REPÚBLICA DE PANAMÁ
ÓRGANO JUDICIAL
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. PLENO.

Panamá, seis (6) de agosto de dos mil catorce (2014)

VISTOS:

Conoce el Pleno de la Corte Suprema de Justicia de **Demanda de Inconstitucionalidad** presentada por el licenciado Samuel Quintero Martínez, en su propio nombre contra el numeral 103 del artículo 210 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, que aprueba el estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, regula el procedimiento Administrativo o General y dicta disposiciones especiales

Luego de admitida la iniciativa constitucional presentada y dar cumplimiento a la sustanciación del mismo, de conformidad con los artículos 2563 y 2564 del Código Judicial, se procede al análisis de fondo respectivo (fs. 17-32).

FUNDAMENTOS DEL POSTULANTE

El Licenciado Samuel Quintero Martínez, fundamenta su pretensión en seis hechos, los cuales pasamos a resumir.

En la Gaceta Oficial No. 24109 de 2 de agosto de 2000 fue publicada la Ley No. 38 de 31 de julio de 2000, por medio de la cual se aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, se regula el Procedimiento Administrativo General y se dictan disposiciones especiales (hecho primero).

En el artículo 201 de la Ley No. 38 de 2000 se estableció un glosario de términos o conceptos para su debido entendimiento, entre el que se destaca el numeral 103 que brinda la definición de **Servidor Público** (hecho segundo)

En la definición de Servidor Público, queda el numeral 103 del artículo 210 de la Ley 38 de 2000, se indica que lo son aquellas personas que ejercen funciones, temporal o permanente, en cargos del Órgano Ejecutivo, Legislativo o Judicial, de los municipios, entidades autónomas o semiautónomas, que presta un servicio personal, **o aquellos particulares que por razones de su cargo manejen fondos públicos** y, en general, las que perciban renumeración del Estado (hecho tercero).

Con la expresión que se lee "o aquellos particulares que por razones de su cargo manejen fondos públicos" incluidas en el numeral 103 del artículo 210 de la Ley 38 de 2000 se adiciona un supuesto jurídico que no está contenido en la definición que de servidor público brinda la letra del artículo 299 de la Constitución Política de la República de Panamá (hecho cuarto).

El artículo 163 de la Constitución Política de la República de Panamá en el numeral 1, prohíbe a la Asamblea Nacional expedir leyes que contraríen su letra o espíritu (hecho quinto).

Si el constituyente patrio dio una definición constitucional, lo que la doctrina constitucionalista califica como interpretación auténtica, sobre lo que debe entenderse jurídicamente por servidor público y no delegó esta tarea en el legislador o diputado, no se deben incluir por la Ley inferior al texto Fundamental un aspecto o contenido distinto al literalmente sentado (hecho sexto).

TRANSCRIPCIÓN LITERAL DE LA DISPOSICIÓN O NORMA ACUSADA DE INCONSTITUCIONAL.

De acuerdo al postulante el artículo cuya declaratoria de inconstitucionalidad solicita, es el último párrafo del numeral 103, del artículo 201 de la Ley 38 de 2000.

> **"Artículo 201.** Los siguientes términos utilizados en esta Ley y sus reglamentos, deben ser entendidos conforme a este glosario:
>
> 1...
> 103. Servidor público. Persona que ejerce funciones, temporal o permanentemente, en cargos del Órgano Ejecutivo, Legislativo o Judicial, de los municipios, entidades autónomas o semiautónomas, que presta un servicio personal, **o aquellos particulares que por razones de su cargo manejan fondos públicos y, en general, la que perciba renumeración del Estado**. (lo Resaltado y subrayado es lo demandado)..."

INDICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES QUE SE ESTIMAN INFRINGIDAS Y EL CONCEPTO DE LA INFRACCIÓN

El postulante estima como disposiciones constitucionales infringidas los artículos 299 y 163 de la Constitución Política de Panamá.

Del artículo 299, sostiene que resulta violado en concepto de violación directa por comisión, porque la frase acusada de inconstitucional adiciona jurídicamente un supuesto de servidor público que no está contemplado en la definición realizada por el constituyente. Es decir, una Ley inferior al Texto Fundamental, suma a particulares en cargos públicos o que perciban renumeración del Estado, manejen fondos públicos.

