

REPRESENTACIÓN DE HERMEL CRUZ CASTILLO PARA QUE SE DECLAREN INCONSTITUCIONALES LOS ARTICULOS 21, 30 Y 32 DE LEY 43 DE 30 DE JUNIO DE 2009.

9. ADVERTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADA POR EL LICENCIADO CARLOS AYALA MONTERO, DENTRO DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE PLENA JURISDICCIÓN INTERPUESTO POR KATHIA DE WALDRON CONTRA EL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES PARA QUE SE DECLAREN INCONSTITUCIONALES LOS ARTICULOS 21, 30 Y 32 DE LA LEY 43 DE 2009.

10. ADVERTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADA POR EL LICENCIADO CARLOS AYALA MONTERO, DENTRO DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE PLENA JURISDICCIÓN INTERPUESTO POR ANA LENY VILLARREAL CONTRA EL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, PARA QUE SE DECLAREN INCONSTITUCIONALES LOS ARTICULOS 21, 30 Y 32 DE LA LEY 43 DE 2009.

11. DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADA POR EL LICENCIADO CARLOS AYALA MONTERO EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DE DOMINGO MORENO PARA QUE SE DECLARE INCONSTITUCIONAL EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTICULO 134 DEL TEXTO UNICO DE LA LEY 9 DE 1994, REFORMADO POR EL ARTICULO 13 DE LA LEY 43 DE 2009.

MAGISTRADO PONENTE: ABEL AUGUSTO ZAMORANO

REPÚBLICA DE PANAMÁ



ÓRGANO JUDICIAL
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
PLENO

Panamá, treinta (30) de diciembre de dos mil quince (2015).

VISTOS:

En estado de resolver se encuentran once (11) Acciones de Inconstitucionalidad presentadas de la siguiente manera:

1. Jorge Luis Robinson Saavedra en representación de Oris Esther Jiménez, Eladio Enrique Lucero, Osvaldo Despaigne Mendieta, Nuvia Esther Muñoz De Gonzalez y Jorge Luis Morales.

2. Carlos Ayala Montero en nombre y representación de La Federación Nacional de Asociaciones y Organizaciones de Servidores Públicos, (FENASEP).
3. Juan Jesús Cedeño, en nombre y representación de Jessica Edith Zamora González.
4. Carlos Ayala Montero en nombre y representación de Reynaldo Núñez M.
5. Carlos Ayala Montero en nombre y representación de Iván Pérez.
6. Carlos Ayala Montero en nombre y representación de Miriam Polo.
7. Carlos Ayala Montero, en nombre y representación de Virgilio Simón.
8. Carlos Ayala Montero en nombre y representación de Hermel Cruz Castillo.
9. Carlos Ayala Montero, en nombre y representación de Kathia de Waldron.
10. Carlos Ayala Montero en nombre y representación de Ana Leny Villarreal.
11. Carlos Ayala Montero en nombre y representación de Domingo Moreno.

Las once (11) acciones de inconstitucionalidad fueron presentadas contra diversos artículos de la Ley N° 43 de 30 de julio de 2009 (Publicada en la Gaceta Oficial N° 26,336 de 31 de julio de 2009) por la cual se reformó parcialmente la Ley 9 de 1994, que desarrolla la Carrera Administrativa, y la Ley 12 de 1998, que desarrolla la Carrera del Servicio Legislativo, y dicta otras disposiciones. Todas al versar sobre el mismo tema, fueron acumuladas, con fundamento en las normas propias de la acumulación de procesos, contenidas en los artículos 720 y siguientes del Código Judicial.

ANTECEDENTES

- I. Demanda de Inconstitucionalidad promovida por el licenciado Jorge Luis Robinson Saavedra, en nombre y representación de los señores Oris Esther Jiménez Navarro, Eladio Henríquez Lucero, Osvaldo Despaigne Mendieta, Nuvia Esther Muñoz De González y Jorge Luis Morales.

El día siete (7) de agosto de 2009, el Licenciado JORGE LUIS ROBINSON SAAVEDRA, apoderado judicial de Oris Esther Jiménez Navarro, Eladio Henríquez Lucero, Osvaldo Despaigne Mendieta, Nuvia Esther Muñoz de González y Jorge Luis Morales, presentó formal demanda de Inconstitucionalidad contra los artículos 20, 21 y 32 de la Ley N° 43 de 30 de julio de 2009 (Publicada en la Gaceta Oficial N° 26, 336 de 31 de julio de 2009) los cuales transcribimos:

"Artículo 20 (transitorio) : La administración podrá nombrar a servidores públicos sin la condición de servidores de carrera hasta el 31 de julio de 2012. Después de esa fecha, solo ingresará a la Administración Pública mediante el Procedimiento Ordinario de Ingreso como lo señala la Ley 9 de 1994."

"Artículo 21. (transitorio) : En virtud de la entrada en vigencia de la presente Ley, se dejan sin efecto todos los actos de incorporación de servidores públicos a la Carrera Administrativa realizado, a partir de la aplicación de la Ley 24 de 2007, en todas las instituciones Públicas."

"Artículo 32. La presente ley es de orden público y tendrá efectos retroactivos hasta el 2 de julio de 2007."

- A. En el libelo de demanda se pide la declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos que hemos citados de la Ley N° 43 de 30 de julio de 2009, por considerarlos violatorios de las normas de la Constitución a las cuales haremos referencia, según el concepto de la infracción que alegó el recurrente.

En primer lugar considera el actor constitucional que el **Artículo 20 (transitorio)** de la Ley 43 de 30 de julio de 2009 **infringe el artículo 19** de la Constitución Nacional cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 19: No habrá fueros o privilegios ni discriminación por razón de raza, nacimiento, discapacidad, clase social, sexo, religión o ideas políticas"

El demandante considera infringida esta norma de forma directa por omisión, toda vez que el artículo 20 de la Ley 43 de 2009, a su criterio, otorga a las personas que entren a formar parte del sector público, a partir de la vigencia de la presente ley, hasta el 31 de julio de 2012, una excepción privilegiada que le permite al funcionario público de esta categoría, ser servidor público sin pasar por el filtro del procedimiento ordinario de ingreso consagrado en la ley 9 de 1994, vulnerando el ordenamiento constitucional, pues permite que el ingreso

del personal laboral al sector público se de sin ningún tipo de evaluación, ni examen de libre oposición, violando el sistema de méritos, consagrados en la Constitución.

