



63

**REPÚBLICA DE PANAMÁ
ÓRGANO JUDICIAL
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – PLENO**

PANAMÁ, VEINTIOCHO (28) DE OCTUBRE DE DOS MIL VEINTE (2020)



VISTOS:

La Corte Suprema de Justicia, Pleno, conoce de la acción de inconstitucionalidad presentada por la Licenciada Cinthya del Carmen Patiño Martínez en su propio nombre, para que se declare inconstitucional el artículo 77 y parcialmente el artículo 140 del Decreto Ejecutivo 138 de 4 de mayo de 2015 “Que reglamenta el Título X del Decreto Ley 3 de 22 de febrero de 2008, que crea el Servicio Nacional de Migración y la Carrera Migratoria y deroga el Decreto Ejecutivo 40 de 16 de marzo de 2009 y el Decreto Ejecutivo 112 de 24 de febrero de 2014”, publicado en Gaceta Oficial N°27777-B de 11 de mayo de 2015.

Atendido el procedimiento correspondiente, procede esta Superioridad a emitir su pronunciamiento sobre la constitucionalidad o no de los preceptos legales acusados.

NORMAS ACUSADAS DE INCONSTITUCIONAL

La accionante adujo como inconstitucionales el artículo 77 y la frase del numeral 3, del artículo 140 del Decreto Ejecutivo 138 de 4 de mayo de 2015, los que expresan:

Artículo 77. El servidor público de Carrera Migratoria que se acoja a jubilación o pensión, no será considerado como personal en servicio activo, y será desacreditado del Régimen de Carrera Migratoria.

Artículo 140. La condición de servidor público de Carrera Migratoria se perderá por las siguientes causas:

1. Renuncia voluntaria manifestada por escrito y aceptada expresamente.

64

2. Resultado positivo de prueba de consumo de drogas ilícitas, luego de permitirle un proceso de rehabilitación del uso de drogas por el término de dos (2) años.
3. **Jubilación, pensión por vejez e invalidez permanente.**
4. Condena con motivo de delito doloso, impuesta mediante sentencia ejecutoriada. (la frase resaltada es la demandada)

DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES VULNERADAS Y CONSECUENCIA DE LA INFRACCIÓN

La activadora constitucional sostuvo que el artículo 77 acusado infringe el artículo 300 de la Constitución Política, cuyo tenor expresa: *los servidores públicos serán de nacionalidad panameña sin discriminación de raza, sexo, religión o creencia y militancia política. Su nombramiento y remoción no será potestad absoluta y discrecional de ninguna autoridad, salvo lo que al respecto dispone esta Constitución. Los servidores públicos se regirán por el sistema de méritos; y la estabilidad en sus cargos estará condicionada a su competencia, lealtad y moralidad en el servicio.*

Indicó, que la violación se origina al establecerse un requisito adicional a los que señala el Estatuto Fundamental, para la estabilidad o estatus de carrera migratoria como es el hecho de no tener la condición de jubilado o pensionado.

Acotó, que los servidores públicos de migración deben cumplir una serie de requisitos antes ingresar a la carrera migratoria, tales como: periodo de prueba o experiencia en el cargo; demostrar conocimiento de la legislación migratoria a través de exámenes, diplomados o cursos relacionados con dicha materia; además, del perfil académico, título de bachiller o universitario, evaluaciones de desempeño para parte de los superiores jerárquicos, de conformidad con lo que dispone el artículo 300 de la Constitución Política. De allí, que el requisito de no tener la condición de jubilado o pensionado no está contemplado en la norma suprema.

De igual manera señaló, que se vulnera el artículo 307 de la norma fundamental, que precisa:

No forman parte de las carreras públicas.

1. *Los servidores públicos cuyo nombramiento regula esta Constitución.*

65

2. Los Directores y Subdirectores Generales de entidades autónomas y semiautónomas, los servidores públicos nombrados por tiempo determinado o por períodos fijos establecidos en la Ley o los que sirvan cargos ad honorem.
3. El personal de secretaría y de servicio inmediatamente adscrito a los servidores públicos que no forman parte de ninguna carrera.
4. Los servidores públicos con mando y jurisdicción que no estén dentro de una carrera.
5. Los profesionales, técnicos o trabajadores manuales que se requieran para servicios temporales, interinos o transitorios en los Ministerios o en las instituciones autónomas semiautónomas.
6. Los servidores públicos cuyos cargos estén regulados por el Código de Trabajo.
7. Los Jefes de Misiones Diplomáticas que la Ley determine.



