

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO  
PROCURADURÍA DE LA  
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 265

Panamá, 19 de febrero de 2020

Proceso de Inconstitucionalidad.

La Licenciada **Cintha Del Carmen Patiño Martínez**, actuando en su propio nombre y representación, interpone demanda de inconstitucionalidad en contra del **artículo 77 y las dos primeras palabras del artículo 140 (numeral 3) 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"**.

Concepto de la Procuraduría de la Administración.

**Honorable Magistrado Presidente de la Corte Suprema de Justicia, Pleno.**

Acudo ante el Pleno de nuestra más alta instancia jurisdiccional, al tenor de lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 206 de la Constitución Política de la República de Panamá, en concordancia con el artículo 2563 del Código Judicial, con el propósito de emitir el concepto de la Procuraduría de la Administración respecto a la acción de inconstitucionalidad descrita en el margen superior.

**I. Normas acusadas de inconstitucionales.**

La Licenciada **Cintha Del Carmen Patiño Martínez**, actuando en su propio nombre y representación, interpuso la demanda de inconstitucionalidad en contra del **artículo 77 y de las dos primeras palabras del artículo 140 (numeral 3), a saber: "jubilación, pensión por vejez" 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"** cuyos textos dicen:

**"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.

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." (Las palabras destacadas son las acusadas de inconstitucionales).

## II. Disposiciones constitucionales que se aducen infringidas.

La accionante aduce que **el artículo 77 del Decreto Ejecutivo 138 de 4 de mayo de 2015, vulnera los artículos 300 y 307 de nuestra Carta Magna**, los cuales rezan de la siguiente manera:

**“Artículo 300.** 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 esa 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.”

**“Artículo 307.** No forman parte de las carreras públicas:

1. Los servidores públicos cuyo nombramiento regula esta Constitución.
2. Los 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.
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 y 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 actora, igualmente señala que las dos (2) primeras palabras del artículo 140 (numeral 3) del mencionado decreto ejecutivo, a saber: *“jubilación, pensión por vejez”*, infringen el **artículo 19 de la Constitución Política de la República**, que dispone:

**“Artículo 19.** No habrá fueros o privilegios ni discriminación por razón de raza, nacimiento, discapacidad, clase social, sexo, religión o ideas políticas.”

### III. **Fundamento de la infracción y concepto de la Procuraduría de la Administración.**

Para tener mayor claridad de lo señalado por la accionante, explicaremos de manera individual el concepto de infracción de cada una de las normas acusadas de inconstitucionales.

#### A. **Las dos (2) primeras palabras del artículo 140 (numeral 3) del Decreto Ejecutivo 138 de 4 de mayo de 2015.**

La recurrente sostiene que las dos (2) primeras palabras del artículo 140 (numeral 3) del Decreto Ejecutivo 138 de 4 de mayo de 2015, infringen el artículo 19 de la Constitución Política, de forma directa por omisión, ya que, cito: *“el artículo acusado de inconstitucional tiene como propósito primordial, desmejorar condiciones laborales y derechos adquiridos de los servidores públicos del Servicio Nacional de Migración basándose en el hecho de que se trata de personas jubiladas o pensionadas. Todo lo anterior ha permitido que en la actualidad al perder su condición de servidor público de Carrera Migratoria por ser jubilados o pensionados, sean desprotegidos al no gozar de estabilidad laboral en sus cargos, siendo considerados en adelante como personal de libre remoción y nombramiento. De hecho muchos se han visto afectados con destituciones como consecuencia de haber perdido su condición de servidor público de carrera migratoria...Establecen una discriminación muy clara en detrimento de los funcionarios públicos jubilados en comparación con el resto de los funcionarios públicos que trabajan en el Servicio Nacional de Migración”* (Cfr. foja 3 del expediente judicial).

Al respecto, este Despacho observa que el artículo 140 (numeral 3) del Decreto Ejecutivo 138 de 4 de mayo de 2015, dispone que:

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

...

**3. Jubilación, pensión por vejez** e invalidez permanente.

...” (Las palabras destacadas son las acusadas de inconstitucionales).