En cuanto a la supuesta norma constitucional señalada como infringida, sostiene el demandante como concepto de infracción, la violación directa por comisión del numeral 1 de la norma citada (fs. 13)

De acuerdo al demandante, en sede constitucional, "El Órgano Legislativo para introducir un supuesto adicional que amplia la definición o entendimiento de lo que es un Servidor Público contrarió una prohibición constitucional expresa, contenida en el numeral 1 del artículo 163 del mismo Texto Fundamental, consiste en expedir una ley o norma que va en contra del sentido literal de lo que se ha definido para el concepto de Servidor Público por el mismo constituyente (fs. 13).

OPINIÓN DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

Al dar respuesta al traslado, el Procurador General de la Nación, estima "que la fase: "o aquellos particulares que por razones de su cargo manejen fondos públicos", no tiene vicios de inconstitucionalidad, porque la "adición o ampliación del concepto de servidor público no vulnera la Constitución Política, por cuanto no es desconocido que dadas las múltiples obligaciones que asume el Estado no siempre es posible que éste pueda realizar directamente la prestación de todos los servicios públicos, de donde surge lo que típicamente se denomina "delegación" que por lo general ocurre cuando el Estado delega en otro servidor público o en un particular, según el caso, la función de prestar un determinado servicio publico. Otro caso típico es "el contrato de concesión que puede celebrar el Estado con otra persona particular o privada para la explotación de los recursos que le pertenecen a éste como las riquezas del subsuelo, las salinas o las minas, entre otros recursos naturales, (v. artículo 257, numerales 5 y 6 de la Constitución Política).

Sostiene, igualmente, el señor Procurador que "el propio Estatuto Fundamental establece supuestos jurídicos en que El Estado puede delegar en otras personas inclusive particulares o privadas, la función de prestar un servicio publico por la necesidad o por la incapacidad para brindar un determinado servicio público; sin embargo ello no exime a los particulares de las responsabilidades que tiene el servidor publico, porque actúan como si fuere éste. En el caso del manejo de fondos públicos los particulares tienen iguales responsabilidades, precisamente porque tiene preeminencia el interés publico, por lo que es importante para El Estado que se administren los bienes públicos de la manera más correcta (fs. 21).

De otra parte sostiene, "que en el caso de que los particulares se dediquen al servicio público y que se incluye en la frase que se tilda de inconstitucional, de ningún modo resulta contraria a la definición de servicio público de la Constitución Política, en la medida que dicho supuesto jurídico de particulares puede ocurrir, eventualmente, cuando se haya confiado a éstos bienes del Estado, ya sea mediante concesión o delegación, en cuyo caso, por regla general, le son exigibles las mismas obligaciones y responsabilidades que tienen los servidores públicos..." (fs. 27).

Agrega, que "la responsabilidad de los particulares a los que se haya confiado un bien público, se hace extensiva en el ámbito penal. Tal es el caso del particular al que se le haya designado como depositario de caudales o efectos jurídicos que dé una ampliación o función publica distinta al que estuviera destinado y causa un agravio al servicio o función encomendado, podrá ser sancionado entre uno hasta tres años de prisión, (v. Artículos 342 y 343 del Código Penal vigente)(fs. 22)

FASE DE ALEGATOS

Dentro del término de publicación del edicto al que se refiere el artículo 2564 del Código Judicial, se recibieron argumentos escritos del licenciado Samuel Quintero Martínez (proponente de la demanda de inconstitucionalidad).

El licenciado Quintero Martínez, en su escrito de alegatos, sostiene que la definición que de servidor público brinda el numeral 103 del artículo 201 de la Ley 38 de 2000, indistintamente de apartarse del Texto Constitucional, crea una calidad de funcionario público diferenciada de aquellos que pueden ser nacionales, de aquellos que sean nombrados, de los que se someten a un régimen disciplinario y ético, y se les concedan cargas, obligaciones y derechos no calculados o dimensionados con exactitud. (fs. 31).

DECISIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Cumplidos los trámites pertinentes, la Corte procede al examen de la cuestión constitucional.

Como viene visto, la pretensión consiste en la declaratoria de inconstitucionalidad de la frase contenida en el numeral 103 del artículo 201, de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, es decir, "o aquellos particulares que por razones de su cargo manejen fondos públicos."