En segundo lugar, alega el demandante que el **Artículo 20 (transitorio)** también infringe el **Artículo 64** de la Constitución Política de Panamá el cual expresa lo siguiente :

"Artículo 64: El trabajo es un derecho y un deber del individuo, y por tanto es una obligación del Estado elaborar políticas económicas encaminadas a promover el pleno empleo y asegurar a todo trabajador las condiciones necesarias a una existencia decorosa."

Considera que la norma transcrita ha sido violada de forma directa por omisión, toda vez que, a su entender el Artículo 20 (transitorio); vulnera la seguridad y existencia decorosa de todo servidor público, ya que el procedimiento especial de ingreso carece de igualdad, frente al resto del sector público empleado por el Estado, el cual ya ha sido sometido al procedimiento ordinario de ingreso.

En tercer lugar estima que el artículo 20 (transitorio), infringe el artículo 300 de la Constitución Política de Panamá el cual expresa lo siguiente:

"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 esta Constitución. Los servidores se regirán por el sistema de méritos; y la estabilidad en sus cargos estará condicionada a su competencia, lealtad y moralidad en el servicio."

El demandante considera que la norma transcrita ha sido violada de forma directa por omisión, porque se faculta a la administración de turno a nombrar personal, sin capacidades, ni competencia, ni méritos, en puestos del sector público de gran importancia para el desarrollo del Estado.

En cuanto al **artículo 21 (transitorio)**, considera que el mismo infringe el **Artículo 19 de la Constitución Nacional** cuyo tenor es el siguiente :

"Artículo 19: No habrá fueros o privilegios ni discriminación por razón de raza, nacimiento, discapacidad, clase social, sexo, religión o ideas políticas"

Sostiene el actor que se ha violado la norma en forma directa por omisión, pues el artículo acusado de constitucional, tiene como propósito primordial, desmejorar condiciones laborales y derechos adquiridos de los servidores públicos ingresados bajo el imperio, de la Ley 24 de 2 de julio de 2007, por razones de discriminación a sus ideas políticas, cometido por la administración de turno.

Por otro lado el artículo 21 (transitorio) también vulnera, a criterio del demandante, **el artículo 64 de la Constitución Nacional.**

El recurrente considera que el precepto anteriormente citado, ha sido infringido, toda vez que el artículo 21 transitorio, es contrario a la norma constitucional, porque no le brinda seguridad jurídica, ni estabilidad jurídica a los servidores públicos, y al no garantizarle seguridad jurídica, impide que el trabajador o servidor público obtenga las mínimas condiciones necesarias para una existencia decorosa.

También considera que viola de manera directa por omisión el artículo 300 de la Constitución Nacional, ya que el mismo es discriminatorio y desmejora derechos adquiridos de los servidores públicos en función de su militancia política, agrega el actor, que darle efecto retroactivo a una ley para desmejorar situaciones ventajosas de estabilidad a un sector de la sociedad que siempre se ha caracterizado por estar desprotegido, debido a la entrada y salida de cada gobierno de turno, implica un acto de violación a los derechos humanos de todo trabajador.

En cuanto al artículo 32 , sustenta que el mismo vulnera el artículo 19 de la Constitución Nacional, de forma directa por omisión, ya que al darle efecto retroactivo a esta ley, con el único propósito de desacreditar la incorporación de

servidores públicos ingresados a la Carrera Administrativa bajo el imperio de la Ley 24 de 2 de julio de 2007, es un acto evidente de discriminación por razón de sus ideas políticas.

El demandante también considera que el artículo 32 infringe el artículo 46 de la Constitución Política.

Alega el demandante que esta norma ha sido vulnerada en concepto de violación directa por omisión, y por interpretación errónea; ya que dicha norma manifiesta como principio fundamental la irretroactividad de la Ley, salvo las excepciones de Orden Público o Interés Social. A su criterio, el artículo 32, así como todo el contenido de la Ley 43 de 30 de julio de 2009, tienen un origen político y por ende se alejan y pierden el norte constitucional de las concepciones o principios de Orden Público o Interés Social.

Considera además, que el artículo 32, también infringe el Artículo 163, numeral 1 de la Constitución el cual expresa:

"Artículo 163: Es prohibido a la Asamblea Nacional:

1. Expedir Leyes que contraríen la letra o el espíritu de esta Constitución."

Expone el demandante, que la norma transcrita ha sido violada de forma directa por omisión.

Finalmente, aduce el letrado que la Ley 43 de 30 de Julio de 2009, en su conjunto viola los artículos 159 numeral 13, 164, 165 de la Constitución Nacional, que tratan lo relacionado a la formación de las leyes.

"Artículo 159: La función legislativa es ejercida por medio de la Asamblea Nacional y consiste en expedir las leyes necesarias para el cumplimiento de los fines y el ejercicio de las funciones del Estado declarados en esta Constitución y en especial para lo siguiente:

1...

2...

13. Organizar los servicios públicos establecidos en esta Constitución; expedir o autorizar la expedición de Pacto Social y los Estatutos de las sociedades de economía mixta y las Leyes Orgánicas de las empresas industriales o comerciales del Estado,. Así como dictar las normas correspondientes a las carreras previstas en el Título XI.”

“Artículo 164: Las leyes tienen su origen en la Asamblea Nacional y se dividen así:

- a. Orgánicas las que se expidan en cumplimiento de los numerales 1, 2, 3, 4, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15 y 16 del artículo 159.
- b. Ordinarias, las que se expidan en relación con los demás numerales de dicho artículo.”