La infracción fue sustentada en que se adiciona como nuevo criterio para excluir a servidores públicos de la carrera migratoria, el hecho de acogerse a la pensión de jubilación o de cualquier otro tipo otorgada por la Caja de Seguro Social.

Por otra parte manifestó, que la frase del numeral 3 del artículo 140 demandado, conculta el artículo 19 de la Constitución Política, toda vez que desmejora las condiciones laborales y derechos adquiridos de los servidores públicos jubilados o pensionados del Servicio Nacional de Migración; de allí que la pérdida de la condición de servidor público de carrera migratoria origina una desprotección al no tenerse estabilidad laboral en los cargos, situación que los coloca como personal de libre remoción y de la cual han devenido destituciones con la aplicación de esta norma legal.

OPINIÓN DEL PROCURADOR DE LA ADMINISTRACIÓN

El Procurador de la Administración, Doctor Rigoberto González Montenegro en la Vista Fiscal N°265 de 19 de febrero de 2020, solicitó a esta Corporación de Justicia que declare que son inconstitucionales el artículo 77 y la frase demandada del numeral 3, del artículo 140 del Decreto Ejecutivo 138 de 4 de mayo de 2015, según las siguientes consideraciones:

En primer lugar afirmó, que la frase acusada del numeral 3 del artículo 140, establece una situación de discriminación y desigualdad en perjuicio de quienes se encuentren en estado de jubilación o de pensión por vejez, puesto que se

66

constituye en una causal de pérdida de la condición de servidor público de carrera migratoria, lo que se traduce en la vulneración del artículo 19 de la Constitución Política.

Al respecto, se refirió a los pronunciamientos previos que esta Superioridad ha dictado sobre la interpretación del principio de igualdad ante la ley, anque va dirigida a regular determinados aspectos de la vida social, para que que introduzca ante situaciones que son iguales tratamientos diferenciados; de allí, que la igualdad es ante situaciones iguales y desigualdad ante situaciones que no tienen ese carácter, es decir, justicia distributiva.

En lo concerniente a la lesión al orden constitucional que deviene del artículo 77 demandado, esgrimió que vulnera el artículo 300 de la Carta Fundamental puesto que este precepto establece que la estabilidad se perderá si el servidor público no actúa con competencia, lealtad y moralidad en el servicio. Sobre este aspecto, aludió a las sentencias de este Pleno de 28 de septiembre de 2007 y de 11 de agosto de 2014, en las que se explicó que la desacreditación del régimen de carrera de los funcionarios públicos que se hayan acogido a una pensión por vejez o jubilación constituye el desconocimiento de un derecho adquirido, lo que supera la norma constitucional.

Sumado a lo esbozado, precisó que la desacreditación de un funcionario que pertenece a un régimen de carrera pública, tendrá lugar por el incumplimiento de los mismos requerimientos, que en principio, sirvieron de fundamento para su incorporación a dicho régimen, según el artículo 300 de la Constitución Política; por tanto, se podría desacreditar a un servidor público de carrera migratoria de dicho régimen por los mismos hechos que darían mérito a la entidad nominadora para desvincular a cualquier otro funcionario que no ostente la condición de jubilado o pensionado.

Por último acotó, que el artículo 307 de la Constitución Política enlista cuáles son los servidores públicos que no forman parte de las carreras públicas,



67

de lo cual se colige, que el jubilado no está comprendido en esa categoría, en tanto, si el constituyente no lo previó, el legislador no puede incluirlo.

FASE DE ALEGATOS

Este Tribunal Constitucional fijó el negocio en lista y publicó el edicto por el término de tres días con el propósito que la activadora constitucionalizada toda persona interesada presentaran sus argumentos por escrito, según lo establecido en el artículo 2564 del Código Judicial, sin embargo, no se formularon alegatos.



DECISIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Procede este Máximo Tribunal a dictar su pronunciamiento, previo análisis de los cargos de inconstitucionalidad, la opinión del Procurador de la Administración, e igualmente luego de confrontar el precepto legal y la frase acusada con todo el texto constitucional.

En primer lugar anotamos, que el artículo 77 del Decreto Ejecutivo 138 de 4 de mayo de 2015, excluye a las personas que adquieran el derecho adquirido de jubilación o pensión por vejez, del personal en servicio activo y las desacredita del régimen de carrera migratoria.