La Constitución Política de la República de Panamá, expresa en su artículo 299:

> "Son servidores públicos las personas nombradas temporal o permanentemente en cargos del Órgano Ejecutivo, Legislativo y Judicial, de los Municipios, entidades autónomas o semiautónomas; y en general, las que perciban renumeración del Estado:"

En ese orden de ideas, esta Superioridad ha desarrollado de manera explícita el alcance y sentido de la norma planteada, indicando que "...servidor público es el que ha sido nombrado para un cargo en los entes estatales que menciona la norma (constitucional) y que además, percibe un ingreso del Estado" , veamos:

> "Esta definición establece claramente que el amparo sólo procede contra actos definitivos emanados de un funcionario que tenga categoría de servidor público, requiriéndose además que esa orden de hacer o no hacer viole las garantías que consagra el texto constitucional. Por su parte, los artículos 2615, 2619 del Código Judicial, repiten esa condición de servidor o funcionario público.
>
> Al confrontar la definición de servidor público que nos da el artículo 299 de la Constitución Política, que establece lo siguiente: "Son servidores públicos las personas nombradas temporal o permanentemente en los cargos del Órgano Ejecutivo, Legislativo y Judicial, de los Municipios, entidades autónomas y semiautónomas; y en general, las que perciban remuneración del Estado", podemos destacar que servidor público es el que ha sido nombrado para un cargo en los entes estatales

> que menciona la norma y que además, percibe un ingreso del Estado.
> Siendo entonces, que la condición de servidor público es uno de los presupuestos fundamentales para que prospere la acción de amparo de garantías constitucionales, y en el caso en estudio, no se está atacando la decisión de un Tribunal Arbitral, sino una Resolución emitida por la Secretaria General del Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá, que no tiene la categoría de funcionario público, que además, no forma parte del Tribunal Arbitral y que sus funciones recaen en meros trámites para la formación de dicho tribunal; procede esta Corporación de Justicia a negarle el curso a la acción constitucional propuesta" (cfr. Fallo de 3 de abril de 2009, Corte Suprema de Justicia).

De igual manera, el Pleno de la Corte en sentencia de 10 de julio de 1998 señaló:

> "El sentenciador destaca de esta definición que servidor público es el que ha sido nombrado para un cargo en los entes estatales que menciona la norma y que, además, percibe un ingreso del Estado, de lo que resulta evidente que el Secretario Ejecutivo del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio no es un servidor público, toda vez que ese centro no es una entidad del Estado."

El servidor público, es aquella persona que presta servicios al Estado, por tanto administra, recursos del Estado, que son bienes pertenecientes a la sociedad en general. En ese sentido, se requiere del servidor público, un desempeño inspirado en principios de igualdad, moralidad, imparcialidad, eficacia, economía, celeridad y publicidad, debido a que el hecho de administrar recursos del Estado le confieren un comportamiento intachable, porque la sociedad, demanda honestidad, lealtad y transparencia en la administración pública.

Como puede apreciarse el literal acusado de inconstitucional, hace una paridad de servidor público y particulares como si fueran iguales, situación que

es equivocada, toda vez que no hay que perder de vista la calidad de las funciones del servidor público. Este debe ser nombrado en una entidad del Estado y recibir renumeración por el trabajo realizado, para que adquiera esa condición.

En esa dirección, no comparte el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, la opinión del Máximo Representante del Ministerio Público, por considerar, que aquellos particulares que administren fondos del Estado, que tengan una concesión con el Estado, o que brinden un servicio público, tal como es el Servicio Público de Transporte, de Electricidad, de Telefonía, entre otros servicios públicos, que el Estado ha dado en concesión o privatizado y en los cuales, inclusive mantiene acciones, y a pesar de brindar ese servicio público sus trabajadores no pueden considerarse servidores públicos, por lo tanto sus relaciones laborales son reguladas por el Código de Trabajo, de conformidad con el artículo 1 del referido texto, cuando expresa "regula las relaciones entre el capital y el trabajo".

En el caso de un servidor público, la relación de trabajo es regulada por el Código Administrativo o por la Ley Especial que regule a determinada Entidad.

En tanto que el castigo o pena, por el mal uso de los bienes del Estado, es regulado en el Código Penal, por el título de Delitos contra la Administración Pública, específica y claramente extiende la responsabilidad penal para aquellos particulares que por razón de sus funciones manejen fondos del Estado, también responderán penalmente por sus acciones (art. 343 C. P.), relacionado con los diferentes tipos de Peculado, pero no extiende responsabilidad para aquellos delitos de corrupción de servidores públicos, enriquecimiento injustificado, concusión y exacción, entre otros, los cuales son únicamente cometidos por las personas que tienen la calidad de servidores públicos.