“Artículo 165: Las leyes serán propuestas:

1. Cuando sean Orgánicas:

- a. Por comisiones permanentes de la Asamblea Nacional.
- b. Por los Ministros de Estado, en virtud de autorización del Consejo de Gabinete.
- c. Por la Corte Suprema de Justicia, el Procurador General de la Nación y el Procurador de la Administración, siempre que se trate de la expedición o reformas de los Códigos Nacionales.
- d. Por el Tribunal Electoral cuando se trate de materia de su competencia.

2. Cuando sean Ordinarias:

- a. Por cualquier miembro de la Asamblea Nacional.
- b. Por los Ministros de Estado, en virtud de la autorización del Consejo de Gabinete.
- c. Por los Presidentes de los Consejos Provinciales, con autorización del Consejo Provincial.

Todos los funcionarios antes mencionados tendrán derecho a voz en las sesiones de la Asamblea Nacional. En el caso de los Presidentes de los Consejos Provinciales y de los Magistrados del Tribunal Electoral, tendrán derecho a voz cuando se trate de proyectos de leyes presentados por ellos.

Las leyes orgánicas necesitan para su expedición el voto favorable en segundo y tercer debate, de la mayoría absoluta de los miembros de la Asamblea Nacional.

Las Ordinarias solo requerirán la aprobación de la mayoría de los Diputados asistentes a las sesiones correspondientes.”

Estima el actor que la forma como fue presentado el proyecto de ley, ahora ley 43 de 30 de Julio de 2009, infringió de forma directa por omisión los artículos de la Constitución Política antes transcritos en el sentido de que quien propuso dicho proyecto de ley, ahora ley 43 de 30 de julio de 2009, considerado como Orgánica, según el artículo 164 de la Constitución, no fue ninguno de los

legitimados para presentarlo, es decir, la Comisión Permanente de la Asamblea Nacional, sino que el mismo fue presentado por diputados, quienes ni siquiera formaban parte de la comisión permanente encargada de la discusión de este tipo de leyes.

B. Criterio de la Procuraduría General de la Nación, en lo que respecta a esta primera demanda.

Admitida la demanda y conforme al procedimiento establecido, se le dio traslado al entonces, Procurador de la Administración, licenciado Oscar Ceville, quien mediante Vista N° 1001 de 5 de octubre de 2009 (ver folio 19 al folio 33) emitió oportunamente su opinión respecto a la primera demanda de inconstitucionalidad presentada el siete (7) de agosto de 2009, por el **Licenciado JORGE LUIS ROBINSON SAAVEDRA.**

El entonces Procurador estimó, en relación a la infracción de los artículos 19 y 64 de la Constitución, que las mismas son normas de naturaleza programática, pues consagran derechos y garantías a favor de los ciudadanos abstractamente considerados, por lo cual un ciudadano, actuando a título individual, no puede reclamar tales derechos y garantías para sí, puesto que las mismas no tienen como objeto directo e inmediato sujetos determinados, por lo que no resulta procedente argumentar la infracción de los artículos 19 y 64 de la Constitución Política.

En lo relativo a la alegada infracción del artículo 300 de la Constitución Nacional, por parte del artículo 20 de la Ley 43 de 2009, consideró el Procurador de la Administración que la misma no se ha configurado, puesto que lo dispuesto en dicha norma legal no resulta contrario a su texto, que entre otros aspectos, se limita a determinar que el nombramiento y remoción de los servidores públicos no será potestad absoluta y discrecional de ninguna autoridad, salvo lo que al respecto disponga la Constitución. Sustenta su posición en lo dispuesto en el

artículo 302 constitucional, el cual limita la utilización del sistema de mérito a los nombramientos de personal de carrera, dejando abierta la posibilidad, tal como lo hace el artículo 20 de la ley 43 de 2009, de que la administración pueda nombrar servidores públicos sin esa condición hasta una fecha determinada, estableciendo asimismo que a partir de esa fecha sólo se podrá ingresar a la Administración Pública bajo el procedimiento ordinario previsto por la ley de carrera administrativa.

En relación a la alegada infracción del artículo 300 Constitucional, esta vez en función del artículo 21 de la ley 43 de 2009, el Procurador advierte que el demandante se limitó a señalar la supuesta discriminación de algunos servidores públicos sobre la base de su militancia política, sin entrar en mayores explicaciones en cuanto a la forma en que se configura la infracción, **por lo cual no emitió concepto en relación a este cargo.**

Apunta el entonces Procurador, en cuanto a la vulneración del artículo 46 de la Constitución Nacional, que consagra el principio de irretroactividad de la ley, por parte del artículo 32 de la ley en cuestión, que el legislador no hizo más que utilizar una prerrogativa que le da la Constitución Nacional y que ha sido reconocida jurisprudencialmente por la Corte Suprema de Justicia, lo cual, a su criterio, le resta todo sustento jurídico al cargo de inconstitucionalidad; y a continuación cita el fallo del Pleno de 2 de diciembre de 2004 que en lo medular señala:

“...El carácter de orden público o el de interés social de una Ley tiene dos vías de existencia: a) Que la misma Ley señala tal carácter; b) Que la Ley, por su propia naturaleza, sea de orden público o de interés social, aunque expresamente no lo diga. Una Ley sobre la familia es de orden público, por su propia naturaleza, aunque esa misma Ley no indique expresamente ese carácter.

...la legislación panameña que ciertamente remite al legislador para que sea él quien determine en forma expresa el efecto retroactivo de la nueva ley, pero además vincula esta determinación al hecho de que la nueva ley sea de “orden público e interés social”.

2/27

Por lo expuesto, el señor Procurador también descartó el cargo de violación que hace el actor respecto al numeral 1 del artículo 163 de la Constitución Política de la República, puesto que, el contenido de la norma legal acusada de infractora (artículo 32 de la ley 43 de 2009) no resulta contrario a la letra o el espíritu de la Norma Fundamental.