Asimismo, la frase demandada del numeral 3 del artículo 140 del Decreto Ejecutivo 138 de 4 de mayo de 2015 fija como causa para perder la condición de servidor público de carrera migratoria, la jubilación y pensión por vejez.

Puntualizado lo anterior, nos corresponde examinar si el precepto legal y la frase acusados originan una lesión al orden constitucional, luego de examinarlos no solo con las normas supremas aducidas por el accionante tales como, los artículos 19, 300 y 307, sino también con todo el Estatuto Fundamental, de conformidad con el principio de universalidad (de interpretación constitucional).

Constata este Pleno que el artículo 300 de la norma suprema establece el sistema de méritos para los servidores públicos y fija como presupuestos que deben cumplirse para la estabilidad en el cargo, la competencia, lealtad y moralidad en el ejercicio de sus funciones.

68

Por otra parte, el artículo 307 de la Constitución Política enlista las carreras en la función pública, de conformidad con los principios del sistema de méritos y en el numeral 9 deja la lista abierta, al disponer que la ley puede determinar otras carreras públicas.

Así las cosas, según lo que establecen los artículos 300 y 301 de la Constitución Política, se creó la carrera migratoria para los servidores públicos del Servicio Nacional de Migración mediante Decreto Ley 3 de 22 de febrero de 2008, el que establece un régimen laboral especial con fundamento en los criterios de igualdad, mérito, honestidad, transparencia, capacidad y eficiencia (artículo 99).

De igual manera, el artículo 100 lex cit., expresa que el ingreso de los servidores públicos a la carrera migratoria estará condicionado a procedimientos de selección según su capacidad, competencia profesional, mérito, moral pública, igualdad de oportunidades y condiciones psicofísicas, aspectos que serán acreditados a través de instrumentos válidos, idóneos y pertinentes de medición, según lo establezca la reglamentación que se dicte para tales efectos.

Vemos entonces, que la carrera migratoria otorga a los servidores públicos que a ella ingresen, previo cumplimiento en el proceso de reclutamiento y selección de los procedimientos y requisitos requeridos para tal fin, una serie de derechos, obligaciones y también determina cuales son las prohibiciones en el ejercicio de sus cargos.

Queda claro que el ingreso a la carrera migratoria se fundamenta al igual que las otras carreras públicas, en el sistema de méritos, el que excluye a los servidores públicos con este estatus, de la discrecionalidad de libre nombramiento y remoción de la autoridad nominadora.

En este contexto, cabe manifestar que uno de los derechos que le asiste al funcionario de carrera migratoria, es la estabilidad laboral (artículo 43, numeral 1 del Decreto Ejecutivo 138 de 4 de mayo de 2015), siendo ésta, la protección que



69

brinda la ley frente a la terminación de la relación laboral, de allí, que solo es posible la destitución o aplicación de alguna otra medida disciplinaria, cuando medie causa prevista en la ley y siempre que se cumpla con el procedimiento formalidades que la misma dispone.



Para esta Superioridad es de relevancia referirse al derecho a la estabilidad en el cargo, porque es un aspecto que guarda conexión con el análisis que realizamos del artículo 77 y del numeral 3 del artículo 140 del Decreto Ejecutivo 138 de 4 de mayo de 2015, toda vez que estos preceptos normativos demandados, con la exclusión y desacreditación planteada, colocan al servidor público de carrera migratoria que se acoja al derecho adquirido de jubilación o pensión por vejez, bajo la discrecionalidad de la autoridad nominadora.

De forma diáfana podemos afirmar, que la inamovilidad en el cargo de los funcionarios de carreras públicas está supeditada a la supremacía de la Constitución Política, al establecerse en el artículo 300 que la misma se encuentra sujeta a la competencia, lealtad y moralidad en el ejercicio de los cargos públicos.

Resulta evidente para este Tribunal Constitucional la lesión devenida de la reglamentación contemplada en el artículo 77 y numeral 3 del artículo 140 del Decreto Ejecutivo 138 de 4 de mayo de 2015, al desatender los parámetros y límites fijados en la norma suprema, que refieren a los principios rectores del sistema de méritos.

Así las cosas, de ninguna manera puede concebirse que al ejercerse el derecho a jubilarse o pensionarse por vejez, siendo éstos derechos adquiridos, implique la pérdida de la condición de funcionario de carrera pública, que ha sido reconocida previo cumplimiento de los requisitos exigidos para tales efectos, lo que además tiene como consecuencia, la afectación de la estabilidad en el cargo.