Asimismo se tiene que mediante Ley 67 de 14 de noviembre de 2008, publicada en la Gaceta Oficial No. 26169 de 20 de noviembre de 2008, que desarrolla la Jurisdicción de Cuentas, y que está destinada precisamente a recuperar cualquier bien o dinero del Estado, que haya sido malversado producto de su administración o, a consecuencia del incumplimiento de un

contrato, define claramente que servidor público es considerado un empleado de manejo quien por la naturaleza de sus funciones recaude, reciba, maneje, invierta, custodie, cuide, controle, apruebe, autorice, o fiscalice fondos o bienes públicos y agente de manejo, es considerado a toda persona natural o jurídica que reciba, recaude, maneje, administre, invierta, custodie, controle, apruebe, autorice o pague por cualquier causa fondos o bienes públicos (Cfr. Artículo 2 de la Ley 67 de 2008). Como se constata, la ley de cuentas hace una diferenciación, de servidor público al cual denominada empleado de manejo y, el término de agente de manejo para referirse a cualquier particular que negocie con el Estado, quien sin ser un servidor público, celebra un contrato, para suministrar un servicio que el Estado debe brindar, pero que en modo alguno los hace servidores públicos.

Así por ejemplo es evidente que al celebrar una contratación con el Estado, el particular se ve inmerso en una gama de responsabilidades y supervisiones, como son un control previo y control posterior en la Contraloría General de la República, una licitación pública, transparencia, publicidad, así como cualquier cláusula que sea establecida en el contrato, o pliego de peticiones, pero esos son requisitos y condiciones a las que se someten las personas naturales y jurídicas que negocien con el Estado, y esas obligaciones o condiciones que deben cumplir no los convierten en servidores públicos.

Lo anterior obedece a que un contrato público consiste en "un acuerdo de voluntades, celebrando conforme a Derecho, entre dos entidades estatales o un ente estatal en ejercicio de la función administrativa y un particular, sea persona natural o jurídica o consorcio o asociación accidental, nacional o extranjero, del cual surgen derechos y obligaciones para ambas partes y cuya finalidad es de carácter público" (Cfr. Artículo 2, numeral 17 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006).

De igual manera, esas personas naturales y jurídicas, están sometidas penalmente, haciendo extensivo en los delitos contra la administración pública (peculado), porque la norma tutela los intereses del Estado, y el bien protegido, resulta ser el Estado, de allí que por esa razón están sometidos a controles, fiscalizaciones, supervisiones, escrutinios, y en fin a que sea público y transparente, cualquier concesión, construcción que se haga para el Estado.

En ese sentido, a juicio del Pleno no se debe confundir la calidad de servidor público con el hecho de que la persona desempeñe una actividad que guarde relación con las funciones de administrar justicia "como por ejemplo acontece en el caso de los liquidadores de un banco, contra los cuales se ha pretendido interponer demandas de amparo como si fueran funcionarios públicos y respecto a lo cual esta Superioridad ha reiterado que no son funcionarios público, sino mandatarios de una sociedad en liquidación (Cfr. Sentencia de 2 de octubre de 1991, EXPORT BUSINESS vs. Liquidadores de Banco Sur). (Cfr. Sentencia del Pleno de 10 de julio de 1998), o con aquellas personas naturales o jurídicas que hayan celebrado con el Estado contrato de arrendamiento, concesión, desarrollo de construcciones o servicios.

De allí que, la definición de servidor público incluida en el artículo 123 numeral 103, el párrafo que incluye a los particulares que manejen fondos o que celebren contrataciones públicas, en fin cualquier particular que tenga relación con el Estado, colisione con la definición que establece la Constitución Nacional, de servidor público, porque como hemos venido expresando estos son nombrados por el Estado y, prestan un servicio por el cual recibe una remuneración y un particular que maneje fondos o que celebre contratos con el Estado no es un servidor público, no está nombrado en ningún cargo público, ni forma parte de la planilla estatal.

Es obvio, también la comprobación de la infracción del artículo 163 de la Carta Política, en atención a las razones arriba señaladas.