En cuanto al cargo de violación de los artículos 159, numeral 13, 164 y 165 de la Constitución, por los artículos 20, 21 y 32 de la Ley 43 de 2009, en razón de que forman parte de una ley orgánica, el proyecto correspondiente debió ser presentado por una Comisión Permanente de la Asamblea Nacional (Comisión de Gobierno, Justicia y Asuntos Constitucionales), y no por diputados que no formaban parte de la misma; el Procurador de la administración expresó que no comparte este planteamiento, toda vez que, conforme lo dispone el párrafo primero del artículo 116 del Reglamento Orgánico del Régimen Interno de la Asamblea Nacional, “los anteproyectos de ley orgánica podrán ser presentados en el pleno durante las sesiones ordinarias de la Asamblea Nacional, la Secretaría General los deberá remitir a la Comisión que corresponda para que ésta, una vez analizados y prohijados, los presente al Pleno como proyectos de la Comisión”; procedimiento que, según consta en los registros de la Asamblea Nacional, a los cuales manifiesta haberse remitido, **fue debidamente observado en el trámite de aprobación dado al Anteproyecto de Ley 27, que una vez aprobado por el Pleno de dicho órgano del Estado, dio lugar a la ley 43 de 2009.**

También afirmó que el Anteproyecto de Ley fue debidamente analizado y prohijado por la Comisión de Gobierno, Justicia y Asuntos Constitucionales, en su sesión correspondiente al 17 de julio de 2009, luego de lo cual fue enviado a la Presidencia de la Asamblea para que, una vez se le impartiera el trámite de rigor, pudiera ser sometido posteriormente al primer debate.

418

En sus conclusiones el funcionario reiteró su criterio en el sentido de que se declare que no son constitucionales los artículos 20, 21 y 32 de la Ley 43 de 30 de julio de 2009.

II. Demanda formulada por el licenciado Carlos Ayala Montero en representación de la Federación Nacional de Asociaciones y Organizaciones de Servidores Públicos (FENASEP)

El 12 de noviembre de 2009, el licenciado Carlos Ayala Montero, en nombre y representación de la Federación Nacional de Asociaciones y Organizaciones de Servidores Públicos, FENASEP, promovió demanda de constitucionalidad de los artículos 1, 2, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 15, 16, 17, 18, 20, 21, 22, 27, 30 y 32 de la Ley 43 de 30 de junio de 2009, que reforma la Ley 9 de 1994 que desarrolla la Carrera Administrativa, y la Ley 12 de 1998 que desarrolla la Carrera del Servicio Legislativo y dicta otras disposiciones.

A. Indicación de las disposiciones acusadas de constitucionales, las normas Constitucionales infringidas y el concepto de la infracción.

Norma acusada de constitucional:

Artículo 1 de la Ley 43 de 30 de julio de 2009:

"Artículo 1. Se modifican las definiciones de los términos servidores públicos de Carrera Administrativa y servidores públicos que no son de Carrera y se elimina el término **servidores públicos en funciones del glosario del artículo 2 del Texto Único de la ley 9 de 1994**, así:

Artículo 2. Los siguientes términos utilizados en esta Ley y sus reglamentos, deben ser entendidos a la luz del presente glosario:....

Servidores públicos de Carrera Administrativa. Son los que han ingresado a la Carrera Administrativa según las normas de la presente ley, y que no pertenecen a ninguna otra carrera ni están expresamente excluidos de la Carrera Administrativa por la Constitución Política o por las Leyes.

Servidores públicos que no son de carrera. Son los servidores públicos no incluidos en las carreras públicas establecidas en la Constitución o creadas por la ley, y en particular aquellos excluidos de las carreras públicas por la Constitución vigente.

Los servidores públicos que no son de carrera, se denominan así:...

11. De elección popular
12. De libre nombramiento y remoción.
13. De nombramiento regulado por la Constitución.

14. De selección.
15. En periodo de prueba.
16. Eventuales..."

Normas constitucionales infringidas y el concepto de la infracción:

"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 remuneración del Estado.

El recurrente considera que la violación es directa por comisión ya que de acuerdo a esta norma constitucional, los servidores públicos son todos los que reciben remuneración del Estado mientras que el artículo 1 de la Ley 43 excluye de ese concepto a los que ejercen las funciones de un puesto clasificado como de carrera administrativa, sin que ellos mismos posean tal condición (servidores públicos en funciones). Esta realidad pretende, a su criterio, crear una exclusión no autorizada por el texto del artículo 299.

"Artículo 300. de la Constitución Nacional:

"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 se regirán por el sistema de méritos; y la estabilidad en sus cargos estará condicionada a su competencia, lealtad y moralidad en el servicio."

El demandante estima infringido este precepto en forma directa por comisión, al indicar que el artículo 1 de la Ley 43 de 2009, conlleva necesariamente a considerar de libre nombramiento y remoción y por lo tanto a remover bajo criterios de estricta subjetividad a los servidores públicos que bajo la Ley 9 de 1994 se definieron como servidores públicos en funciones.

Artículo 305 numeral 1 de la Constitución Nacional:

"Se instituyen las siguientes carreras en la función pública, conforme a los principios del sistema de méritos:

1. La Carrera Administrativa..."

En este punto considera que la violación es directa por falta de aplicación en la medida en que se desconoce la obligación constitucional que tiene el

Estado para con sus servidores públicos, de aplicar las normas de la carrera administrativa en sustitución del clientelismo de cualquier clase.

Norma acusada de constitucional:

"Artículo 2 de la Ley 43 de 2009:

El artículo 16 del Texto Único de la Ley 9 de 1994 queda así:

Artículo 16. El Subdirector General debe llenar los mismos requisitos establecidos para el cargo de Director General"

Norma constitucional infringida: Artículo 300

El actor considera infringida en forma directa por omisión la disposición constitucional citada ya que el artículo 2 de la ley 43 de 2009 elimina requisitos técnicos, es decir, méritos al cargo de subdirector general de carrera administrativa, vigentes hasta ahora.

Norma acusada de constitucional:

Artículo 8 de la ley 43 de 2009:

"El artículo 48 del Texto Único de la Ley 9 de 1994 queda así:

Artículo 48. El servidor público que ingrese a la Administración Pública siguiendo las normas de reclutamiento y selección establecidas en esta Ley y sus reglamentos, adquirirá el estatus de servidor público de Carrera Administrativa tan pronto cumpla su período de prueba con una evaluación satisfactoria.