Queda claro que esta exclusión y desacreditación dispuestas en las normas que se examinan, rebasa el límite determinado por la norma superior, siendo ésta

70

la que vincula el desarrollo del ordenamiento jurídico y los actos de todo servidor público, al ser la fuente suprema de la ley que impone la obligatoriedad de cumplir con sus preceptos, así también ordena los poderes del Estado y determina los límites en el ejercicio del poder.



Por otra parte, los preceptos legales acusados vulneran además el artículo 307 de la Constitución Política, toda vez que incorporan a través de la reglamentación, una condición de servidor público, es decir, a los jubilados y pensionados por vejez (que decidan seguir laborando), como aquellos que no pueden formar parte de las carreras públicas.

Nótese que esta norma constitucional es clara al establecer una lista cerrada, que no permite que la ley pueda agregar a ese enunciado a otros funcionarios como vedados para ser parte de alguna carrera pública.

Cabe indicar, que esta Corte Constitucional se ha pronunciado en igual sentido en causa similar, así nos permitimos citar un extracto de la sentencia de 23 de noviembre de 2015:

"El derecho a estabilidad en el cargo, como es común en la vertiente clásica del Derecho Público, se adquiere siempre que el funcionario haya ingresado a la función pública a través de un examen de mérito que, una vez superado satisfactoriamente, y cumplido el procedimiento a tal efecto, acredita al funcionario dentro del régimen de Carrera Administrativa respectivo. Así, desde el momento de que el funcionario es acreditado formalmente como miembro de la Carrera Administrativa, se entiende que el mismo pasa a ser acreedor de ciertos derechos, deberes y prohibiciones establecidos en el ordenamiento jurídico; entre los derechos se encuentra el concerniente a la estabilidad o inamovilidad en el cargo del empleado público.

...

Siendo que la garantía de inamovilidad del funcionario encuentra sus límites en la Constitución y la Ley, resulta de suyo reconocer que si bien el funcionario tiene el derecho a desempeñar el cargo y gozar de las prerrogativas y privilegios que le confiere la ley, éste puede ser alejado temporalmente de sus funciones, como medida disciplinaria, o ser desvinculado de su cargo en forma definitiva en calidad de sanción por hechos previstos en la ley, previo cumplimiento del procedimiento disciplinario. Como puede apreciarse, lo anterior no tiene nada que ver con la condición de jubilado o pensionado que pueda tener el servidor público, ya que éstos como cualquier otro empleado público amparado, o no, por

71

algún régimen de Carrera Administrativa o por disposición legal expresa que conceda la garantía de inamovilidad de conformidad con algún valor de superior jerarquía protegido por la Constitución (así, derecho de las personas con discapacidad, etc.), pueden ser sujeto de medidas disciplinarias que pongan fin a su relación con la institución pública".



Luego de este análisis, esta Superioridad ha evidenciado lo esbozado, la norma y frase demandadas son lesivas a la prohibición de no discriminación contemplada en el artículo 19 de la Constitución Política, al crear una distinción que no es proporcional ni razonable, entre los funcionarios que han ingresado a la carrera migratoria por el sistema de méritos y aquellos que, siendo parte de esta carrera pública deciden acogerse al derecho a la jubilación o pensión por vejez, pero siguen ejerciendo sus cargos en el Servicio Nacional de Migración.

Lo anterior denota de manera diáfana un trato diferenciado y discriminatorio entre iguales, es decir, entre todos aquellos servidores públicos que son parte de la carrera migratoria, al establecer la jubilación o pensión por vejez como causal de desacreditación de la carrera y para dejar de ser considerado como parte del personal activo del Servicio Nacional de Migración, aun cuando todos cumplieron con los requisitos, procedimientos y formalidades para adquirir la condición de funcionarios adscritos a dicha carrera pública.

En este sentido, las causales para poder ser desacreditado, deben ser aplicadas en igualdad de condiciones a todos los servidores públicos de carrera migratoria que se encuentren como parte del personal activo, indistintamente que sea jubilado o pensionado por vejez.