Lo descrito en el párrafo anterior, a nuestro juicio, **establece una situación de discriminación en perjuicio de quienes se encuentren en estado de “Jubilación, pensión por**

*vejez e invalidez permanente*", puesto que ésta viene a constituir una causal de pérdida de la condición de servidor público de Carrera Migratoria, lo que se traduce en la infracción del artículo 19 de la Constitución Política de la República que prevé: "*No habrá fueros o privilegios ni discriminación por razón de raza, nacimiento, discapacidad, clase social, sexo, religión o ideas políticas.*".

Debemos manifestar que la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, en reiteradas ocasiones ha indicado que la interpretación del principio de igualdad ante la ley, va dirigida 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.

En ese escenario, el Pleno de la Máxima Corporación de Justicia, también ha sostenido que la aproximación del principio de igualdad, 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, sean razonables, con lo que se asienta el principio de, cito: "*interdicción a la excesividad, en expresión del jurisconsulto alemán KARL LARENZ*".

En ese orden de ideas, estimamos pertinente citar un extracto de la Sentencia de 27 de junio de 1996 y Sentencia de 16 de julio de 1999, dictada por la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, respecto de la interpretación del artículo 19 de la Constitución Política de la República, que dice:

#### **Sentencia de 27 de junio de 1996.**

"También indica el Dr. César Quintero que: ... La Corte ha sostenido de manera uniforme que **esta norma sólo puede ser atacada de inconstitucional si favorece a determinada persona, a título personal e individual**. La Corte en sentencia del 28 de diciembre de 1993, al analizar el artículo 19, se refiere a la obra del Doctor César Quintero, Derecho Constitucional, y en su parte medular expone lo siguiente:

Todo lo expuesto indica que la Constitución no prohíbe que haya o se establezcan distinciones entre los habitantes del Estado. Lo que prohíbe, pues, es que haya distingos. Y esto nos lleva, por fin, a precisar este término.

**El distingo entraña una limitación o restricción injusta; un trato desfavorable para determinadas personas que, en principio, se hallan en la misma situación que otras que, sin embargo, reciben un trato favorable.** El concepto de distingo SE IDENTIFICA, así, como el de discriminación, el cual, no

obstante ser un neologismo quizá exprese mejor la idea que hemos tratado de explicar.

Pues, el término discriminación, muy usado en otros idiomas, significa distinción injusta e injuriosa.

Esto es, pues, lo que el artículo que examinamos prohíbe, o sea que las normas legales establezcan, o las autoridades públicas practiquen, un tratamiento desfavorable contra cualquier persona por la sola razón de su raza, nacimiento, clase social, sexo, religión o ideas políticas.

Toda esta larga exposición nos lleva a concluir que el principio de la igualdad ante la Ley consiste, como ha dicho más de una vez la Corte Suprema de la Argentina, en **que no se establezca excepciones o privilegios que excluyan a unos de los que se concede a otros en iguales circunstancias.** (Énfasis suplido).

#### **Sentencia de 16 de julio de 1999.**

“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.”

Visto lo que antecede, para este Despacho resulta evidente que desacreditar a un servidor público que se haya acogido a la jubilación constituye un trato de discriminación y de desigualdad que a todas luces contraviene el artículo 19 Constitucional al que nos hemos referido en los párrafos anteriores.

#### **B. El artículo 77 del Decreto Ejecutivo 138 de 4 de mayo de 2015.**

En lo que respecta a esta norma, la activadora constitucional considera que la misma vulnera de manera directa por comisión el artículo 300 del Texto Fundamental debido a que: *“establece un requisito adicional a los que señala la Constitución para la estabilidad o status de carrera migratoria como lo es el no poseer la condición de jubilado o pensionado”* (Cfr. foja 3 del expediente judicial).

Así mismo, explica, respecto al artículo 300 ya mencionado lo que a continuación se transcribe: *“Los servidores públicos de migración pasan por una serie de requisitos que deben cumplir*

antes de adquirir la condición de servidor público de carrera migratoria como lo es, su período de prueba o experiencia en el cargo, demostrar conocimiento de la legislación migratoria a través de exámenes o de diplomados o de cursos referentes a la materia..., evaluaciones de su desempeño por parte de sus jefes todo lo cual se corresponde con lo establecido en el artículo 300 de la Constitución; sin embargo, el requisito que señala el artículo 77 del Decreto Ejecutivo No. 138 del 4 de mayo de 2015 es un requisito adicional que se les impone a los funcionarios públicos del Servicio Nacional de Migración que no está (sic) contemplado en la Constitución” (Cfr. fojas 3-4 del expediente judicial).