No adquirirán el status de servidor público de Carrera Administrativa las personas que al ingresar a la Administración Pública o al cumplir el período de prueba gocen de jubilación o pensión."

Normas constitucional infringida: Artículo 300

En este punto considera el demandante que la violación lo es en concepto directo por comisión, al establecer más requisitos que los que la Constitución exige para la estabilidad laboral en el sector público.

Norma acusada de constitucional:

Artículo 9 de la Ley 43 de 2009:

"Artículo 9. El artículo 56 del Texto Único de la Ley 9 de 1994 queda así:

Artículo 56. El procedimiento de ingreso a la Carrera Administrativa se denomina Procedimiento Ordinario de Ingreso.”

Norma constitucional infringida: Artículo 300

Se afirma que el artículo 9 de la ley 43 de 2009, al suprimir el procedimiento especial de ingreso a la Carrera Administrativa, viola el artículo 300 de la Constitución, que ordena que los servidores públicos se deben regir por el sistema de méritos.

Norma acusada de inconstitucional:

Artículo 10 de la Ley 43 de 2009:

“Artículo 10. Se deroga el artículo 67 del Texto Único de la Ley 9 de 1994”

Norma constitucional infringida: Artículo 300

Concepto de la infracción:

La violación se explica como directa por omisión ya que al eliminarse una de las formas de ingreso a la carrera administrativa se elimina el sistema de méritos o al menos se disminuye la posibilidad de que la mayor parte de los actuales servidores públicos ingresen al sistema, al cerrar una de las puertas de ingreso al mismo, o al menos una de las formas de ejecutarlo.

Norma acusada de inconstitucional:

“Artículo 11 de la ley 43 de 2009. Se deroga el artículo 68 del Texto único de la Ley 9 de 1994”

Normas constitucionales infringidas: Artículo 300 y 302

Concepto de la infracción:

Violación directa por omisión puesto que se elimina una de las formas de ingreso a la carrera administrativa.

Norma acusada de inconstitucional:

“Artículo 12 de la ley 43 de 2009. Se deroga el artículo 98 del Texto único de la Ley 9 de 1994”

Normas constitucionales infringidas y el concepto de la infracción:

Se expresan como infringidos por la norma citada el artículo 32 y 74 de la Constitución, el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José y el artículo 2 del Convenio 111 de la OIT, ratificado por Panamá mediante Ley 23 de 1966.

En cuanto al concepto de la infracción del artículo 32 (debido proceso) y 74 (prohibición de despido sin causa justa y sin las formalidades de la ley), se señala que la misma se da de forma directa por omisión, puesto que la eliminación de la prohibición que la ley imponía a la administración de no sancionar a un servidor público en uso de vacaciones, o de alguna licencia o ausencia justificada, a través del artículo 12 transrito, elimina en perjuicio de los servidores públicos, el procedimiento que la ley 9 de 1994 establecía imponiendo una diferenciación sustancial en el tratamiento que se le brinda a los trabajadores del sector privado y a otros grupos de servidores públicos como los del Órgano Legislativo, puesto que el Código de Trabajo y la Ley de la Carrera de Servicio Legislativo contienen normas que protegen a los trabajadores de ser sancionados estando en uso de vacaciones o licencias.

En relación al artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José, la infracción es en concepto de violación directa por comisión, en virtud de que el artículo 24 citado indica que todas las personas son iguales ante la ley y en consecuencia tienen derecho a igual protección de la ley, la eliminación de la protección contenida en el artículo 98 de la ley 9 de 1994, hace que se trate de forma distinta a grupos de trabajadores.

La infracción del artículo 2 del Convenio 111 de la OIT, el cual señala que todo miembro de la OIT se obliga mediante este Convenio a desarrollar políticas de promoción de igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y

ocupación, eliminando discriminaciones, se verifica de forma directa por comisión, al eliminarse la protección enmarcada en el artículo 98 de la ley 9 de 1994.

Norma acusada de constitucional:

"Artículo 13 de la ley 43 de 2009. El artículo 134 del Texto Único de la Ley 9 de 1994 queda así:

Artículo 134. Los servidores públicos de Carrera Administrativa se regirán por las regulaciones establecidas en la Ley de la Caja de Seguro Social o en leyes especiales para los efectos de jubilación e invalidez.

El servidor público de Carrera Administrativa que se acoja a jubilación o pensión será desacreditado del Régimen de la Carrera Administrativa."

Normas constitucionales infringidas: Artículos 300 y 307

Concepto de la infracción:

En el caso del artículo 300 se alega que la violación es directa por comisión, en razón de que el artículo cuestionado de constitucional establece un requisito adicional a los que señala la Constitución para la estabilidad o status de carrera administrativa como lo es el no poseer la condición de jubilado o pensionado.

Por su parte, la violación al artículo 307 constitucional la considera directa por falta de aplicación porque se agrega un criterio adicional para excluir a servidores públicos de la carrera administrativa, como lo es el acogerse a una pensión de jubilación o de cualquier otro tipo otorgada por el seguro social.

Norma acusada de constitucional:

"Artículo 15 de la ley 43 de 2009. Se deroga el numeral 13 y se adiciona el numeral 17 al artículo 141 del Texto Único de la Ley 9 de 1994, así:

Artículo 141. Queda prohibido a la autoridad nominadora y al superior jerárquico del nivel administrativo directivo:

...

17. Despedir a los servidores públicos que, al momento de la aplicación de la presente Ley, demuestren que se encuentran padeciendo enfermedades terminales, que están en proceso de recuperación o tratamiento de estas y que tienen discapacidad de cualquier índole."

Norma constitucional infringida: Artículo 17 y el Preámbulo de la Constitución Nacional.

Concepto de la infracción:

El concepto de la infracción se da por violación directa por comisión puesto que el artículo 15 de la Ley 43 de 2009, extingue la obligación legal de las autoridades de no impedir ni obstaculizar la ejecución del sistema de méritos consagrada en el numeral 13 del artículo 141 de la Ley 9 de 1994, todo lo cual, a criterio del actor, es evidentemente contrario al deber de las autoridades de obrar a favor de los derechos y garantías ciudadanas.