Sobre el trato discriminatorio compartimos lo manifestado por el autor Mario Madrid-Malo Garizábal, en su obra Derechos Fundamentales, tercera edición, Panamericana Editorial, 2004, página 152: "*La diferenciación es discriminatoria cuando carece de una justificación objetiva y razonable a la luz de los valores, principios y derechos reconocidos por la normativa constitucional. Hay discriminación cuando una condición personal o circunstancia social que carece*

72

de importancia o significación jurídica se toma en cuenta para dar un tratamiento diferencial adverso o negativo”.

Esta Corporación de Justicia ha precisado de forma ~~regulativa~~ en pronunciamientos previos sobre la no discriminación, lo que citamos en lo ~~medular~~ del fallo de 8 de enero de 2004:



"El primero de ellos se refiere a la interdicción de manifestaciones discriminatorias por razón, entre otras, de nacimiento. El principio constitucional ha sido objeto de copiosa jurisprudencia, como se indicará, y se desdobra en dos manifestaciones: la existencia del principio de igualdad (artículo 20) y la prohibición de discriminación por razón de raza, nacimiento, clase social, sexo, religión o ideas políticas (artículo 19), ambos de la Constitución Política.

Este Pleno ha señalado en varias ocasiones que la recta interpretación del principio de igualdad ante la ley conduce a que ésta, al regular determinados aspectos de la vida social, no introduzca, ante situaciones que son iguales, tratamientos diferenciados. No estatuye, por lo tanto, un principio de igualdad matemática, sino de igualdad ante situaciones iguales y, naturalmente, desigualdad ante situaciones que no tengan ese carácter, es decir, de justicia distributiva. Esta aproximación del principio de igualdad, también ha señalado este Pleno, implica, además, que el principio de proporcionalidad ordena que las diferenciaciones, para que sean lícitas constitucionalmente, tengan una base objetiva que conduzcan a la racionalidad del trato diferenciado, y que, además, sean razonables, con lo que se asienta en el principio de "interdicción a la excesividad", en expresión del jurisconsulto alemán KARL LARENZ.

Desde su otra perspectiva, que es el que denuncia el demandante, la interdicción de los tratos discriminatorios en las manifestaciones del Poder Público, ha señalado el Pleno, también en innumerables ocasiones, lo que antes se ha destacado, es decir, el tratamiento no discriminatorio implica un tratamiento igualitario de las personas, naturales o jurídicas, que se encuentren en una misma situación, objetivamente considerado, y, por ello cae fuera de su marco desigualdades naturales o que responden a situaciones diferenciadas; ... "

En virtud del análisis y las consideraciones explicadas este Tribunal Supremo concluye que el artículo 77 y la frase "jubilación, pensión por vejez" del artículo 140, numeral 3 del Decreto Ejecutivo 138 de 4 de mayo de 2015 vulneran los artículos 19, 300 y 307 de la Constitución Política, por consiguiente, lo procedente es la declaratoria de inconstitucionalidad.

7.3

PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo que antecede, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, PLENO, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECLARA QUE SON INCONSTITUCIONALES el artículo 77 y la frase "jubilación, pensión por vejez" del artículo 140, numeral 3, del Decreto Ejecutivo 138 de 4 de mayo de 2015.

Notifíquese y publíquese,

Angel Russo de Ceo
ANGEL RUSSO DE CEDEÑO



Carlo
CARLOS ALBERTO VÁSQUEZ REYES

Olm
OLMEDO ARROCHA OSORIO

Eduardo Ayú Prado
JOSÉ E. AYÚ PRADO CANALS

Cecilio Cedalise Riquelme
CECILIO CEDALISE RIQUELME

Maribel Cornejo
MARIBEL CORNEJO BATISTA

Hernán A. De León
HERNÁN A. DE LEÓN BATISTA

Luis R. Fábrega S.
LUIS R. FÁBREGA S.

Maria Eugenia López Arias
MARÍA EUGENIA LÓPEZ ARIAS

Yanixsa Y. Yuen
YANIXSA Y. YUEN

SECRETARIA GENERAL

LO ANTERIOR ES FIEL COPIA
DE SU ORIGINAL

Panamá 28 de Enero de 20 21

OMAR SIMITI GORDON
OMAR SIMITI GORDON
OFICIAL MAYOR IV

SECRETARIA GENERAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

En Panamá a los 28 días del mes de Diciembre

de 20 20 a las 8:38 de la mañana

Notifico al Procurador de la Resolución anterior.

OMAR SIMITI GORDON
Firma del Notificado

11

Procurador de la Administración