PARTE RESOLUTIVA

Por las consideraciones anteriores la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, PLENO**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara que es **INCONSTITUCIONAL**, la frase **"o, aquellos particulares que por razones de su cargo manejan fondos públicos"**, contenida en el último párrafo del numeral 103 del artículo 201 de la Ley No. 38 de 31 de julio de 2000, "Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, regula el Procedimiento Administrativo General y dicta disposiciones especiales, incluida en la definición de servidor público.

Notifíquese,

HARRY A. DÍAZ
Magistrado

LUIS R. FÁBREGA S.
Magistrado

JERÓNIMO MEJÍA E.
Magistrado

HARLEY MITCHELL D.
Magistrado

ALEJANDRO MONCADA LUNA
Magistrado

OYDÉN ORTEGA DURÁN
Magistrado

JOSÉ E. AYÚ PRADO CANALS
Magistrado

VÍCTOR L. BENAVIDES
Magistrado

(CON SALVAMENTO DE VOTO)

SECUNDINO MENDIETA
Magistrado

YANIXSA Y. YUEN C.
Secretaria General

SECRETARÍA GENERAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

En Panamá a los 18 días del mes de Septiembre del año 2018 a las 4:06 de la tarde Notifico a la Procuradora General de la Nación de la resolución anterior.

Firma de la Notificada

H/1

ENTRADA No. 553-10. Magdo. Harry A. Díaz.

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD PROMOVIDA POR EL LICENCIADO SAMUEL QUINTERI MARTÍNEZ EN SU PROPIO NOMBRE CONTRA EL NUMERAL 103 DEL ARTÍCULO 210 DE LA LEY 38 DE 31 DE JULIO DE 2000, QUE APRUEBA EL ESTATUTO ORGÁNICO DE LA PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN, REGULA EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO O GENERAL Y DICTA DISPOSICIONES ESPECIALES.

SALVAMENTO DE VOTO

Con el respeto acostumbrado, paso a explicar las razones por las que me distancio de la decisión de mayoría.

Como vemos, la acción pretende que se declare inconstitucional parte del numeral 103 del artículo 201 de la Ley 38 de 2000, sobre Procedimiento Administrativo. El demandante sostiene que la norma es contraria al artículo 299 y 163 de la Constitución Política, pues en ésta se establece una noción de "servidor público" que no contenida en la definición que hace el artículo 299 de la Constitución Política. En concreto, señala que la alusión a que servidores públicos lo son también *"aquellos particulares que por razones de su cargo manejen fondos públicos y, en general, las que perciban remuneración del Estado"*, es violatoria del referido artículo 299 constitucional así como del artículo 163 del Texto Fundamental pues de acuerdo con éste último le está prohibido a la Asamblea Nacional expedir leyes que contraríen la letra y el espíritu del Estatuto Fundamental.

El fallo de mayoría acoge la posición del demandante bajo la consideración de que el sentido y alcance del artículo 299 de la Constitución indica que *"...servidor público es el que ha sido nombrado para un cargo en los entes estatales que menciona la norma (constitucional) y que además, percibe un ingreso del Estado"*. En otras palabras, de acuerdo con el fallo, el párrafo del numeral 103 del artículo 200 de la Ley 38 de 2000 *"hace una paridad de servidor público y particulares como si fueran iguales"*, consideración que según se argumenta *"es equivocada, toda vez que no hay que perder de vista la calidad de las funciones del servidor público. Este debe ser nombrado en una entidad del Estado y recibir remuneración por el trabajo realizado, para que adquiera esa condición"*.

47

No obstante lo anterior, estimo necesario acotar lo siguiente:

De acuerdo con el tenor literal del artículo 299 del Texto Fundamental *"son servidores públicos las personas nombradas temporal o permanentemente en cargos del Órgano Ejecutivo, Legislativo y Judicial, de los Municipios, entidades autónomas y semiautónomas; y en general, las que perciban remuneración del Estado".*

El concepto literal que recoge la disposición constitucional, corresponde a lo que la doctrina le denomina *noción restringida* de "servidor público", es decir, aquella que considera que servidor público es aquel que ocupa un cargo público y percibe remuneración del Estado.

No cabe duda que la anterior es la lectura más cónsona con el tenor literal de la norma y es la que esta Corte ha adoptado en fallos anteriores. Es decir, el concepto *restringido* de servidor público.