Al respecto, este Despacho estima oportuno señalar que, en efecto, el artículo 77 del Decreto Ejecutivo 138 de 4 de mayo de 2015, que a la letra señala: “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.”, es violatorio del artículo 300 de la Constitución Política de la República, porque esta última norma establece que la estabilidad se perderá si el servidor público no actúa con competencia, lealtad y moralidad en el servicio.

Ello es así, por cuanto el artículo 300 de la Constitución indica: “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”.

Para ilustrar nuestro análisis, haremos referencia en detalle de los planteamientos expuestos por la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, en la **Sentencia de 28 de septiembre de 2007**, y en la **Sentencia de 11 de agosto de 2014**, en las cuales ese Tribunal explicó de manera prolija que la desacreditación del régimen de carrera de los funcionarios públicos que se hayan acogido a una pensión por vejez o jubilación constituye el desoconocimiento de un derecho adquirido, lo que supera la norma constitucional.

#### **Sentencia de 28 de septiembre de 2007.**

“...Sin embargo, a juicio de esta Corporación de Justicia la violación constitucional se hace evidente, o claramente palpable respecto al artículo 300 de la Norma Fundamental, tal y como lo advierte y desarrolla el Procurador de la Administración. Precisamente porque la condición de jubilado o pensionado no es el sistema establecido en la Constitución Nacional para desacreditar a un servidor público... Señalar que la condición de jubilado o pensionado es un elemento determinante para desacreditar a un funcionario público y que no es propia del sistema de méritos, no solo

contraría el artículo 300 de la Constitución Nacional, sino que desconocería el contenido de la decisión emitida por esta Corporación de Justicia (28 de septiembre de 2007. Advertencia de Inconstitucionalidad. Mag. W. Spadafora), donde se declaró inconstitucional frases de una ley que imponía que para poder solicitar, obtener y percibir una pensión de vejez, había que dejar de trabajar.” (Énfasis suplido).

Sentencia de 11 de agosto de 2014.

**“Consideraciones y decisión del Pleno:**

Al tenor de las normas constitucionales y legales sobre esta materia, corresponde a esta Sala Plena decidir sobre la causa que nos ocupa.

...

Por otro lado, tampoco es cierto como hace ver el actor, que esa desacreditación faculta...para aplicarla de forma arbitraria en perjuicio de los derechos adquiridos de los servidores públicos..., ya que las normas que regulan la desacreditación, establecen con claridad que esto se llevará a cabo cuando el ingreso al sistema se haya realizado de manera **irregular**.

Por lo tanto, no puede pretender el actor que bajo su argumento, se protejan ‘derechos adquiridos’ que en algunos casos surgieron de forma irregular...**El problema no se centra entonces en desacreditar a quienes se han incorporado a través de este medio, sino a aquellos que incumplieron con las normas establecidas para ello.**

...” (La negrita, cursiva y subraya es del Pleno de la Corte Suprema de Justicia).

En estos términos, se tiene que el artículo 300 de la Constitución Política de la República es claro al señalar que los servidores públicos se regirán por el sistema de méritos, y que la estabilidad en sus cargos estará condicionada a su competencia, lealtad y moralidad en el servicio.

De lo anterior se desprende, que tanto la incorporación de los servidores públicos a las distintas carreras públicas mencionadas expresamente en la Constitución Política de la República, como el consecuente derecho que tienen éstos a gozar de estabilidad en el cargo de carrera en el cual hayan sido acreditados, se encuentran íntimamente relacionados al cumplimiento de los principios del sistema de méritos, “*el cual comprende todas las etapas del proceso de administración de personal, empezando, naturalmente, por el nombramiento de los funcionarios de carrera...*” (Cfr. Sentencia de 1 de noviembre de 2002, bajo la ponencia del Magistrado Winston Spadafora, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo).

En relación con lo previamente expuesto, esta Procuraduría debe señalar que mediante la Sentencia de 6 de junio de 2006, el Pleno de esa Alta Corporación de Justicia indicó que el sistema

de méritos consiste en los lineamientos de selección para el servicio público, y postula que las personas que ocupen cargos públicos deben tener las aptitudes profesionales o habilidades necesarias para su desempeño.

