto de la institución pública.

[1] Víctor R. Martín. El fortalecimiento ético de las instituciones del ámbito público en América Latina.
[2] Víctor R. Martín. El fortalecimiento ético de las instituciones del ámbito público en América Latina.

En esa perspectiva, igualmente, se daba por sentado que las instituciones , sin necesidad de establecer relaciones de cooperación con otras, estarían en condiciones de atender de manera eficaz y eficiente las tareas asignadas desde sus propias misiones. De otra parte, el conocimiento del entorno y de los sujetos y sus demandas resultaba ser un factor secundario.

Estas premisas funcionaron, de manera eficaz y eficiente, mientras prevalecieron los Estados pequeños, cuyo propósito fundamental consistía en " garantizar la propiedad y los contratos"[3] . El Estado liberal, en sus inicios, atendía tareas muy especificas; donde el servicio público más importante era el de la administración de justicia atendido por el poder judicial. El contrasentido emerge, según señala Besser Pereira, cuando se transformó en el gran Estado multifuncional motivado por unaexpansión que respondía no sólo a las presiones de la sociedad por demandas de más servicios, sino también a las estrategias de crecimiento de la propia burocracia.

Y fue, probablemente, ese hecho: la subordinación de los propósitos misionales de las instituciones como la carencia de una ética adaptada a las nuevas realidades; lo que dio paso al establecimiento de poderes discrecionales desmedidos en el trabajo diario, en la administración de los recursos públicos, en la interrelación con los ciudadanos y en el ámbito de la función y elaboración de las políticas públicas.

Estos factores, sin duda alguna, ante la ausencia de nuevos paradigmas éticos, configuraron una estructura del Estado profundamente disfuncional y carente de propósitos institucionales ; lo cual se manifestó en: falta de cultura de planificación en el corto, mediano y largo plazo para atender las demandas de la sociedad; ausencia de indicadores de gestión para verificar cuan eficaz y eficiente resultaba la administración de los recursos; ausencia de mecanismos de evaluación institucional y profesional para la revisión de políticas y resultados; limitadas capacidades y habilidades para comprender la conducta humana tanto delfuncionario como del usuario; vulnerabilidad frente al trafico de influencia; asilamiento de las instituciones; indiferencia frente a la ciudadanía; falta de compromiso institucional, etc.

Lo común, de esta realidad, es que los efectos han sido similares en todos los Estados Nacionales. Por ello, cualquier esfuerzo, en esta perspectiva, debe tomar en consideración las referencias éticas globales que animaron la función pública y que hoy se encuentra en crisis. Se trata, en lo fundamental, de un concepto de la función pública derivada de los principios y valores éticos surgidos en el periodo de la ilustración marcada por la separación de las estructuras y de los procesos. Se pensaba , por ejemplo, que el progreso individual determinaría el progreso del conjunto de la sociedad, el desarrollo tecno-científico, económico, sería suficiente para alcanzar el desarrollo humano, es decir: desarrollo económico, político , social, cultural y ambiental.

El argumento es que cualquier proceso de cambio conceptual sobre los principios éticos de la función pública necesitan de una nueva referencia ética que trascienda los principios de la linealidad y del progreso individual y parcelado como motor de transformación total. En este marco de ideas, la nueva ética deberá corresponder más a la complejidad que a la linealidad, más a la totalidad que a la individualidad, más al conjunto que a la unidad y más al sistema que al subsistema.

Es evidente, entonces, que hace falta una ética general, una ética de la función pública, una ética profesional y una ética personal. Pero, ¿ cómo la formulamos? ¿ Qué cosas habría que hacer para su viabilidad?

Una cosa es clara: es necesario la integración de los diversos niveles éticos a partir de una ética global. En una ética global, tal como la sugerida, " la gestión pública debe desempeñarse en un contexto compuesto por reglas, toma de decisiones, y conflictos en los cuales la ética de la gestión pública puede orientar en situaciones concretas acerca de los niveles de compromiso con la sociedad, responsabilidad con la institución, de conciencia con los servicios que se brindan a la ciudadanía, de solidaridad e identidad con la población y en la organización". Pero, para ello, laadministración pública debe configurarse a partir de valores que deben caracterizar la función pública como Servicio Público o Servicio al Público. Desde esa moralidad hay que construir los procesos de renovación institucional; porque el desempeño de las instituciones será efectivo en la medida que la sociedad la reconozca como valiosa y útil a sus aspiraciones.

No obstante, para la formulación de esa ética pública, se requiere contar con una ética del género humano pensada desde el carácter ternario de la condición humana. Me refiero, para ser preciso, a lo que Edgar Morín denomina "antropo-ética", es decir, individuo<-> sociedad <-> especie. Esto es importante; porque la ética pública sólo se fundamentaba, como hemos dicho anteriormente, en la razón individual producto de la ética global de ese tiempo. En esta nueva perspectiva, la ética pública no se podría enseñar con lecciones de moral. " Ella debe formarse en las mentes a partir de la conciencia de que el humano es al mismo tiempo individuo, parte de una sociedad, parte de una especie. Llevamos en cada uno de nosotros esta triple realidad. De igual manera, todo desarrollo verdaderamente humano debe comprender el desarrollo conjunto de las autonomías individuales, de las participaciones comunitarias y la conciencia de pertenecer a la especie humana"[4] .

La ética propuesta para una ética pública aplicada debe lograr la humanidad en nosotros mismos, en lo más profundo de nuestra conciencia personal; debe trabajar para la humanización de la sociedad a la que sirve; debe lograr propósitos institucionales con el concurso de la diversidad; debe respetar en los funcionarios, a la vez, la diferencia como la identidad consigo mismo; debe desarrollar la ética de la solidaridad; y debe desarrollar la ética de la comprensión. Ese marco ético, además, debe consignar que en la diversidad la democracia incluye el derecho de las minorías y de los marginados.

Con esta referencia ética, distinta y más compleja que la anterior, capaz de integrar los valores de la convivencia democrática con valores burocráticos es posible edificar estructuras y procesos de gestión pública para la consecución del bien común.

Por lo pronto, el debate sobre el futuro de la institucionalidad y de los requerimientos de la función pública continuará. Pero, desde cualquier punto de vista la dimensión ética hará falta para conectar y dar coherencia a las decisiones con la realidad. Y,, como ocurre con la buena ciencia, surgirán más interrogantes que respuestas. Pero, se trata de eso; de encontrar respuestas a los grandes problemas de nuestros tiempos.

[3] Luis Carlos Bresser Pereira. De la Administración Pública Burocrática a la Gerencial.
[4] Edgar Morin. Los siete saberes necesarios para la educación del futuro.

# Aspectos Jurídicos del Gobierno Corporativo en Panamá

Carlos A. Barsallo P.
Comisionado Vicepresidente
Comisión Nacional de Valores (CNV)
Ex Comisionado Presidente 2001-2004

El gobierno corporativo (GC) es un tema novedoso en materia jurídica en Panamá. Las normas que debieran contemplar el GC en el derecho panameño son: El código de comercio (ley 2 de 1916 CC), la ley de sociedades anónimas (ley 32 de 1927 LSA) y el decreto ley 1 de 1999 (DL.l. 1/99) por el cual se crea la Comisión Nacional de Valores (CNV) y se regula el mercado de valores en Panamá. Ninguna de las normas citadas contempla expresamente el GC.

Desde el punto de vista jurídico el concepto GC únicamente se define en dos normas. El Acuerdo 12-2003 dictado por la CNV[1] y el Acuerdo 4-2001 dictado por la Superintendencia de Bancos (SB). La primera norma se dirige a las empresas que tengan valores registrados en la CNV. La segunda norma se dirige a los bancos con licencia expedida por la SB. El Acuerdo 12-2003 tiene la categoría de reglamento conforme lo dispuesto en el artículo 1 del DL 1/99 y con los efectos jurídicos que establece el artículo 10 del DL 1/99. La no revelación de información relativa a la ausencia, adopción parcial o total de los principios de GC recomendados, o la revelación falsa o engañosa de dicha información[2] genera responsabilidad administrativa (artículo 208 DL 1/99), y eventualmente responsabilidad civil (artículo 204 D 1/99).

Existen dos normas jurídicas que hacen mención, sin definirlo, al concepto de GC. Una de estas normas es el Decreto ley 4 de 18 de enero de 2006, norma reguladora[3] del Banco Nacional de Panamá. El artículo14 numeral 18 del mencionado Decreto ley dispone que es deber y facultad de la Junta Directiva del Banco Nacional: "Establecer, cumplir y velar por la implementación y aplicación de políticas de principios de buen gobierno corporativo" Por su parte, el artículo 15 del mismo cuerpo legal hace mención de la necesidad de cumplir con los principios de GC en el tema referente a las dietas de los directores del Banco Nacional.

Otra norma jurídica que hace referencia al GC es la ley 51 de 27 de diciembre de 2005[4]. El numeral 5 del artículo 108 de la ley 51, que regula el tema de las inversiones, señala que los fondos de la Caja de Seguro Social, podrán invertirse, en títulos de deuda o valores de renta fija de empresas que tengan adoptadas formalmente reglas de buen gobierno corporativo[5].

[1] Acuerdo No.12-2003 de 11 de noviembre de 2003, por el cual se recomiendan guías y principios de buen gobierno corporativo por parte de sociedades registradas en la Comisión Nacional de Valores y se modifican los Acuerdos 6-2000 de 19 de mayo de 2000 y 18-2000 de 11 de octubre de 2000 publicado en la Gaceta Oficial 24,940 de 3 de noviembre de 2003. Ver la Opinión de la CNV No. 11-2004. Para mayor información sobre los antecedentes e historia del Acuerdo 12-2003 ver: Carlos A. Barsallo P. Gobierno Corporativo en Panamá en Compilación de artículos sobre regulación y funcionamiento del mercado de Valores en Panamá. Febrero 2006.

[2] Las guías y principios de buen gobierno cuya adopción recomienda la CNV son de voluntaria observancia por parte de los emisores registrados. No obstante lo anterior, los emisores registrados quedan sujetos al deber de revelación establecido en el artículo 5 del Acuerdo 12-2003 que hace obligatoria la revelación de la información relativa a la ausencia, adopción parcial o total de procedimientos corporativos cónsonos con los principios internacionales sobre GC promovidos por el Acuerdo 12-2003. La información se considera de importancia conforme dispone el artículo 1 del DL 1/99 y los efectos que dicho concepto conlleva en cuanto relevación de información falsa o engañosa o la omisión de información (artículo 200 DL 1/99).