Por otro lado, se alega que la norma citada viola de forma directa por comisión, el Preámbulo de nuestra Constitución Política, al convertir a las autoridades en **promotoras de la obstaculización del desarrollo del sistema de méritos** contenido en la misma Constitución Política. Así, se advierte que el preámbulo de nuestra Carta Magna establece como fin supremo de la misma promover la justicia social y el bienestar general entre otros, mientras que la norma demandada sólo promueve lo contrario.

Norma acusada de inconstitucional:

"Artículo 16 de la ley 43 de 2009.

El artículo 182 del Texto Único de la Ley 9 de 1994 queda así:

"Artículo 182. Cincuenta o más servidores públicos de Carrera Administrativa de una institución donde no exista asociación podrán solicitar al Ministerio de Gobierno y Justicia la autorización para inscribir una asociación de servidores públicos.

Igualmente, tres o más asociaciones podrán constituir una federación de asociaciones de servidores públicos."

Norma constitucional infringida: Artículo 68

Concepto de la infracción:

Con respecto a esta norma la violación se considera directa por omisión, por el hecho de **aumentar el número de personas requeridas para organizar una asociación a 50.**

En adición se considera infringido el artículo 3 numeral 2 del Convenio 87 de OIT, ratificado por Panamá, mediante Ley 45 de 2 de febrero de 1967 que establece que “*las autoridades deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar el ejercicio de la libertad sindical o entorpecer su ejercicio legal*”, en este punto se considera que la violación es directa por omisión, al impedir o limitar el ejercicio del derecho de asociación, aumentando el número de asociados requeridos para una asociación gremial.

También se aduce el artículo 16.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, que señala que el ejercicio de la libertad de asociación allí consagrada “*sólo puede estar sujeto a las restricciones que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.*” La transgresión se califica como directa por colisión, porque la limitación impuesta por la norma acusada no se enmarca dentro de los parámetros de restricción plasmados en la norma comentada.

Los artículos 8.1 a y 8.2 del Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos o Protocolo de San Salvador que indican que los Estados garantizarán a los trabajadores el derecho de organizarse y que como proyección de este derecho, “*los Estados partes permitirán a los sindicatos formar federaciones y confederaciones nacionales...*” (art. 8.1) y que *el ejercicio de estos derechos sólo puede estar limitado por las restricciones que sean necesarias en una sociedad democrática* (artículo 8.2), razón por la cual estos artículos son infringidos en concepto de violación directa por comisión.

Norma acusada de constitucional:

“Artículo 17 de la ley 43 de 2009.

El artículo 185 del Texto Único de la Ley 9 de 1994 queda así:

Artículo 185. Sólo podrán ser destituidos por las causales previstas en esta Ley, aunque no sean de Carrera Administrativa, los siguientes servidores públicos:

1. El Secretario General de cada asociación o federación de servidores públicos, desde sus escogencia hasta tres meses después de haber concluido el período para el cual fue electo.
2. Hasta tres miembros directivos principales de las juntas directivas o comités ejecutivos de las asociaciones o federaciones de servidores públicos, designados por la asociación o federación de servidores públicos, designados por la asociación o federación de servidores públicos respectiva, durante el tiempo que sean designados por su organización. Los nombres de estos directivos serán informados a la Dirección General de Carrera Administrativa.
3. Hasta tres miembros de las asociaciones en formación, hasta el otorgamiento de su personería jurídica."

Normas constitucionales infringidas: Artículo 68 y 79

Concepto de la infracción:

El artículo 68 de la Constitución Nacional que reconoce el derecho de asociación o sindicación ya que de acuerdo a la doctrina y a los órganos de gobierno de la Organización Internacional del Trabajo, la libertad de asociación incluye la protección a los dirigentes para ejercer los cargos sindicales o gremiales para los cuales han sido electos por sus bases, **por lo cual la violación de la citada norma es directa por comisión.**

El artículo 79 de la Constitución en concepto de violación directa por omisión al limitarse o disminuirse el derecho de asociación o sindicación eliminando o sustituyendo el fuero sindical de los dirigentes.

Alega también el artículo 3 numeral 2 del Convenio 87 de la OIT, antes citado, al sustituir la obligación de pedir autorización judicial previa para destituir o cambiar las condiciones de trabajo de los dirigentes por la tramitación de la destitución como si gozaran de la condición de carrera administrativa o sea, que sólo pueden ser destituidos invocando una causal prevista en la ley y previo proceso de investigación disciplinaria, la norma disminuye el nivel de protección de los dirigentes, limitando el ejercicio de la libertad sindical, configurándose en violación directa por colisión de la norma demandada.

El artículo 8, numeral 1, literal c y el numeral 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Ley 13 de 1976), en concepto de violación directa por comisión pues se elimina el derecho al fuero laboral, concebido en la Ley 9 de 1994.

Norma acusada de inconstitucional:

"**Artículo 18 de la ley 43 de 2009.** Se deroga el artículo 187 del Texto Único de la Ley 9 de 1994."

Norma constitucional infringida: Artículo 39

Concepto de la infracción:

El artículo 39 de la Constitución Nacional, que autoriza la creación de asociaciones sin fines de lucro como lo son las asociaciones de servidores públicos, en concepto de violación directa por omisión, toda vez que no se hace efectivo ni se permite ejercer el derecho consagrado en el mismo.

Norma acusada de inconstitucional:

"**Artículo 20 de la ley 43 de 2009 (transitorio).**

La administración podrá nombrar a servidores públicos sin la condición de servidores de carrera administrativa hasta el día 31 de julio de 2012. Después de esa fecha, sólo se ingresará a la Administración Pública mediante el Procedimiento Ordinario de Ingreso como señala la Ley 9 de 1994."