Ahora bien, aunque la interpretación literal nos ofrece una definición apegada con el concepto primario de servidor público , lo cierto es que como se ha señalado a la largo de la tradición jurisprudencial de este Pleno, a la hora de abocarnos al examen de la constitucionalidad de las normas demandadas, no puede el Pleno limitarse al estudio de la sola norma aducida sino que debe hacerse conforme al conjunto normativo de la Constitución y en atención a los valores republicanos que ésta recoge.

En esa dirección, debe considerarse entonces que el examen de la constitucionalidad de la norma demandada, es decir, el párrafo del numeral 103 del artículo 200 de la Ley 38 de 2000, no se agota con la valoración literal del artículo 299 de la Constitución. Muy por el contrario, precisa de un examen cuidadoso que contemple el resto de normas constitucionales que informan el sentido y alcance que ha querido el constituyente otorgar al concepto jurídico de "servidor público".

En ese sentido, puede observarse que el Texto Fundamental no sólo se refiere a los servidores públicos en el referido artículo 299. En la Constitución se encuentran establecidas distintas disposiciones que hacen alguna referencia a éstos y en muchas de estas normas se consagran enunciados que identifican

48

con claridad quiénes son servidores públicos y en otros se contemplan preceptos que amplían el marco constitucional en torno al sentido y alcance del concepto de "servidor público".

Así, al margen del concepto genérico prescrito en el artículo 299 fundamental, de acuerdo con el Título XI de la Constitución, son servidores públicos:

1. Aquellos que ingresan a la función pública a través de alguno de los regímenes de carrera listados en el artículo 305, mediante sistema de méritos (art. 302).

2. El Presidente y el Vicepresidente de la República, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, de los Tribunales Ordinarios y Especiales, el Procurador de l Nación y el de la Administración, los Jueces, los Ministros de Estado, el Contralor de la República, el Presidente de la Asamblea, los Magistrados del Tribunal Electoral, el Defensor del Pueblo, los Directores Generales, Gerentes o Jefes de Entidades Autónomas, los Directores Nacionales y Provinciales de los Servicios de Policía (art. 304)

3. Los empleados y funcionarios públicos de manejo conforme al Código Fiscal (art. 304).

    a. Es función de la Contraloría General de la República, a través del Tribunal de Cuentas, el juzgamiento de las cuentas de los agentes y servidores públicos de manejo cuando surjan reparos por razón de supuestas irregularidades (art. 280 numeral 13).

4. Los servidores públicos que no forman parte de alguna carrera pública (art. 307).

    a. Directores y Subdirectores Generales de entidades autónomas y semiautónomas, los servidores públicos nombrados por tiempo determinado o por períodos fijos establecidos por la Ley o los que sirvan cargos ad honorem.

    b. El personal de la secretaría y de servicio inmediatamente adscrito a los servidores públicos que no forman parte de ninguna carrera.

    c. Los servidores públicos con mando y jurisdicción que no estén dentro de una carrera.

49

d. Los profesionales, técnicos o trabajadores manuales que se requieran para servicios temporales, interinos o transitorios en los Ministerio o las instituciones autónomas y semiautónomas.

e. Los servidores públicos cuyos cargos estén regulados por el Código de Trabajo.

f. Los Jefes de Misiones Diplomáticas que la Ley determine.

Como queda visto, a los efectos de encontrar una definición constitucional al concepto de "servidor público", es imprescindible observar de forma integral las normas del Texto Constitucional. Tales disposiciones permiten distinguir en sentido amplio que servidor público es toda aquel individuo que mantiene una relación jurídica de vinculación con el Estado; vinculación que se concreta más allá del solo nombramiento, sino de acuerdo con la actividad que se desarrolla o el servicio que se presta, en atención al mecanismo de ingreso a la función pública (mediante sistema de meritos o discrecionalidad de la autoridad nominadora, de acuerdo a la función política que se desempeña (por elección popular), y/o si los cargos que se ocupan son permanentes, interinos, temporales, transitorios, etc.

Dentro de este esquema, de *acuerdo a la actividad o servicio que se presta* encontramos a los *empleados y funcionarios públicos de manejo que contempla el artículo 304 de la Constitución.*

De acuerdo con la Ley 32 de 1984, Orgánica de la Contraloría General de la República, la figura del empleado de manejo es la condición del servidor público o empleado de una empresa estatal facultado por ley para contraer obligaciones económicas, ordenar gastos y extinguir créditos a nombre o en representación de una entidad o dependencia del Estado o empresa estatal (art. 17); de igual manera el empleado de manejo puede ser aquella persona que sin ser funcionario público recauda, paga dinero de una entidad pública o en general, administra bienes de ésta.