[3] Decreto Ley 4 de 18 de enero de 2006 que subroga la Ley 20 de 22 de abril de 1975 y se dictan otras disposiciones Gaceta Oficial 25,468

[4] Ley No.51 de 27 de diciembre de 2005 "Que reforma la Ley Orgánica de la Caja de Seguro Social y se dictan otras disposiciones" publicada en la Gaceta Oficial No.25453 de 28 diciembre de 2005

[5] Esta referencia a GC fue recomendada formalmente por la CNV a la CSS.

No existe, a la fecha, jurisprudencia panameña que haga referencia expresa al concepto GC[6]. El GC no forma parte de los programas regulares de estudios en las facultades de derecho del país[7]. En virtud de lo anterior, no es de extrañar que, el 56.9 % de los panameños señale no conocer el concepto de GC[8].

Dentro de la normativa panameña del mercado de valores el concepto GC es definido en el artículo 2 del Acuerdo 12-2003[9]. Se entiende que GC es: "El sistema por el cual las sociedades son dirigidas y controladas. La estructura del GC especifica la distribución de los derechos y responsabilidades entre los diferentes participantes de la sociedad, tales como el directorio, los gerentes, los accionistas y otros agentes económicos que mantengan algún interés en la empresa. El GC también provee la estructura a través de la cual se establecen los objetivos de la empresa, los medios para alcanzar estos objetivos, así como la forma de hacer un seguimiento a su desempeño". La definición adoptada en el Acuerdo 12-2003 se basa en la definición de GC de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)[10].

La razón para seguir la definición de la OCDE[11] obedece a que estos principios para el gobierno de sociedades, aprobados en 1999, se han constituido a la fecha en la referencia internacional obligada para los creadores de política, inversionistas, sociedades y otros grupos de interés social a nivel mundial. La OCDE ha impulsado la agenda de gobierno corporativo y ha proporcionado directrices específicas para iniciativas legislativas y normativas tanto en los países miembros, como en los no miembros de la OCDE. El Foro de Estabilidad Financiera los ha designado como una de las 12 normas claves para los sistemas financieros sólidos. Los principios de la OCDE para el gobierno de las sociedades constituyen la base fundamental del componente de GC de los informes sobre observancia de estándares y de códigos (ROSC) del Banco Mundial (BM). En 2004, la CNV solicitó al BM que condujera una evaluación sobre la situación del GC en Panamá (ROSC)[12].

El reporte concluyó que, si bien en Panamá se ha progresado mucho con la adopción de la normativa de mercado de valores en 1999 (Dl 1/99), las reformas en materia de GC están aún en su etapa inicial. El reporte indica expresamente que se considera necesario fortalecer el GC ya que es un ingrediente "esencial para promover altos estándares y salvaguardar la reputacióndel mercado de capitales panameño entre los inversionistas."

Las cinco grandes áreas de los principios sobre GC de conformidad con los principios de la OCDE y que se cubren en el Acuerdo 12-2003 de la CNV son: I. Los derechos de los accionistas; II. El tratamiento equitativo de los accionistas; III. El rol de todas partes interesadas en el GC.; IV. La revelación y transparencia, y V. Las responsabilidades de la Junta Directiva.

En el caso del derecho panameño de conformidad con la evaluación efectuada por el BM se considera que de los 23 principios de GC de la OCDE, 3 principios se consideran Observados, 9 principios se consideran Ampliamente Observados, 7 principios se consideran Parcialmente Observados y 4 principios se consideran Materialmente No Observados:[13]

Ante los resultados anteriores, el informe sobre la evaluación del GC en Panamá recomienda concretamente lo siguiente:

1. Alcanzar un nivel suficiente de revelación en la práctica que permita identificar en los reportes anuales a los propietarios efectivos de las empresas públicas y su porcentaje accionario.
2. Simplificar las diversas acciones y medidas que puedan tomar los accionistas, incluyendo dar un rol más activo al regulador de valores, de manera que se permita a los accionistas impugnar de forma más eficiente y eficaz las decisiones corporativas.
3. La creación para las empresas públicas de mecanismos efectivos de vigilancia.

---

[6] Proceso sancionador que culminó en una multa administrativa impuesta por la Superintendencia de Bancos al Banco Nacional de Panamá por violación al Acuerdo 4-2001. El artículo 22 del Acuerdo 4-2001 establece sanciones por incumplimiento.

[7] Los diccionarios jurídicos usualmente tenidos como referencia en Panamá no hacen cuenta del concepto GC. Por ejemplo, Diccionario Jurídico Cabanellas.

[8] Encuesta del diario La Prensa 2003. No obstante lo anterior, es uno de los temas de los cuales más se ha escrito y estudiado en los últimos años en el derecho corporativo mundial. Ver: Global Corporate Governance Guide 2004. Best practice in the boardroom. Publicado por Globe White Page Ltd., obra que demuestra las profundas transformaciones que se han dado en materia de GC en el derecho corporativo comparado.

[9] En materia bancaria el artículo 2 del Acuerdo 4-2001 contempla la definición de GC para los bancos. En materia de definiciones es importante resaltar que normalmente se confunde, aun cuando se trata de conceptos distintos, el GC con otros conceptos como son la responsabilidad social, la responsabilidad social corporativa, la gobernabilidad, la ética empresarial entre otros. Ver Aldo Olcese Santonja. Teoría y Práctica del Buen Gobierno Corporativo. Marcial Pons. 2005. Página 31 y siguientes.

[10] La normativa panameña en materia de mercado de valores ha estado influenciada por la activa participación de la CNV en las mesas redondas sobre gobierno corporativo que se celebran en Latinoamérica y que son organizadas por la OCDE, el Banco Mundial y la Corporación Financiera Internacional. Se ha participado personalmente en la presentación del libro blanco sobre gobierno corporativo en Washington (2003), la quinta mesa redonda en Río de Janeiro (2004), la sexta mesa redonda en Lima (2005) y la séptima mesa redonda en Buenos Aires (2006).

[11] Una definición completa sobre el concepto GC la encontramos en Aldo Olcese Santonja. Ob. Cit. Página 35. "..El CG comprenderá la publicación y la información a los accionistas de las decisiones relevantes que los directivos toman en el seno de la empresa; los derechos de los accionistas ejercidos a través de su poder de voto (derechos políticos), la regulación del funcionamiento de las Juntas de accionistas y del consejo de administración y los procedimientos para la toma de decisiones, su objeto social; las relaciones del socio con la empresa (derechos y obligaciones), la forma de liquidación o disolución de la misma, y otras. En suma, todos los aspectos relativos a la empresa como sociedad o persona jurídica".

[12] ROSC Junio de 2004. Los resultados se encuentra disponibles en la Sección especial sobre gobierno corporativo que mantiene la CNV en su página Web. La dirección en Internet es: www.conaval.gob.pa

[13] Para mejor comprensión se definen los siguientes conceptos: Observado significa que los criterios esenciales se cumplen sin deficiencias significativas. Ampliamente observado significa que se observan omisiones menores, pero no se generan dudas sobre la habilidad de la autoridades y su intención para el cumplimento completo en el corto plazo. Parcialmente observado significa que aun cuando el marco legal y la regulación cumplen con el principio evaluado, las prácticas y el cumplimento divergen. Materialmente no observado significa que a pesar del progreso, las omisiones son tales que generan dudas sobre la habilidad de las autoridades de alcanzar el cumplimiento. No observado significa que no se ha efectuado un progreso sustancial dirigido a la observancia.

4. El restablecimiento de la regulación referente a solicitudes de poderes de votos y que se requiera a las empresas públicas que brinden suficiente información a los accionistas para que estos tomen decisiones que requieran su voto debidamente informados[14].
5. El establecimiento con carácter obligatorio de un comité de auditoria para las empresas públicas[15].
6. El establecimiento de más claros deberes fiduciarios y responsabilidades para los directores de las empresas públicas[16] y
7. La disponibilidad de entrenamiento relevante y útil para los miembros de las juntas directivas. El informe también recomienda fortalecer la habilidad del regulador para emitir y hacer cumplir acuerdos que afecten a las empresas públicas, sus juntas directivas, sus accionistas y una supervisión más estricta sobre la calidad de la revelación.

El tratamiento futuro del GC en Panamá pasa por el entendimiento de la realidad corporativa panameña. Panamá posee una LSA extremadamente liberal, concebida para brindar atributos propios de la sociedad anónima tales como, la limitación de las responsabilidad de los accionistas (artículo 39 LSA), la personalidad jurídica independiente (artículo 251 CC) y la libre transmisión de las acciones (artículo 32 LSA) sin mayores protecciones, ni pensando en los accionistas minoritarios, que no sean aquellas que se puedan establecer en el pacto social, el cual será usualmente preparado por el o los accionistas fundadores[17]. Se considera que no existe deseo, ni voluntad, de reformar la LSA[18] con miras a brindar mayor protección a los accionistas minoritarios ya que dicha ley está diseñada para proveer máxima flexibilidad para las sociedades anónimas offshore. Frente a éste, definido y poco prometedor escenario para los accionistas minoritarios (que escapa del ámbito jurídico, al ser un tema de política pública) se plantea como paliativo que en el derecho del mercado de valores se den las reformas para que las empresas públicas sean sujetas a mejores normas de GC. De esta manera se busca generar mayor confianza por parte de los inversionistas.

*El derecho comparado demuestra que el concepto GC avanza de forma importante. Se aspira a alcanzar a las empresas no cotizadas[19] y el GC ha alcanzado ya al sector público. El derecho societario panameño y la administración de empresas estatales se encuentran en este sentido muy rezagado.*

*En materia de empresas estatales, las normas sobre GC buscan aplicarse también a las empresas controladas por el Estado, aquellas en las cuales éste tiene una participación y a los propios reguladores públicos. De conformidad con la experiencia acumulada por organismos internacionales, las prácticas de buen gobierno de agencias reguladoras son: Independencia, Responsabilidad, Transparencia e Integridad[20]. Este ángulo, tan necesario en atención a la privatizaciones llevadas acabo en el pasado, tampoco es muy conocido, ni tiene sustento normativo, en Panamá[21]. Se hace necesaria una reforma legal integral, en aras de adecuar nuestro derecho.*

[14] Mediante Fallo de 24 de mayo de 2003 la Corte Suprema de Justicia-Pleno declaró inconstitucional el Acuerdo 16 de 21 de septiembre de 2000 expedido por la CNV y por el cual se adoptaba el procedimiento de distribución y uso de las solicitudes de poderes de voto, autorización y consentimiento. Dicho acuerdo desarrollaba el artículo 91 del DL 1/99.