Normas constitucionales infringidas: Artículo 300, 302 y 305

Concepto de la infracción:

El artículo 300 de la Constitución Nacional que establece que los servidores públicos deben regirse por un sistema de méritos, la infracción se da en concepto de violación directa por omisión, en razón de que la norma demandada establece una excepción de tres años al ejercicio del sistema de méritos, lo cual no está autorizado por la norma constitucional descrita, ni por ninguna otra norma.

El artículo 302 de la Constitución Nacional que señala que los nombramientos que recaigan en el personal de carrera deben hacerse con base

en el sistema de méritos. Esta norma es infringida en concepto de violación directa por comisión ya que la norma impugnada evita que los nombramientos que se hagan a las personas que deban ocupar puestos de carrera estén precedidos de la verificación de sus méritos profesionales.

El artículo 305 numeral 1 de la Constitución Nacional que crea la carrera administrativa como una forma de concretar el sistema de méritos. La infracción de esta norma constitucional en concepto de violación directa por omisión debido a que el artículo 20 de la ley 43 de 2009 crea una vacatio legis de tres años para reactivar el sistema de carrera administrativa ya iniciado desde 1994, la aplicación de la carrera administrativa, su suspensión y luego su puesta en práctica nuevamente no forma parte del texto constitucional comentado, ni es correcta su interpretación en este sentido.

Norma acusada de inconstitucional:

"Artículo 21 de la ley 43 de 2009 (transitorio). En virtud de la entrada en vigencia de la presente Ley, se deja sin efecto todos los actos de incorporación de servidores públicos a la Carrera Administrativa realizados, a partir de la aplicación de la Ley 24 de 2007, en todas las instituciones públicas."

Normas constitucionales infringidas: Artículo 46 y 300

Concepto de la infracción:

El artículo 46 de la Constitución Nacional que señala que las leyes no tienen efecto retroactivo salvo las de orden público e interés social cuando ellas así lo declaren. La infracción de la norma comentada lo es en concepto de violación directa por falta de aplicación, en razón de que la desacreditación de carrera administrativa de los servidores públicos no es interés social y no reúne el requisito para declarar la retroactividad de la norma.

El artículo 300 constitucional que establece el sistema de méritos que debe regir a los servidores públicos. La infracción de esta norma se considera directa por comisión pues la norma impugnada hace todo lo contrario a lo previsto por el texto de la norma constitucional comentada.

Norma acusada de constitucional:

"Artículo 22 (transitorio). A partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, se dejan sin efecto los nombramientos en los cargos de la Junta Técnica de Carrera Administrativa y la Junta de Apelación y Conciliación."

Normas constitucionales infringidas: 184, 74, 159 y 300**Concepto de la infracción:**

El artículo 184 numeral 6 de la Constitución Política el cual establece que corresponde al Presidente de la República en conjunto con el Ministro del ramo (en este caso Ministro de la Presidencia), nombrar a las personas que deban desempeñar cualesquiera cargos o empleos nacionales cuya provisión no corresponda a otro funcionario o corporación. Los nombramientos hechos por el Órgano Ejecutivo en la Junta Técnica y la Junta de Apelación y Conciliación de Carrera Administrativa, sólo pueden ser desechos en la misma forma, es decir, por el Órgano Ejecutivo. Hacerlo de otra forma es violar el precepto constitucional comentado. La violación es directa por falta de aplicación ya que no fue considerado este artículo constitucional en la elaboración del artículo 22 de la Ley 43 de 2009.

El artículo 74 constitucional, que señala que los trabajadores no deben ser despedidos sino es por causa justificada, y la violación es directa por comisión porque se hizo precisamente lo contrario al destituir a los miembros de la Junta Técnica y la Junta de Apelación y Conciliación de Carrera Administrativa por vía de Ley, sin justificación alguna.

El artículo 159 de la Constitución, que describe la función legislativa y numera de manera específica, el contenido de las leyes que puede dictar el órgano legislativo. En ninguno de sus numerales se señala, expresa ni sutilmente, la posibilidad de destituir servidores públicos de manera directa. En este punto la infracción se da en concepto de violación directa por

comisión, ya que al dictar el artículo 22, el legislador no tomó en cuenta las limitaciones que le establece la norma constitucional.

El artículo 300 de la Constitución que en su primer párrafo prohíbe que cualquier autoridad individual remueva a los servidores públicos discrecionalmente, la violación es directa por comisión, pues el artículo 22 cuestionado hace todo lo contrario a lo preceptuado en el texto constitucional.

Norma atacada de inconstitucional:

"Artículo 27 ley 43 de 2009. Se Deroga el artículo 79 del Texto Único de la Ley 12 de 1998."

Normas constitucionales infringidas: Artículos 17, 201, 206, numeral 2.

Concepto de la infracción:

El artículo 17 de la Constitución Nacional que establece que las autoridades están instituidas para garantizar el disfrute de las garantías fundamentales a todos los ciudadanos y una de esas garantías es el acceso a la justicia, contenida en el artículo 201 de la propia Constitución, que establece el derecho de todo ciudadano a la justicia gratuita, expedita e ininterrumpida.

A su criterio, esta obligación de las autoridades pretende ser conculcada por el artículo 27 en perjuicio de los servidores públicos del órgano legislativo al eliminar su derecho a recurrir ante la Corte Suprema de Justicia en busca de auxilio judicial. La infracción se concreta entonces en violación directa por colisión con el texto constitucional descrito.

El artículo 206 numeral 2 de la Constitución que establece la jurisdicción contencioso administrativa, a la cual podrán acogerse "*las personas afectadas por el acto, resolución, orden, o disposición de que se trate*", se contradice con el texto del artículo 27 de la Ley 43 de 2009, que elimina el derecho a recurrir ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, se opone al texto constitucional descrito. La violación es directa por colisión pues la norma demandada declara lo contrario al precepto constitucional comentado.

Norma acusada de constitucional:

"Artículo 30 ley 43 de 2009. Se dejan sin efecto las acreditaciones de los funcionarios a la Carrera de Servicios Aduaneros realizadas en cumplimiento del artículo transitorio 1 y el artículo transitorio 2 del Decreto Ejecutivo 47 de 25 de junio de 2009."