Este mismo orden de prescripción lo encontramos en el Código Fiscal, en los artículo 1088 al 1102, en donde se contempla que los empleados y agentes

de manejo (público o privados) son aquellos que tiene a su cuidado, o bajo custodia o control, fondos del Tesoro Nacional[1].

Desde esta perspectiva, debe entenderse que servidores públicos no son sólo aquellos que derivan de la definición restringida que ofrece el artículo 299 de la Constitución Política, sino que también abarca, entre otros, a aquellos individuos que tienen bajo su custodia, control o cuidado, fondos públicos. Éstos son servidores en cuanto ejercen una función pública –de manejo- sobre fondos del Estado.

El concepto amplio de servidor público, nos dice Enrique Sayagues Laso:

> "[...] parece preferible y más exacto un concepto amplio de funcionario público, comprensivo de todos los individuos que actúan en las entidades estatales.
>
> Se justifica sobradamente ese criterio ya que por el solo hecho de incorporarse a una entidad estatal, las personas que actúan para la misma quedan investidas con un régimen jurídico que presenta muchos caracteres comunes. Surge así, naturalmente, el concepto amplio de funcionario público.
>
> Por otro lado, el derecho positivo de todos los países recogen el concepto amplio, sea a los efectos penales derivados de la actividad funcional, o a fines jubilatorios, o para determinar la responsabilidad patrimonial y disciplinaria, etc.
>
> es cierto que no todas las personas que entran en el concepto amplio de funcionario público están sometidas a un mismo régimen jurídico. Pueden individualizarse muchas categorías de funcionarios. Así, hay funcionarios gobernantes y no gobernantes; permanentes, a término y temporarios; judiciales y administrativos, y entre éstos, civiles, policiales, militares, etc.; hay quienes hacen de la función pública su carrera profesional y quienes la ejercen accidentalmente; etc. Pero cualesquiera sean las diferencias entre unas y otras, todos son funcionarios públicos.
>
> Restringir el concepto crea dificultades innumerables, no sólo por la imposibilidad de hallar un criterio claro para distinguir quien son funcionarios y quienes no, según lo hemos visto precedentemente, sino porque los resultados no se ajustan a la realidad. Prueba de ello se tiene en los esfuerzos interpretativos que luego hay que hacen para aplicar a los no funcionarios muchas disposiciones que, según su texto claro, se refieren exclusivamente a los funcionarios.
>
> Por otro lado, el examen del derecho comparado muestra que en la mayoría de los países se utilizan indistintamente las expresiones "funcionario" y "empleado público" y otras que tienen un significado análogo. En consecuencia, no parece lógico distinguir allí donde el derecho no distingue, máxime que doctrinalmente no existen motivos para hacerlo"[2].

Bajo este razonamiento, respetuosamente estimo que el numeral 103 del artículo 201 de la Ley 38 de 2000, no es inconstitucional, pues, como se ha visto la Constitución Política sí contempla la figura del servidor que manejo fondos

---

[1] Al respecto, se ha pronunciado la Sala Tercera de la Corte en Fallos de 4 de enero de 2011 y 24 de mayo de 2010.

[2] SAYAGUES LASO, Enrique, *Tratado de Derecho Administrativo*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2002, pp. 253-255.

públicos. Concepto que valga decir es el que ha adoptado indirectamente la legislación nacional, entre otros, en el Código Fiscal, la Ley 32 de 1984, que rige la Contraloría General de la República, y el resto de normas penales y administrativas que cita el fallo.

Por lo expuesto, soy de la opinión que la norma acusada no es inconstitucional, ya que de una lectura integral se infiere que el Texto Constitucional tanto recoge la noción restringida de servidor público (artículo 299), como contempla una nutrida variedad de características que distinguen el concepto de servidor público, más allá de la simple relación dada por el nombramiento y el ejercicio de una función pública. Así pues, SALVO MI VOTO.

Respetuosamente,

Víctor L. Benavides P.

VÍCTOR L. BENAVIDES PINILLA

Magistrado

YANIXA Y. YUEN C.

Secretaria General