[15] Ver Artículos 10 a 14 del Acuerdo 12-2003 en lo referente al comité de auditoria. En materia bancaria el Acuerdo 4-2001 (artículo 11) requiere obligatoriamente a los bancos un comité de auditoria.

[16] Ver artículo 6 Acuerdo 12-2003.

[17] "Nuestra ley de sociedades anónimas, prácticamente no reconoce ningún derecho a los accionistas." Ricardo Durling. La Sociedad Anónima en Panamá. Panamá 1986. Página 256. El derecho a nombrar mandatario es el único que consagra la LSA (artículo 47). El derecho preferente a suscribir acciones contemplado en el artículo 13 de la LSA es relativo ya que el pacto social puede disponer otra cosa. Los derechos que poseen los accionistas en la sociedad anónima panameña fueron consagrados en el CC mediante el restablecimiento de la vigencia de algunas normas del CC para las sociedades anónimas. (Ley 9 de 1946). En el derecho panameño del año 1927, año de adopción de la LSA, hasta al año 1946, con la adopción de la ley 9 de 1946 se carecía de normas consideradas básicas en materia de gobierno societario, tales como la impugnación de acuerdos sociales (artículo 418 CC), el derecho a pedir nombramiento de revisores (artículo 425 CC) y el derecho a solicitar la disolución de la sociedad (artículo 524 CC)

[18] Informe ROSC Panamá. Junio 2004.

[19] La OCDE ha dictado principios de buen gobierno para las empresas estatales.

[20] Carlos A. Barsallo P. El Buen Gobierno de las Agencias reguladoras y supervisoras en Ob. Cit. En estos conceptos se encuentra incluido expresamente el importante principio de rendición de cuentas por parte de los entes públicos.

[21] Con excepción de las novedades introducidas mediante el Decreto ley 4 de 2006.

# La Reforma del Régimen Contencioso-Administrativo en Panamá: ideas para la acción

## Sumario

1. Pre-notandos.
2. Status Actual de la Normativa Contencioso-Administrativa.
3. Premisas para una Reforma.
3.1. Precisión sobre la naturaleza de las acciones ejercitables ante la Justicia Contenciosa.
3.2. Creación de Instancias Intermedias de Carácter Jurisdiccional Administrativo.
3.3. Normas sobre Gestión y Actuación.
3.4. Publicidad de las acciones de Nulidad.
3.5. Procedimientos Especiales.
3.6. Rol del Procurador de la Administración.
3.7. Agotamiento de la Vía Gubernativa
3.8. Medidas Cautelares.
3.9. Ejecución de las Sentencias condenatorias contra el Estado.
A Guisa de Conclusión.

ADAN ARNULFO ARJONA L.
Magistrado de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia

### 1. Prenotandos.

Hoy en día es una cuestión que no admite dudas que los cambios políticos y económicos sobrevenidos en el mundo occidental desde finales de la década pasada han marcado una profunda y generalizada impronta de transformaciones en el modo como se relacionan los distintos actores y fuerzas de carácter político, económico y social.

El alud de cambios que ha significado el fenómeno planetario de la llamada globalización ha proyectado sus efectos en dos ámbitos muy concretos de la actividad humana: El político y el económico. En el plano político han cobrado inusitada vitalidad universal las nociones que otorgan primacía al régimen democrático de gobierno y a la promoción y vigencia del respeto a los derechos humanos. En ese replanteamiento, el Estado ha ido cediendo espacios para la actuación de iniciativas privadas en la prestación de ciertos servicios públicos que tradicionalmente la habían sido confiados para la satisfacción de los intereses generales. Una manifestación concreta de esta realidad se aprecia en el otorgamiento de concesiones a entes privados para la prestación de ciertos servicios de carácter público.

En lo que atañe al ámbito económico, los cambios han significado el diseño de un sistema mucho más abierto y menos expuesto a ingerencias y controles gubernamentales, pues, indudablemente

se ha redimensionado el Mercado para convertirlo en un eje casi fundamental de la actividad económico mundial.

Consecuente con esta serie de transformaciones, resulta evidente que los ordenamientos jurídicos enfrentan la necesidad de adecuar sus contenidos a fin de brindar respuestas prontas y de calidad a las necesidades que plantean las nuevas realidades. Este señalamiento que puede formularse como válido para todas las disciplinas del derecho tanto público como privado, cobra una especial significación en este caso particular de la jurisdicción contencioso-administrativa, ya que en un contexto propiciador de respeto a los derechos y libertades humanas, es obvio que se requiere dotarlo de los dispositivos idóneos para que se convierta en un eficaz instrumento de protección en la lucha contra las inmunidades del poder de la Administración.

Teniendo como marco previo las brevísimas anotaciones precedentes, procederemos a continuación a pergeñar un conjunto de precisiones en relación con los temas que podrían ser objeto de consideración al momento de emprender la inaplazable tarea de transformar el régimen contencioso-administrativo panameño, de suerte que se superen las deficiencias que ha demostrado su aplicación, mejoren sus mecanismos existentes e incorporen aquéllos instrumentos que permitan dispensar tutela rápida y efectiva ante los actos de la Administración que infrinjan la legalidad.

## 2. Status Actual de la Normativa Contencioso-Administrativa.

La consideración sobre eventuales reformas al régimen contencioso-administrativo panameño tiene que tener como punto de partida una evaluación realista de su actual situación. Es así que, desde la creación de la jurisdicción contencioso-administrativa a través de su incorporación en la Constitución Política de 1941 y su desarrollo normativo mediante las Leyes 135 de 1943 y 33 de 1946, dicho régimen no ha experimentado mayores cambios legislativos. Sin embargo, lo anterior no significa que el contencioso-administrativo panameño no haya evolucionado con el paso de los años, pues, muchos de los progresos que con fortuna se han logrado cristalizar han sido producto fundamental de un encomiable esfuerzo jurisprudencial que mediante constructivas interpretaciones actualizadoras han impulsado cambios, a pesar del referido rezago legislativo.

En este sentido, el retraso en la modificación de la normativa contencioso-administrativa, ha sido positivamente suplido por la acción de la jurisprudencia sentada por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia desde 1991, la cual ha brindado acogida a un considerable número de criterios que favorecen la eficacia de dicho régimen, y que, a título de somera referencia, conviene indicar seguidamente:

a. El reconocimiento de la tutela cautelar a través de la medida de suspensión en los proceso de nulidad (con lo cual se abandonó la jurisprudencia tradicional negativa que imperaba desde (1965), en materia de contratos administrativos y en el caso de los tributos municipales instituidos por intermedio de Acuerdos de índole administrativa.

b. La ampliación de criterios de legitimidad para la defensa de intereses difusos por conducto del proceso contencioso-administrativo de plena jurisdicción.

c. La no aplicación de reglamentos que, a pesar de no estar formalmente cuestionados en el proceso, se encontraban en franca contradicción con la Ley.

Por su lado, resulta conveniente mencionar que en el plano legislativo se han adoptado algunos cambios que inciden en el contencioso-administrativo, tales como:

a. El establecimiento del denominado proceso contencioso-administrativo de protección de los derechos humanos, por virtud de la Ley 19 de 9 de julio de 1991; y

b. La regulación del procedimiento administrativo general a través de la Ley 38 de 31 de julio de 2000.

c. La expedición de la Ley Nº22 de 27 de junio de 2006 que regula la Contratación Pública y otras materias aledañas la cual entrará a regir a partir del 29 de diciembre de 2006[1].

Pese a todos estos signos alentadores, lo cierto es que la jurisdicción contencioso-administrativa panameña sí requiere de una sustancial reforma, ya que algunos de sus dispositivos son insuficientes para las necesidades que enfrenta el sistema y en otros aspectos es apremiante que se incorporen nuevas figuras. Aspectos tan sensitivos como la ampliación del elenco de actos susceptibles de ser sometidos al control de la jurisdicción Contencioso-Administrativa, el Régimen de las medidas cautelares, la intervención de terceros, los mecanismos atinentes a la ejecución de las sentencias del Tribunal Administrativo con la posibilidad de reconocer a la jurisdicción el llamado poder de sustitución para hacer cumplir los juzgado en caso de que el Órgano Administrativo condenado no haya cumplido con la sentencia, son, entre otros, cuestiones que deben ser objeto de especial atención para un auténtico y profundo rediseño positivo del sistema.

## 3. Premisas para una Reforma.

Identificada la necesidad de propiciar una transformación en el contencioso-administrativo panameño, es conveniente exponer a continuación algunas observaciones sobre los temas que bien podrían tenerse en cuenta al momento de emprender la tarea de mejorar la institución. Debe señalarse que éstas acotaciones buscan, desde una perspectiva eminentemente pragmática, contribuir a que la justicia administrativa nacional cuente con apropiados instrumentos para desempeñarse con celeridad y eficacia.

### *3.1. Precisión sobre la naturaleza de las acciones ejercitables ante la Justicia Contenciosa.*

La experiencia ha puesto de manifiesto la necesidad de formular precisiones puntuales sobre el tipo especial de acción que puede ser planteada al conocimiento del Tribunal Contencioso-Administrativo, dependiendo de la naturaleza del acto impugnado. El clásico distingo entre la acción pública de "Nulidad" y la acción subjetiva de "Plena Jurisdicción" no siempre ha resultado ser un idóneo índice para ubicar el tratamiento que debe dársele a la pretensión principalmente en aquellos casos en que el acto exhibe componentes mixtos pues si bien han sido dictado con efectos generales y sin mencionar concretamente a alguna persona puede que el mismo afecte concreta y desfavorablemente un circulo especifico de intereses subjetivos. En estos casos el régimen vigente no ofrece mayores luces para dilucidar las situaciones dudosas que con frecuencia surgen, (vgr. resolución que fija criterios para el cálculo de la tarifa de ciertos servicios públicos, cambios de zonificación en temas urbanísticos, adjudicación de títulos en el Régimen de Reforma Agraria, aprobación administrativa de fusiones entre entidades bancarias o financieras, etc.) situación que motiva confusión en la escogencia de la acción apropiada para promover y criterios jurisprudenciales oscilantes que sin duda afectan negativamente el acceso a la justicia Contencioso-Administrativa.