Por lo que atañe particularmente al argumento esbozado por la recurrente con respecto al hecho que los servidores de carrera migratoria que se acojan a su jubilación o pensión **no pueden ser desacreditados de dicho régimen de estabilidad**, ya que no se encuentran listados en el artículo 307 de la Carta Magna, el cual señala quiénes son los funcionarios que no forman parte de las carreras públicas, es preciso aclarar, que los servidores públicos enumerados en la mencionada norma constitucional son particularmente aquellos cuyo nombramiento no se hace sobre la base del sistema de méritos, el cual resulta ser una **característica esencial de los cargos que se rigen por una carrera pública** (Cfr. Sentencia de 1 de agosto de 1997, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo).

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, los cuales dentro del ordenamiento constitucional patrio, específicamente se encuentran recogidos en el artículo 300 de la Carta Magna, el cual, como ya hemos mencionado en los párrafos anteriores, exige que el ingreso de un funcionario a la Administración Pública cumpla con los principios del sistema de méritos, y aunado a ello, condiciona la estabilidad en el cargo a la competencia, lealtad y moralidad que deben seguir los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones.

En consecuencia, es dable afirmar que un servidor público de carrera migratoria puede ser desacreditado de dicho régimen de carrera 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.

Conforme puede advertirlo este Despacho, el artículo 77 del Decreto Ejecutivo 138 de 4 de mayo de 2015, vulnera el contenido del artículo 300 de la Constitución Política de la República, habida cuenta que introduce un **supuesto distinto** al consagrado por la Carta Magna para proceder a la

desvinculación de los servidores públicos del régimen de carrera migratoria, que en realidad constituye el desconocimiento de un derecho adquirido por aquellos miembros de esta carrera pública que se hayan acogido a jubilación o pensión, de ahí que tal circunstancia no pueda ser utilizada como un elemento que dé lugar a la pérdida del status de funcionario de carrera migratoria y, por ende, rebase el marco de la norma constitucional.

C. También sostiene la accionante, que el artículo 77 del Decreto Ejecutivo 138 de 4 de mayo de 2015, vulnera de manera directa, por omisión, el contenido del artículo 307 de la Carta Magna, puesto que: *“se desconoció su texto claro que indica quienes (sic) son los funcionarios que no pueden pertenecer a ninguna carrera pública, en lugar de eso, va más allá y adiciona un criterio nuevo para excluir a servidores públicos de la carrera migratoria, como lo es el acogerse a una pensión de jubilación o de cualquier otro tipo otorgado por el seguro social.”* (Cfr. foja 4 del expediente judicial).

En ese orden de ideas, esta Procuraduría reitera el contenido del artículo 77 del Decreto Ejecutivo 138 de 2015, que dispone lo siguiente:

**“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”.** (Énfasis suplido).

**“Artículo 307.** No forman parte de las carreras públicas:

1. Los servidores públicos cuyo nombramiento regula esta Constitución.
2. Los 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.
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 y semiautónomas.
6. Los servidores públicos cuyos cargos estén regulados por el Código de Trabajo.
7. Los Jefes de Misiones Diplomáticas que la Ley determine.”

Sobre la vulneración del artículo 307 de la Constitución Política, este Despacho observa que el mismo establece una serie de supuestos en los que se anuncia de forma específica cuáles son los servidores públicos que no forman parte de las carreras públicas. Un análisis detallado colige que el jubilado no está comprendido en esa categoría; por consiguiente, donde el constituyente no previó tal situación, el legislador no puede incluirlo.

En adición a lo expresado en los párrafos precedentes, esta Procuraduría considera necesario recordar que, conforme al principio de unidad constitucional, es pertinente remitirnos a lo que establece el artículo 163 de la Constitución Política de la República, cuando señala: "*Es prohibido a la Asamblea Nacional: 1. Expedir Leyes que contraríen la letra o el espíritu de esta Constitución.*"

Por las consideraciones anteriores, le solicitamos a los miembros de esa Alta Corporación de Justicia se sirvan declarar que **SON INCONSTITUCIONALES** el artículo 77 y las dos primeras palabras 140 (numeral 3) 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".

**Del Honorable Magistrado Presidente,**

  
Rigoberto González Montenegro  
Procurador de la Administración

  
Mónica I. Castillo Arjona  
Secretaria General

Expediente 75-20-I