---

[1] Gaceta Oficial Nº25,576 de 28 de junio de 2006.

***3.2. Creación de Instancias Intermedias de Carácter Jurisdiccional Administrativo.***

De acuerdo al actual diseño constitucional, el ejercicio de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en Panamá está atribuido privativamente a la Corte Suprema de Justicia, la cual, por conducto de su Sala Tercera, constituye la instancia definitiva para enjuiciar la legalidad de los actos, omisiones, prestación defectuosa de servicios públicos, resoluciones, órdenes o disposiciones que ejecuten, adopten, expidan o realicen en ejercicio de sus funciones los servidores públicos y autoridades nacionales, provinciales y municipales.

La ausencia de instancias jurisdiccionales distintas a la Sala Tercera de la Corte Suprema origina que un elevado número de controversias lleguen a la consideración de esta Corporación, quien sólo cuenta con tres Magistrados para atender este importante caudal de litigiosidad[2].

La poca efectividad práctica de los recursos que se entablan ante la propia Administración, la que rara vez accede a dejar sin efecto sus determinaciones, hace que los afectados con las mismas no tengan otro camino que entablar directamente sus reclamaciones de legalidad ante la Corte Suprema de Justicia. Esta situación de excesivo centralismo de la problemática contencioso-administrativa, plantea la posibilidad de considerar en una futura reforma –de carácter constitucional y legal- la conveniencia de crear jueces o tribunales intermedios que puedan, hasta cierto punto, desconcentrar la tutela judicial en el ámbito administrativo, dejando que la Sala Tercera de la Corte Suprema represente la última y no la única instancia revisora de la legalidad de los actos de la Administración.

La existencia de jueces o tribunales intermedios de carácter administrativo podría suponer algunas ventajas en beneficio de los administrados, puesto que éstas instancias estarían en condiciones de proveer rápida y eficazmente la protección judicial necesaria para encarar con inmediatez los actos lesivos que expida o ejecute la Administración.

En este sentido cobra especial destaque la propuesta de creación del llamado "Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas" que plantea la reciente Ley 22 de 27 de junio de 2006, la cual le reconoce como ente independiente e imparcial con jurisdicción en todo el territorio de la República para conocer, con la participación de tres Magistrados, del Recurso de Impugnación en única instancia que se promueva "contra cualquier acto de adjudicación relacionado con los procedimientos de selección de contratista"[3]. Pese a que abrigo reservas sobre la legitimidad constitucional de esta iniciativa legal, ya que a primera vista pareciera que el Legislador no puede atribuir a un ente administrativo la potestad de juzgar en única instancia lo relativo a un acto típicamente administrativo como lo es la adjudicación en el proceso de selección de contratista, pues, ello entra en conflicto con las atribuciones que la Constitución reconoce a la justicia Contencioso-Administrativa que ejerce la Corte Suprema de Justicia con arreglo al numeral 2 del artículo 206 de la Constitución, el cambio propuesto se enmarca en la orientación adecuada a los fines de la descentralización.

Las experiencias de otros países con los cuales compartimos estrechas y sostenidas tradiciones jurídicas (v.gr. Colombia y España, este último con su Ley 29/1998 que permitió la creación de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo) pueden servir de punto de partida para la reflexión de esta importante temática que, indudablemente, debe ser una de las cuestiones de obligado análisis y discusión al momento de abocarnos a la reforma del contencioso-administrativo panameño.

***3.3. Normas sobre Gestión y Actuación.***

Es una perspectiva reformadora del contencioso-administrativo en Panamá puede considerarse la conveniencia de introducir disposiciones que reconozcan los principios de sencillez e informalidad en las actuaciones procesales que se adelanten ante esta instancia. El reconocimiento de estos postulados ayudaría a morigerar el excesivo rigorismo que se advierte en ciertas normas de la Ley 135 de 1943 que obligan al rechazo in limine de aquellas demandas que no cumplan con determinadas formalidades (v.gr. la falta de autenticación de las copias del auto impugnado con las constancias de su publicación, notificación, ejecución, según los casos; la omisión de ciertos requisitos en el libelo de demanda; etc.).

Para dar concreción a esta reforma podría considerarse la inclusión de los siguientes preceptos:

a) El que indique el juez administrativo al proferir sus decisiones tiene que tener presente que el objeto del proceso es el reconocimiento de los derechos consignados en la Ley sustantiva y con ese criterio debe interpretar las disposiciones de carácter procesal.

b) La norma que establezca que el Tribunal debe darle a la demanda, petición, recurso o incidente, el trámite que legalmente corresponda, cuando el señalado por las partes esté equivocado.

c) Cualquier error o defecto en la identificación de la demanda o recurso no debe constituir obstáculo para que el juez administrativo acceda a lo pedido, de acuerdo con los hechos invocados y la prueba practicada, si la intención de la parte ha sido clara.

d) Establecer la posibilidad, como existe en la nueva Ley contencioso-administrativo española (art. 37.2), que en el caso de que existan procesos masivos de idéntico objeto, el Tribunal pueda

*La ausencia de instancias jurisdiccionales distintas a la Sala Tercera de la Corte Suprema origina que un elevado número de controversias lleguen a la consideración de esta Corporación, quien sólo cuenta con tres Magistrados para atender este importante caudal de litigiosidad.*

[2] De acuerdo a las estadísticas oficiales del Órgano Judicial ingresaron a la Sala Tercera 805 negocios Contenciosos y se decidieron 644. En lo que va del año 2006 los índices muestran que al mes de julio han ingresado 415 nuevos expedientes.

[3] Artículo 104 de la Ley 22 de 27 de junio de 2006.

acordar la suspensión del trámite de la mayor parte de ellos, para dedicarse a uno o varios, de manera que se decidan preferentemente y los efectos de la sentencia estimatoria, se entenderán extendidos a los procesos suspendidos. En esa forma, la jurisdicción contenciosa puede ser más eficiente, ya que con un solo pronunciamiento jurisdiccional pueda resolver un número plural de casos idénticos sin necesidad de acudir al tradicional mecanismo de la acumulación.

Como bien anota GONZÁLEZ PÉREZ, en caso de que la sentencia resulte desestimatoria, es previsible que se producirán desistimientos masivos, lo cual contribuirá positivamente a desahogar el sistema[4].

e) Consagrar la posibilidad de que el proceso administrativo pueda decidirse sin mayores trámites después de la demanda y la contestación, si el proponente de la acción así lo solicita y no se oponen a ello las partes demandadas.

f) Reconocer la posibilidad de debatir el tema de la prescripción de la acción para reclamar al Estado por la vía incidental y como cuestión de previo y especial pronunciamiento. Aún cuando reconozco que es un tema de fondo que regularmente debiera ser analizado en la sentencia de mérito, lo cierto es que abrir la posibilidad que desde un inicio se debata este tema central de la pretensión podría ahorrar grandes beneficios para evitar el innecesario dispendio de energías y recursos que supone la tramitación completa del proceso de reparación.

g) Debe mejorarse y reglamentarse con claridad el régimen de intervención de terceros en los procesos contenciosos de nulidad y plena jurisdicción, ya que el diseño vigente es sumamente escueto y no ofrece mayores ámbitos de desarrollo a sus distintas modalidades.

h) Debe considerarse la posibilidad de reconocer la condena en costas a cargo de la Administración o del demandante que no tiene éxito en su pretensión de ilegalidad.

i) Convendría examinar la posibilidad de reconocer al Tribunal Contencioso la facultad de imponer sanciones pecuniarias compulsivas (astreintes) tanto al servidor público que desafíe los mandatos y disposiciones emanadas del Tribunal como a la institución pública que rehúsa cumplir lo ordenado.

j) De igual manera deben fijarse pautas legales que distingan con nitidez los supuestos de procedibilidad del desacato frente a los

***3.4. Publicidad de las acciones de Nulidad.***

Es conveniente explorar la necesidad de instituir la exigencia de publicar avisos que informen sobre la presentación de demandas Contenciosas de Nulidad a fin de que los posibles afectados puedan darse por enterado de las mismas y ejercitar las acciones que estimen convenientes a sus intereses.

Si la sentencia que culmina la demanda de Nulidad produce efectos erga omnes es lógico pensar que deben existir mecanismos que –al igual de lo que acontece en la acción de inconstitucionalidad- posibiliten a terceros apersonarse en defensa de sus derechos.

***3.5. Procedimientos Especiales.***

El examen del elenco de competencias asignadas al conocimiento del conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa pone de manifiesto que algunas materias no cuentan con una adecuada reglamentación procesal aplicable a su tramitación. Tal es el caso, por ejemplo, de las controversias relativas a los contratos administrativos, indemnización de daños y perjuicios por la defectuosa prestación de servicios públicos, etc.

Para superar estas insuficiencias podrían considerarse en una futura reforma la inclusión de las siguientes normas:

a) Un conjunto de disposiciones que de manera especial reglamente en forma clara el sendero procesal que deben recorrer las controversias atinentes a la validez, cumplimiento y ejecución de contratos administrativos, así como los procesos en los que se exige la reparación de daños causados por la Administración en virtud de una deficiente prestación de los servicios públicos.

b) Puede considerarse el establecimiento de un proceso abreviado a sumario para atender con sencillez y prontitud causas de elevada frecuencia tales como las relativas a las acciones de personal de los servidores públicos. En este proceso sumario, a los demandantes se les exigiría que aporten o aduzcan con su libelo de demanda todas las pruebas necesarias para la comprobación de los hechos en controversia y una vez surtida la contestación respectiva, el proceso pasaría a practicar las pruebas aducidas fijando plazos muy breves y ofreciendo, finalmente, oportunidad para que las partes aleguen.

En el régimen actual no existe tal categoría procesal, de manera que las controversias sobre suspensiones o destituciones en el sector público tienen que ser sometidas a la tramitación ordinaria prevaleciente para cualquier otra materia contenciosa.

*Aún cuando reconozco que es un tema de fondo que regularmente debiera ser analizado en la sentencia de mérito, lo cierto es que abrir la posibilidad que desde un inicio se debata este tema central de la pretensión podría ahorrar grandes beneficios para evitar el innecesario dispendio de energías y recursos que supone la tramitación completa del proceso de reparación.*

[4] González Pérez, Jesús. Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio) Editorial Cívitas, Madrid 1998, 3ra. Ed., pág. 47.

De la misma manera es imperativo clarificar los supuestos de responsabilidad que pueden originar reclamos contra el Estado ante la Sala Tercera, puesto que, la redacción actual de los numerales 8 y 9 del artículo 97 del Código Judicial que enumera las causas que son de competencia de ese Tribunal no es la más feliz y da pábulo a indeseables perplejidades.

***3.6. Rol del Procurador de la Administración.***

En el actual sistema legal panameño el Procurador de la Administración tiene la responsabilidad, en términos generales, de servir de consultor jurídico de la Administración Pública y actúa como defensor de la misma, una vez la legalidad de sus actos es cuestionada en la jurisdicción contenciosa. En muy contados casos el Procurador de la Administración puede desempeñarse en interés de la ley, razón por la cual muchas veces se ve obligado a tener que desplegar la defensa de actos administrativos de cuestionable legalidad.

Por este motivo y para superar esta deficiencia, podría considerarse un sustancial replanteamiento del rol que debe cumplir la Procuraduría de la Administración en el régimen contencioso-administrativo a fin de regular, con toda diafanidad, que su papel es el de actuar en interés de la ley y no en defensa de la legalidad del acto impugnado.

La propuesta cobra mayor respaldo si tomamos en cuenta que recientemente el Ministerio Público ha creado y organizado la llamada Fiscalía Superior de Asuntos Civiles con el propósito de asesorar y defender los intereses del Estado y sus instituciones en los procesos que se entablen en su contra, y hacer efectivo la acción de repetición que el Estado puede promover contra el servidor público que haya dado lugar a la negligencia generadora de litigio.

***3.7. Agotamiento de la Vía Gubernativa.***

Siguiendo el modelo clásico, el contencioso panameño exige que el agraviado con un acto administrativo debe agotar ante la propia Administración los recursos ordinarios (reconsideración y apelación) luego de lo cual quedará habilitado para acceder a la jurisdicción contenciosa.

Esta exigencia que hoy en día es ineludible en el régimen panameño debe ser sometida a una reflexión crítica a los efectos de considerar su eventual atemperación, ya que la experiencia ha demostrado que en la mayoría de las veces los recursos de reconsideración y apelación entablados ante la Administración tienen poca o ninguna eficacia y lo único que contribuyen es a dilatar los trámites de impugnación que pudiera promover el afectado por el acto administrativo ilegal. En este sentido, la reforma podría atribuir carácter potestativo a los recursos de reconsideración y apelación, de suerte que quede librado al criterio del afectado si considera conveniente ejercitar los mismos o decide acudir directamente a la jurisdicción contenciosa para plantear su pretensión de ilegalidad del acto cuestionado. Sobre este particular, comparto en un todo las observaciones del maestro GONZÁLEZ PÉREZ cuando señala:

"Dictado un acto administrativo, cualquiera que sea el Órgano Administrativo del que proceda, ha de admitirse la posibilidad de acudir a los tribunales en defensa de los derechos e intereses legítimos que por él hubieran resultado lesionados. Si bien, debe admitirse la posibilidad de que el interesado pueda, si lo desea, interponer contra él los recursos administrativos que, en cada caso, se prevean. Lo que dependerá de la confianza que se tenga en obtener por ésta vía plena satisfacción de las pretensiones. Si el administrado, en razón a la naturaleza del asunto, evidencia de la infracción del ordenamiento jurídico en que el acto incurre o circunstancias personales del titular del órgano competente para resolver, considera posible una resolución estimatoria por ésta vía, sin tener que acudir al proceso siempre más lento, complicado y costoso ha de admitirse la posibilidad de recurso. Pero si tiene la convicción de que nada logrará en esta vía, no tiene sentido demorar el momento de acudir al proceso, con la exigencia de un recurso que constituirá un trámite inútil. Y, por supuesto, no tiene sentido establecer un sistema de recursos sometidos a distinto régimen jurídico, con las consiguientes dudas y dificultades a la hora de tener que agotar la vía administrativa. Un único recurso administrativo y potestativo" (el destacado es propio)[5].

***3.8. Medidas Cautelares.***

En el plano de las medidas cautelares es donde quizás se advierte con mayor notoriedad el rezago que experimenta la jurisdicción contencioso-administrativa panameña, ya que la única medida cautelar susceptible de ser decretada es la conocida suspensión provisional del acto impugnado. Sin embargo, como es bien conocido, no todas las situaciones pueden ser adecuadamente tuteladas mediante la adopción de la medida cautelar de suspensión y, por ello, resulta necesario considerar al momento de una reforma, la posibilidad de ampliar el elenco de dispositivos cautelares disponibles en el contencioso.

*En el actual sistema legal panameño el Procurador de la Administración tiene la responsabilidad, en términos generales, de servir de consultor jurídico de la Administración Pública y actúa como defensor de la misma, una vez la legalidad de sus actos es cuestionada en la jurisdicción contenciosa.*

[5] Ibidem página 23.

A este respecto pueden formularse las siguientes precisiones:
a) Consagrar de modo explícito la posibilidad de que el juez adopte medidas cautelares innominadas que se ajusten a las necesidades de protección o conservación específica que reclame el caso particular.
b) Reconocer la factibilidad de que el Tribunal autorice la ejecución provisional en tanto se discute la legalidad del acto administrativo que impide su verificación (v.gr. arbitraria negativa al otorgamiento de una licencia para el inicio de actividades de una empresa).
c) Admitir la posibilidad de que en ciertos casos la sola promoción de la demanda origine la suspensión automática provisional, cuando medien circunstancias de especial urgencia que aconsejen su pronta adopción para impedir el surgimiento o agravación de importantes perjuicios individuales o colectivos.
d) Regular la posibilidad de que se ordene la celebración de una audiencia para decidir a la mayor brevedad posible discusiones relativas al levantamiento, modificación o mantenimiento de la medida cautelar decretada.
e) Establecer la posibilidad de que el Tribunal pueda exigir la consignación de cauciones para asegurar el eventual resarcimiento de daños y perjuicios que puedan causarse por la medida cautelar, en caso de que la pretensión de ilegalidad sea desestimada.
f) Debe normatizarse acerca de la posibilidad de que el Tribunal decrete la suspensión provisional en los procesos de nulidad para conjurar el restablecimiento de criterios restrictivos que sólo vendrían a menoscabar la tutela judicial.

### *3.9. Ejecución de las Sentencias condenatorias contra el Estado.*

Se ha dicho con toda razón que las medidas cautelares y la ejecución forzosa representan dos de los temas cardinales de la justicia administrativa que están reclamando una profunda transformación para que responda a las exigencias modernas.
El régimen contencioso-administrativo panameño no escapa a esta situación de insuficiencia en materia de ejecución de las sentencias, razón por la cual se hace imperativo introducir reformas que lo mejoren, algunas de las cuales pueden encaminarse hacia las siguientes áreas:
a) Reconocer la posibilidad de que el Tribunal, en ciertos casos, pueda fijar en la sentencia un plazo para el cumplimiento de las prestaciones que se reconozcan en la decisión.
b) Debe revisarse la conveniencia de eliminar ciertos privilegios de la Administración que pueden erigirse en manifiestos obstáculos para el cumplimiento de lo ordenado en las sentencias contencioso-administrativa (v.gr. prohibición de inembargabilidad de bienes estatales, etc.).
c) Considerar la hipótesis de que en determinados supuestos el Tribunal Contencioso puede sustituir a la entidad pública renuente a cumplir con el fallo, de manera que su cumplimiento no quede supeditado a la voluntad de las autoridades del momento. De lo que se trata es de evitar que la sentencia quede sometida a un régimen de ejecución administrativa y no judicial, pues, resulta profundamente injusto que sea el obligado, en este caso la Administración, el que determine a su conveniencia presupuestaria el cumplimiento de un mandato emanado de los Tribunales.

### *A Guisa de Conclusión.*

Un atento examen de la legislación contencioso-administrativa panameña deja ver con meridiana claridad la necesidad de emprender un proceso de transformación sustancial de la misma para adecuarla a las exigencias impuestas por los cambios en el entorno político y económico prevaleciente en los tiempos que corren.
Es indudable que un esfuerzo reformador para que logre alcanzar adecuados niveles de efectividad tiene que tomar en consideración no sólo los notables avances experimentados en el derecho comparado, sino también las particularidades y tradiciones imperantes en la praxis administrativa nacional.
Las acotaciones que se han formulado líneas atrás no representan más que un muy genérico esbozo de algunos de los temas de superlativa importancia que deben ser analizados prolijamente, una vez se cuente con la voluntad y las condiciones favorables para adoptar una honda reforma en la jurisdicción contencioso-administrativa panameña.

*Se ha dicho con toda razón que las medidas cautelares y la ejecución forzosa representan dos de los temas cardinales de la justicia administrativa que están reclamando una profunda transformación para que responda a las exigencias modernas.*

# La Función Pública Española

## 1.INTRODUCCIÓN: EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA EN ESPAÑA

Fernando González Botija

Profesor de Derecho Administrativo
de la Universidad Complutense de Madrid

En el siglo XIX se forja el modelo de función pública española caracterizado por intentar copiar el sistema francés mediante la implantación del sistema de <<Cuerpos de funcionarios>>. Esto significó el establecimiento de una carrera profesional (el funcionario que entra en la Administración lo hace en un departamento ministerial para progresar dentro de él pasando de unos puestos de trabajo inferiores a otros superiores) y la división de los funcionarios en clases o cuerpos[1]. Así, se distinguió con el paso del tiempo entre cuerpos administrativos que tienen asignados funciones generales (aspirante a Oficial, Oficial, Jefe de Negociado, Jefe Superior y de Administración) y los cuerpos que tenían atribuidas funciones especiales (magistrados, militares, ingenieros civiles y de minas, profesores, etc) que habían de regirse prioritariamente por sus normas o reglamentos específicos.

Sin embargo, el sistema no va a funcionar porque no se copian las piezas esenciales del sistema de función pública francesa: el acceso por mérito (y ello pese a que su proclamación se ha hecho tradicionalmente en el nivel constitucional: art.5 de la Constitución de 1837, art.27 de la Constitución de 1869, art.15 de la Constitución de 1876 y art.40 de la Constitución de 1931, añadiendo esta última la precisión "sin distinción de sexo") y la garantía de la inamovilidad absoluta.

Esta última significa que la Administración no puede extinguir la relación jurídica que le une con el funcionario, salvo por causas tasadas que el mismo legislador ha establecido y en concreto dos:

a) jubilación (por edad o por incapacidad física o mental sobrevenida antes de alcanzar dicha edad);

b) comisión de infracciones administrativas o penales que llevan ligada la sanción de la separación definitiva del servicio[2].

Por desgracia, en el siglo XIX en la práctica el sistema pivota sobre el mecanismo de las denominadas cesantías, que supone que el funcionario puede ser declarado cesante, especie de excedencia temporal que se hace coincidir con los cambios de partido político en el poder. Esto supone instaurar de facto el sistema conocido en la jerga política como <<spoil system>>, sistema aplicado en EEUU y que fue un fracaso absoluto. Las cesantías se basaban en"la prerrogativa que correspondía al Rey de nombrar y separar funcionarios como derivada de la más genérica facultad de ejecutar las leyes y mantener el orden público". Se fundaban en la idea de que el Gobierno de turno para poder llevar a cabo su programa político precisaba de una clase funcionarial que le fuese fiel, lo cual sólo se consigue eliminando la inamovilidad

[1] Así se hace desde el estatuto de clasificación de los funcionarios de la Real Hacienda, el 7 de febrero de 1827, de López Ballesteros, y se continuará con el Real Decreto de 18 de julio de 1852 conocido como el Estatuto general de la función pública de Bravo Murillo y con el Estatuto de O´Donnell contenido en el Real Decreto de 4 de marzo de 1866, denominado "Reglamento Orgánico de las Carreras Civiles de la Administración Pública"

[2] La inamovilidad absoluta se justifica por las siguientes razones: 1º) sirve para asegurar la imparcialidad del funcionario en el desempeño de sus funciones, que quedaría comprometida si pudiese ser cesado inmediatamente, ya que para evitar esta consecuencia negativa el funcionario tendería a actuar conforme a los intereses del sujeto que le nombró y no conforme a los intereses generales; 2º) sirve para asegurar una estabilidad en el ejercicio de la profesión que le permita dedicarse enteramente a ella con mayor efectividad y exclusividad (se erradica así el pluriempleo del funcionario.

absoluta y el acceso por mérito de los funcionarios públicos. Esta idea es falsa, puesto que para conseguir que el funcionario cumpla las órdenes de sus superiores políticos no es necesario que sea del mismo color político. El funcionario debe fidelidad al Estado y, por ende al que lo gobierna. Y si viola ese deber, como vamos a ver al final, puede ser sancionado gracias al régimen disciplinario. Pero, lo más grave del sistema de cesantías fue, paradójicamente, su rotunda ineficacia para lograr un buen funcionamiento de la Administración por los siguientes motivos: 1º) se generó una ineficacia administrativa generalizada. Los continuos cambios políticos impedían la continuidad de los funcionarios en su puesto de trabajo y, por lo tanto, que las tareas se hiciesen con diligencia, permitiendo al funcionario adquirir experiencia y profesionalidad. En estas condiciones el funcionario ni podía ni deseaba desempeñar correctamente su oficio porque sabía que iba a durar poco tiempo en el cargo. 2º) al acceder las personas a la función pública gracias a sus contactos políticos, familiares, etc, la clase funcionarial se nutrió de personas incompetentes (que hubieran sido incapaces de acceder mediante un sistema objetivo) y que no tenían el menor interés en que las funciones administrativas se ejecutasen con la eficacia y diligencia debida. 3º) corrupción generalizada, especialmente porque, primero, al faltar el interés en hacer correctamente el trabajo este se hacía para aprovechar la oportunidad que suponía poseer un puesto público por breve tiempo para ganar un sobresueldo. Además, los sueldos se pagaban con un gran retraso[3].

La prueba del tremendo fracaso del sistema de cesantías (también conocido entre nosotros <<de botín>>) fue su eliminación con el tiempo (en EEUU también se acabó erradicando el similar <<spoil system>>, demostrándose una vez más su inutilidad absoluta). Por ello se optó por copiar los fundamentos del sistema francés que, pese a los defectos que pueda tener, es inmensamente más eficaz. Así, con la Ley de Bases de los Funcionarios del Estado de 22 de julio de 1918 se implantó en el país el sistema de ingreso por oposición pública (mérito) ligado a la estabilidad o inamovilidad en el empleo del funcionario. Desde entonces el cambio ha sido, sin lugar a dudas, para mejor[4].

[3] Es verdad que la inamovilidad absoluta puede producir los mismos efectos de falta de interés en hacer correctamente el trabajo (al saberse que no puede ser despedido) o de corrupción (si el funcionario cree que su sueldo no es suficiente o no lo cobra, y aprovechando que va estar en el mismo sitio toda la vida). Sin embargo, volvemos a insistir en recordar la existencia del mecanismo disciplinario. Si se aplica es más fácil que sirva para forzar la voluntad de alguien que sabe que no le queda más remedio que disciplinarse ante el riesgo de perder un empleo que es para toda la vida. En cambio, si un individuo va a ocupar un puesto por un breve espacio de tiempo puede ocurrir que cuando se le vaya a aplicar la sanción ya no se encuentre ocupando el puesto de trabajo por haber cambiado el partido político en el Gobierno, haciendo absurdo todo el sistema.

[4] Téngase en cuenta que una Administración politizada no ejecuta la Ley conforme al interés general. Además, crea una inseguridad jurídica e ineficiencia a la ciudadanía, que influye negativamente en la buena marcha de la sociedad en general. No olvidemos que la Administración es quien gestiona los bienes y servicios públicos que satisfacen necesidades colectivas de primer orden. Si esos bienes o servicios están en manos de sujetos que sólo buscan su lucro o interés personal se dejan de satisfacer esas necesidades públicas con la consiguiente pérdida añadida de recursos monetarios (gasto público que se pierde en la cadena de corrupción y no revierte en generar riqueza en el país) y humanos (buenos y honestos profesionales que deciden emigrar a otros países donde aportan una gran prosperidad).

En las décadas posteriores los temas de debate que dominarán la función pública española, una vez superado el sistema de cesantías, serán los siguientes: a) qué grado de flexibilidad se ha de dar a la carrera de los funcionarios (si los puestos de trabajo dentro de la Administración se han de reservar a determinados cuerpos de funcionarios o se han de ofertar a varias categorías o cuerpos de funcionarios distintos para aumentar la competitividad entre ellos) y, b) la posibilidad de que una parte de los empleos públicos no sean ocupados por funcionarios en sentido estricto (inamovilidad absoluta y sujeción a un conjunto de reglas de Derecho administrativo distintas de las que se aplican al resto de los trabajadores, sujetos al Derecho del trabajo), sino por el denominado personal laboral, es decir, empleados públicos que están ligados a la Administración por un contrato de trabajo sujeto al Derecho laboral como cualquier otro ciudadano que trabaja para una empresa. En 1964 la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 (LFCE) consagrará una mayor flexibilidad en la carrera funcionarial y la introducción del personal laboral, junto con el modelo de función pública reservada a los funcionarios de carrera inamovibles.

## II. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL SISTEMA ESPAÑOL DE FUNCIÓN PÚBLICA TRAS LA CONSTITUCIÓN DE 1978 (CE).

**El art.103,3 de la CE dispone lo siguiente:**

*"La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones".*

La legislación que regula a los funcionarios públicos está compuesta fundamentalmente por dos normas de rango legal: la Ley 30/84 sobre Medidas Urgentes de Reforma de la Función Pública y partes de la LFCE de 1964.

El sistema se monta sobre la base de la existencia de funcionarios públicos (definidos como las personas incorporadas de forma permanente a la Administración, que figuran en las correspondientes plantillas y que están ligadas a la Administración por una relación de servicios profesionales retribuidos regulada por el Derecho administrativo) y personal sujeto al Derecho del Trabajo que no goza de esa inamovilidad absoluta. En un principio no se sabía hasta qué punto debía darse prioridad a uno u otro tipo de empleado público. De hecho la Ley 30/84 dejaba en manos de la Administración el determinar qué puestos de trabajo debían quedar para los funcionarios públicos y cuáles debían ser cubiertos por personal laboral. No se fijaba ninguna pauta o límite cuantitativo alguno. Esta situación imprecisa fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional por entenderse que la CE exigía que los puestos de trabajo en la Administración fueran ocupados mayoritariamente por funcionarios públicos, aunque fuese posible dejar algunos para los empleados conforme al Derecho laboral. Esta decisión judicial motivó un cambio legal para precisar cuáles eran esos puestos a los que podían acceder empleados laborales (siendo el resto mayoritariamente funcionarios). Entre ellos figuran, por ejemplo, puestos cuyas actividades sean propias de oficios, así como los de vigilancia, custodia porteo y otros análogos; etc.

El acceso al empleo público se basa en los principios de mérito y capacidad". Hay que advertir que no existe una definición de ambos conceptos en la CE pero se pueden construir siguiendo a la doctrina administrativista El mérito es un parámetro objetivo destinado a medir a los candidatos al acceso a la función pública. Esta objetividad significa lo siguiente: 1º) su contenido consiste en el patrimonio o bagaje intelectual que cada individuo adquiere gracias a su esfuerzo individual que queda demostrado en cada una de las pruebas selectivas. Ese patrimonio se compone de: a) estudios que proporcionan una capacitación teórica; b) la experiencia práctica adquirida. 2º) las valoraciones se aplican a todos sin adaptaciones individuales ni diferenciaciones. 3º) no se tiene en cuenta la personalidad individual de cada candidato o cualidades personales (innatas o adquiridas). Se presume que todo el mundo tiene las mismas cualidades personales o aptitud personal para desempeñar la función pública. La jurisprudencia ha descartado los intentos de ensanchar la noción de mérito incluyendo rasgos de la personalidad de los aspirantes midiendo su aptitud psicológica o individual teniendo en cuenta la que se precisaría para el puesto a ocupar. Este criterio, tan usado en la empresa privada, se ha entendido que no se puede aplicar al sistema de acceso a la función pública porque serviría para quebrar el principio de igualdad. Con todo la aptitud psicológica se ha tratado de valorar a través del requisito de la capacidad (mediante la aplicación de test psicológicos). En definitivo, como destaca MORELL OCAÑA la regulación del mérito pretende reflejar "un postulado de justicia en cuya virtud se premia al que más esfuerzo ha hecho para conseguir el puesto". El sistema de mérito se funda por lo tanto en la idea de valorar ese esfuerzo.

En cuanto a la capacidad se considera que el funcionario la posee cuando cumple los siguientes requisitos contenidos en el art.30 de la LFCE de 1964: A) ser español. Aunque hay que advertir que dentro de ciertos límites se admite el acceso de los ciudadanos de la Unión Europea a los sectores de la actividad de las Administraciones públicas que no suponen el ejercicio de potestades públicas o supongan la salvaguardia de los intereses del Estado. B) tener cumplidos 18 años de edad, condición necesaria para que el candidato posea un mínimo de madurez. C) no padecer enfermedad o defecto físico que impida el desempeño de las correspondientes funciones. Antes del nombramiento el candidato seleccionado deberá pasar una prueba médica y presentar un certificado que demuestre que posee plena capacidad física y mental. D) No haber sido incapacitado por sentencia judicial o resolución administrativa para ingresar en la función pública.

La selección de los funcionarios se instrumenta mediante un procedimiento selectivo, sometido a los principios de mérito, publicidad y libre concurrencia con el que se trata de lograr la igualdad de oportunidades. Así se consigue el fin del sistema que se basa en la idea de seleccionar al mejor o a los mejores. El procedimiento para el ingreso en la función pública (sin perjuicio de la normativa contenida en ciertas normas específicas para ciertos cuerpos especiales) se encuentra regulado en el Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento general de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado[5].

Una vez dentro de la función pública el funcionario tiene oportunidad de mejorar sus condiciones de trabajo pasando a ocupar puestos de mayor responsabilidad y retribución. Para ello se articula la carrera basada en el denominado, desde 1964, sistema de provisión de puestos de trabajo (terminología que hereda nuestra la ley 30/84). Para acceder a estos puestos superiores se articulan dos medidas: a) el concurso de méritos entre funcionarios en los que se valoran la antigüedad, los servicios prestados en el propio Departamento a que pertenezca la vacante, la eficacia demostrada en los destinos anteriores y la posesión de diplomas, estudios o publicaciones directamente relacionadas con la función a desempeñar; b) libre designación, modalidad excepcional, que tiene por esencia el permitir la libre elección del candidato basándose para ello en un criterio de simple confianza (y no de mérito) que debe existir entre el órgano que tiene la potestad de elección y el candidato elegido. Los puestos de libre designación poseen un carácter esencialmente temporal. Es decir, un funcionario por este sistema permanecerá en el puesto mientras siga también en su cargo el que lo nombró[6].

Con este sistema se ha tratado de introducir una mayor flexibilidad y competitividad entre los funcionarios al admitirse que a una plaza vacante puedan concurrir funcionarios de distintos cuerpos o departamentos. De este modo se ha roto la política del sistema anterior de reservar puestos de trabajo a determinados cuerpos departamentales. Desgraciadamente en la práctica esta pretendida mayor competitividad se frustra en gran parte por la política de preparar el camino al candidato que se quiere promover.

En cuanto a los derechos de los funcionarios debemos empezar examinando el derecho al cargo. Este derecho se concreta en, por un lado, la inamovilidad, que ya la hemos examinado, y por otro lado, en la asignación de un puesto de trabajo de los disponibles en la Administración donde va a desarrollar su carrera[7]. El segundo derecho relevante es el derecho a la retribución. Las retribuciones de los funcionarios son de dos tipos: básicas[8] y complementarias[9]. En tercer lugar los funcionarios tienen derecho a cierto número de permisos, licencias y vacaciones (por ejemplo, un mes de vacaciones, permisos por maternidad, para cuidar hijos y ancianos a cargo, por razón de matrimonio el funcionario, por el nacimiento de un hijo y la muerte o enfermedad grave de un familiar, por traslado de domicilio, etc).

---

[5] Se establecen tres sistemas de selección. A) la oposición, sistema ordinario de ingreso que consiste en la celebración de una o más pruebas para determinar la capacidad o aptitud de los aspirantes y fijar su orden de prelación. B) el concurso, sistema que debe ser excepcional. Consiste en la comprobación y calificación de los méritos de los aspirantes y en el establecimiento del orden de prelación de los mismos. C) el concurso-oposición, sistema también excepcional. Consiste en la sucesiva celebración de los dos sistemas anteriores. En materia de recursos (tanto administrativos como judiciales) hay que advertir que las posibilidades de recurrir contra la decisión calificadora de los órganos de selección es bastante limitada ya que se entiende que este órgano goza de una "discrecionalidad técnica". Esto impide que el órgano superior o el juez vengan a examinar una segunda vez al candidato, sólo pudiéndose limitar a controlar que no se cometió una arbitrariedad o error manifiestos.

[6] Este sistema encuentra su fundamento en la idea de que los puestos directivos dentro de la Administración (que son los encargados de marcar las grandes líneas de la gestión de cada Ministerio) deben ser ocupados por funcionarios que estén en sintonía con los altos cargos del Departamento que son los que marcan la línea política que se ha de seguir dentro del mismo. La facultad de proveer los puestos de libre designación corresponde a los Ministros de los Departamentos de los que dependan y a los Secretarios de Estado en el ámbito de sus competencias. Sólo podrán cubrirse con este sistema puestos de carácter directivo o de especial responsabilidad. Los funcionarios nombrados para puestos de trabajo de libre designación podrán ser cesados con carácter discrecional.

[7] La exclusividad en el ejercicio del cargo asignado se refuerza con un rígido régimen de incompatibilidades de los funcionarios que se encuentra regulado en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas. Se trata de una Ley que se aplica al conjunto de las Administraciones Públicas y empleados que trabajan en ellas.

[8] Que comprende el sueldo -que varía en función de la categoría del funcionario, aunque se evita que los funcionarios que ocupan puestos superiores tengan una gran diferencia de salario con respecto a los que ocupan puestos inferiores- los trienios -complemento por cada tres años de servicios continuados y dos pagas extraordinarias anuales por un importe mínimo cada una de ellas de una mensualidad del sueldo y trienios

[9] Comprenden: el complemento de destino correspondiente al nivel del puesto que se desempeñe, el complemento específico destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su especial dificultad, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad y el complemento de productividad destinado a retribuir el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés o iniciativa con que el funcionario desempeñe su trabajo

En paralelo a estos derechos el funcionario tiene una serie de deberes: asegurar una buena gestión de los servicios a su cargo, cumplir con la jornada laboral, garantizar el fiel desempeño de su función, guardar sigilo de la información que conocen por razón de su cargo, guardar respeto y obediencia a las autoridades y superiores jerárquicos y acatar sus órdenes con exacta disciplina, así como colaborar y cooperar con sus compañeros.

La violación de estos deberes hace surgir la responsabilidad disciplinaria, que se regula con detalle en el Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario (RRD) de los funcionarios de la Administración del Estado[10].

## III. PROPUESTA DE REFORMA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA ESPAÑOLA.

Hay que advertir que recientemente el Gobierno ha presentado un Borrador de Anteproyecto de Ley del Estatuto básico del Empleado Público. Con este texto legal se pretende poner fin a la vigencia de la normativa actual e introducir una sola norma o Estatuto que modernice la regulación existente, adaptándola a las nuevas tecnologías y operando una mejora técnica y sistemática desde el punto de vista jurídico. Hay que destacar en el Borrador dos cosas:

1º) la consolidación de las grandes directrices de la función pública española logradas a lo largo del siglo XX. Esto significa el mantenimiento de la división del empleo público entre funcionarios y personal laboral (afirmando el proceso de aproximación entre los regímenes de ambos colectivos: el segundo viéndose sometido al principio de mérito y las incompatibilidades del primero, y éste avanzando en sus derechos a través de la negociación colectiva, tal y como ocurre con los empleados laborales). En lo que respecta a los funcionarios se sigue garantizando su acceso por mérito y su inamovilidad, la cual no se ve como un privilegio corporativo sino como un elemento imprescindible para garantizar la imparcialidad del funcionario.

2º) la introducción de importantes reformas o novedades. En primer lugar junto a la tradicional idea de la carrera funcionarial concebida como el ascenso de unos puestos de trabajo inferiores a otros superiores, se introduce lo que se denomina la carrera horizontal, que consiste en progresar en el mismo puesto de trabajo (consiguiendo mejores retribuciones) mediante un aumento en el rendimiento del funcionario. Igualmente se prevé que el funcionario que haya conseguido un puesto superior por concurso pueda perderlo si su trabajo y comportamiento no es adecuado. Para valorar todo esto se emplaza a la Administración a que introduzca los mecanismos que sean pertinentes (no se especifican cuáles en el Borrador de Ley) para que evalúe de forma transparente, objetiva y no discriminatoria la productividad o rendimiento. Finalmente destacar que el cuadro de derechos y obligaciones de los empleados públicos se enriquece especialmente. En cuanto a los derechos se hace referencia, aparte de los tradicionales, al derecho a su intimidad con objeto de que no sufra ningún tipo de acoso sexual, moral o profesional y a que pueda conciliar su vida personal, familiar y laboral.

Por lo que respecta a los deberes se introduce un <<Código de conducta>> que contiene unos principios éticos y de conducta muy detallados, desarrollando los deberes establecidos en la normativa de 1964. Finalmente, se insiste a lo largo del texto en la necesidad de lograr la equiparación entre sexos conciliándola con el principio de mérito.

[10] Las infracciones que pueden cometer los funcionarios en el ejercicio de sus cargos pueden ser de tres tipos según lo dispuesto en el art. 87 de la LEFC: 1º) leves (por ejemplo, la incorrección con el público, superiores, compañeros o subordinados), 2º) graves (como por ejemplo, el abuso de autoridad en el ejercicio del cargo, causar graves daños en los locales, material o documentos de los servicios o la grave perturbación del servicio, y C) muy graves (que la doctrina ha clasificado del siguiente modo: C.1) el incumplimiento del deber de fidelidad a la Constitución en el ejercicio de la Función Pública, C.2º) conductas contrarias a las libertades y derechos fundamentales (toda actuación que suponga discriminación por razón de raza, sexo, religión, lengua, opinión, lugar de nacimiento o vecindad, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social); C.3) infracciones del deber de fiel desempeño del cargo; C.4) falta de desempeño de la función.
En estos casos se tiene en cuenta el quantum del incumplimiento del deber funcionarial, no el cómo (por ejemplo, el incumplimiento de la obligación de atender los servicios esenciales en caso de huelga). Por la comisión de las infracciones se pueden imponer las siguientes sanciones: 1º) separación del servicio. 2º) suspensión de funciones. 3º) traslado con cambio de residencia. 4º) apercibimiento.

Lic. Oscar Ceville,
Procurador de la Administración

# La Red de Etica:

## un aporte para renovar principios y valores

*Intervención en la entrega del Código de Ética del Servidor Público a la Universidad Tecnológica de Panamá (23 de marzo de 2006)*

Me honra compartir este escenario con las autoridades y demás funcionarios de una de las universidades con mayor arraigo en el sistema nacional del conocimiento, en ocasión de entregarle de manera formal a esta importante institución el Código Uniforme de Ética del Servidor Público.

Esta actividad, como ustedes saben, es parte del conjunto de iniciativas que desarrolla la Red de Ética Pública, coordinada por la Procuraduría de la Administración, donde participan actualmente 73 instituciones del Estado, impulsando iniciativas tendientes a fortalecer los procesos de modernización de la gestión pública.

La Red de Ética constituye un esfuerzo por la renovación de los paradigmas que deberán moldear nuestro destino humano como sociedad y orientar el papel que nos corresponde desempeñar como gestores públicos dentro de un nuevo sistema de ideas que sitúe los principios y valores del servidor público en la base de la responsabilidad, la moralidad y la solidaridad.

Estos principios y valores que debemos promover, constituyen el fundamento de la nueva ética; porque la ética que nos legó el renacimiento se ha hecho insuficiente para encarar los problemas y desafíos de nuestro tiempo. Sin embargo, no se trata de sustituir unos principios y valores por otros, sino de complementar unos y otros.

He dicho en ocasiones como éstas, que el mundo del futuro, que empezó ayer y que continúa en su dinámica, tiene como sustento el conocimiento, y como soporte la ciencia y la técnica.

No obstante, así como la humanidad no puede avanzar sin las revoluciones tecnológicas, tampoco lo puede hacer si uno de sus recursos más importantes, la ética, no encauza sus responsabilidades, deberes y derechos, según la demanda de los tiempos. Y la demanda ética de nuestro tiempo, que está por construirse, no podrá existir aislada de la ciencia, la técnica y la economía, ni de una relación profundamente virtuosa con el desarrollo humano.

Quizá lo bueno sea, que todo está por edificarse, y es como un tablero joven (la verdadera tábula rasa aristotélica) en el cual se empieza a escribir. La otra, la del renacimiento, es un tablero viejo en el cual se ha escrito mucho, pero al que habrá que recurrir para no tropezar con la misma piedra.

No tropezar con la misma piedra implicaría pensar la ética desde la complementariedad entre lo que fue y lo que será: significa también, pensar la ética desde la información acumulada, desde la suma de conocimientos adquiridos y desde la cantidad de escritura procesada.

*"Los valores de convivencia y solidaridad deben ser pensados y ejercitados desde una nueva conciencia sobre el saber"*

Lo que no tendría sentido (como he dicho antes) sería repetir errores que vulneraron la esencia humana, como aquella racionalidad binaria que era capaz de negar la existencia total de una cosa respecto a otra (blanco o negro; bueno o malo; público o privado; científico o humanista; ciencia o ética; tecnología o ética y así sucesivamente). Racionalidad capaz de subestimar esfuerzos como el que hoy emprendemos, porque se creía que el éxito estaba en la fuerza individual y no en la fuerza del conjunto.

La ética, pensada desde aquella concepción; negada para la conjunción y la complejidad, provocó la agravación de las dos pobrezas –la pobreza material para tantos excluidos, y también una pobreza del alma y de la psiquis- generando, a su vez, una incapacidad profunda para enfrentar desafíos tales como la solidaridad, el diálogo permanente entre los humanos y la responsabilidad respecto asimismo y a los demás.

Estos valores de convivencia y solidaridad deben ser pensados y ejercitados desde una nueva conciencia sobre el saber; porque la ciencia y la tecnología alejadas de la ética corren el riesgo de arrastrar al mundo a situaciones peligrosas nunca antes imaginadas.

Por ello, esta generación tiene la responsabilidad de revisar los fundamentos éticos que sirven de soporte a sus esfuerzos, lo que sin duda ayudará a evitar que el desarrollo,contradiga su esencia y en vez de satisfacer la demanda de bienestar, provoque más miseria y menos equidad.

Por éstas y otras razones, la Red de Ética constituye un aporte desde la institucionalidad pública para la renovación de los principios y valores que darán sentido a nuestra sociedad; y este evento en particular, sienta los cimientos de lo que será una larga agenda de compromisos con el país y con las instituciones del Estado.

Nuestro mayor compromiso debe ser que los fundamentos sobre los cuales se estructura la filosofía de esta Red de Ética Pública sea el producto de una visión renovadora; sobre todo, pensada desde una perspectiva profundamente humana.

Muchas gracias

Foro y Debate

# DESARROLLO, TRANSPARENCIA E INTEGRIDAD EN LA GESTION PUBLICA

Organizado por:
La Procuraduría de la Administración y CEASPA
Panamá, 18 de julio de 2006

El desarrollo sustentable de un país sólo es posible cuando existe una conjunción de esfuerzos entre gobierno y sociedad para alcanzar metas que conduzcan a sus habitantes a estadios superiores de bienestar.

Esta unión de voluntades y esfuerzos entre gobierno y sociedad es lo que la moderna doctrina de la administración pública denomina "lo público", concepto que se contrapone a la histórica y tradicional separación entre lo público y lo privado.

Este nuevo concepto de "lo público" sugiere la colaboración entre dos actores principales: el gobierno, por una parte y la sociedad civil, por la otra; entendiendo por sociedad civil, la definición que nos brinda Francis Fukuyama al decir que es una "compleja mezcla de instituciones intermedias, incluyendo empresas, asociaciones voluntarias, instituciones educativas, clubes, sindicatos, medios de difusión, entidades caritativas e iglesias; se asienta a su vez en la familia, que es el instrumento primario mediante el cual el ser humano es socializado en su cultura y recibe las habilidades que les permite vivir en una sociedad más amplia".

Este Foro y Debate sobre Desarrollo, Transparencia e Integridad, organizado por CEASPA y la PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN, que comprende el tema de la descentralización de la competencia y función pública hacia los municipios, recoge de manera viva este nuevo concepto de lo público, que combina dentro de la gestión pública, nacional y municipal, la colaboración entre gobierno y sociedad civil.

Como todos sabemos, en las áreas urbanas del país, la pobreza total y la pobreza extrema, alcanzan su menor nivel (20.6% y 4.6% de la población respectivamente). En las áreas rurales, no indígenas, poco más de la mitad de la población vive en pobreza (54.2%) y una de cada cinco personas vive en pobreza extrema (22.3%). Sin embargo, en las áreas rurales indígenas, casi la totalidad de sus habitantes es pobre (95%), de los cuales 89.7% se encuentra en extrema pobreza.

Por esta razón es importante que al emprender proyectos de desarrollo lo hagamos con la mira puesta en el desarrollo humano sostenible, que Naciones Unidas define como "un desarrollo que no solo genera crecimiento económico, sino que distribuye sus beneficios equitativamente, que regenera el ambiente en lugar de destruirlo; que potencia a las personas en lugar de marginarlas. El desarrollo humano sostenible otorga prioridad a los pobres, ampliando sus opciones y oportunidades, y crea condiciones para su participación en las decisiones que los afectan. Es un desarrollo en pro del pobre, en pro de la naturaleza, en pro del trabajo, de las mujeres y los niños".

Una cosa es clara: para enfrentar los desafíos presentes y futuros del desarrollo en la afirmación de nuestra identidad nacional, se va a requerir de un esfuerzo nacional para esta nueva construcción. De hecho, en forma cada vez más evidente, tanto el gobierno nacional como los gobiernos locales y diversos sectores del país vienen trabajando en esta dirección; en la dirección del concepto de "lo público"; es decir, en mancuerna, gobierno-sociedad civil.

Sin embargo, ésto no es suficiente; porque para enfrentar los retos del desarrollo humano y hacerlo sostenible se requerirá una administración pública nacional y municipal capaz de brindar servicios públicos universales y de calidad que satisfagan las demandas y necesidades de los ciudadanos y las ciudadanas.

Para ello se requerirá de un nuevo tipo de servidor público nacional y municipal, que promueva principios y valores de solidaridad, responsabilidad, transparencia y moralidad. Un servidor público altamente profesionalizado, con liderazgo gerencial, con flexibilidad para adaptarse a los cambios continuos, capaz de superar y transformar los procesos administrativos clásicos y atrasados, en una gestión pública profesional, dinámica, eficiente, eficaz y transparente, que brinde servicios de calidad, que satisfaga las necesidades sociales, que administre con equidad y rinda cuentas a la comunidad.

De allí que no tengamos ninguna duda en calibrar en su justa medida eventos como el que hoy nos reúne, porque nos ayudan a recuperar y promover nuevas iniciativas.

Un adecuado programa de interacción municipal permanente y continuo, la profesionalización de los servidores públicos, así como el aprendizaje en procesos de planificación territorial permitirán a nuestros municipios potenciar la calidad de la gestión local, al elevar la capacidad técnica y profesional de los Alcaldes, Corregidores, Gobernadores y líderes comunitarios con el objeto de garantizar servicios adecuados a sus respectivas comunidades.

Amigas y amigos:
Como quiera que entre los temas que abordará este Foro, está el del proceso de descentralización de la competencia y función pública hacia los municipios; permítanme una breve reflexión sobre este tema.

A mi juicio, la realidad social y económica de los municipios indica que, para que la descentralización se haga efectiva; se deberán cumplir dos requisitos:

1) el establecimiento de políticas públicas definidas sobre el tema; y,
2) dada la pobreza de la gran mayoría de nuestros municipios, esas políticas públicas en materia de descentralización deberán enfocarse en las mancomunidades o asociaciones de municipios con características comunes, y no necesariamente en el municipio considerado individualmente.

Concluyo deseando a todas y a todos los participantes en este Foro una jornada pletórica de iluminados y creativos aportes y que sus conclusiones sirvan para darle renovados bríos a los proyectos y programas en ejecución, y al nacimiento de nuevos programas de desarrollo, para beneficio de cada una de sus comunidades y del país, teniendo siempre como objetivo el desarrollo humano sostenible, incluyente, participativo y solidario.

Muchas gracias

*Oscar Ceville,*
*Procurador de la Administración*

Calle 34, Ave. Cuba, La Exposición- Antiguo Palacio de Arte, Panamá, República de Panamá
Central Telefónica: (507) 500-3350/ Telefax: (507) 500-3309
www.procuraduria-admon.gob.pa