Normas constitucionales infringidas: 46 y 300

Concepto de la infracción:

El artículo 46 de la Constitución que establece que las leyes no tienen efecto retroactivo salvo las de orden público e interés social cuando en ellas así se declare. La infracción se expresa en concepto de violación directa por omisión, pues no es dable ordenar la desacreditación de la carrera de servicios aduaneros de los servidores públicos de aduanas porque eso no es ningún interés de la sociedad, razón por la cual no se reúne el requisito que exige la Constitución para declarar la retroactividad de la norma.

El artículo 300 de la Constitución Nacional que establece en su segundo párrafo, el sistema de méritos que debe regir a los servidores públicos. La infracción se plantea en concepto de violación directa por comisión pues la norma impugnada hace todo lo contrario.

Norma acusada de constitucional:

"Artículo 32 de la ley 43 de 2009.

La presente Ley es de orden público y tiene efectos retroactivos hasta el 2 de julio de 2007.

Normas constitucionales infringidas: 46 y 300

Concepto de la infracción:

El artículo 46 de la Constitución Nacional que señala que las leyes no tienen efectos retroactivos excepto las de orden público e interés social, cuando en ellas así se exprese. La infracción se produce en concepto de violación directa por omisión ya que el legislador dejó de aplicar el texto constitucional al producir una norma legal con efectos retroactivos sin que la misma esté provista de un interés social.

El artículo 300 constitucional que indica en su segundo párrafo que los servidores públicos se regirán por el sistema de méritos y que su estabilidad estará condicionada a su competencia, lealtad y moralidad en el servicio. La infracción es en concepto de violación directa por falta de aplicación ya que al eliminar los derechos adquiridos sobre estabilidad en forma retroactiva, se hace caso omiso de la norma constitucional que ordena la existencia del sistema de méritos y estabilidad con base en la competencia, lealtad y moralidad en el servicio.

El artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Ley 13 de 1976) que indica que los derechos reconocidos o garantizados en dicho Pacto no podrán ser sometidos a restricciones salvo aquellas establecidas en la ley “*sólo en la medida en que sean compatibles con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática*”. Los derechos a los que se refiere esta norma, contenidos en el Pacto, incluyen salario equitativo, igualdad de género; condiciones de existencia y de trabajo dignas; seguridad e higiene en el trabajo; oportunidad de promoción laboral, descansos obligatorios, sindicalización, etc.

En este caso la violación se concreta en violación directa por falta de aplicación. El artículo 32 de la Ley 43 de 2009 pretende aplicar retroactivamente la revocatoria de derechos adquiridos de los servidores públicos, descritos en el Pacto comentado y con ello se dejan de aplicar los parámetros descritos en la norma comentada en cuanto a las fronteras que no puede traspasar el Estado al limitar el ejercicio de esos derechos socio – laborales, expuestos en la norma comentada.

B. Criterio de la Procuraduría General de la Nación, en lo que respecta a la segunda demanda.

Admitida la demanda y conforme al procedimiento establecido, se le dio traslado a la Procuradora General de la Nación. Sobre el particular **la entonces Procuradora General de la Nación, licenciada ANA MATILDE GOMEZ RUILOBA, mediante Vista N° 43 de 16 de diciembre de 2009 (ver folio 92 al folio 130)** emitió oportunamente su opinión respecto a la segunda demanda presentada por el Licenciado CARLOS AYALA MONTERO, en representación de la Federación Nacional de Asociaciones y Organizaciones de Servidores Públicos (FENASEP).

En relación con la aludida inconstitucionalidad del **artículo 1 de la Ley 43 de 2009**, en virtud del cual se modifican las definiciones de los términos de servidores públicos de carrera y servidores públicos que no son de carrera y se elimina el término de los servidores públicos en funciones del Texto Único de la Ley 9 de 1994, estimó que la citada norma no concilia los artículos 299 y 300 de la Constitución Política toda vez que mantiene el reconocimiento de los servidores públicos de Carrera Administrativa a quienes hayan cumplido con las normas de la Ley 9 de 1994, es decir, que cumplieron con el procedimiento ordinario dispuesto en el artículo 61 del Texto Único de Carrera Administrativa, que contempla: 1) Concurso de antecedentes o examen de libre oposición y 2) Evaluación de ingreso; requisitos que no han sido modificados o derogados ya que se reconocen los derechos que ostenta el servidor público de Carrera Administrativa que haya cumplido con dichos parámetros.

En cuanto a la eliminación de los servidores públicos en funciones del listado de aquellos que no son de carrera administrativa, dicha exclusión obedece a una decisión legislativa que produce que la acción de inconstitucionalidad no pueda encausarse contra dicha omisión o exclusión

efectuada por el Órgano Legislativo en el ejercicio de la función legislativa, puesto que el sistema jurídico panameño no contempla la demanda de inconstitucionalidad por omisión.

Agrega la Procuradora que , sobre la demanda de inconstitucionalidad por omisión, existen varios pronunciamientos de los cuales citó la sentencia de 27 de abril de 2009, del Pleno de la Corte Suprema de Justicia:

"A este respecto coincide la Corte con lo argumentado por la Procuraduría de la Administración en el sentido de que, la falta de una regulación expresa sobre estas materias no constituye sustento constitucional para declarar la inconstitucionalidad de dichas normas legales, ya que en nuestro medio jurídico no existe la acción de inconstitucionalidad por omisión.

Así mismo, es oportuno puntualizar que según lo establecido en el artículo 206 de la Carta Fundamental, el control de constitucionalidad sólo abarca la inconstitucionalidad de leyes, decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos que sean impugnados ante la Corte, veamos:

"Artículo 206. La Corte Suprema de Justicia tendrá, entre sus atribuciones constitucionales y legales, las siguientes:

.....
10. La guarda de la integridad de la Constitución para lo cual la Corte en Pleno conocerá y decidirá, con audiencia del Procurador General de la Nación o del Procurador de la Administración, sobre la inconstitucionalidad de las Leyes, decretos, acuerdos, resoluciones y demás actos que por razones de fondo o de forma impugne ante ella cualquier persona..."

De la transcrita norma constitucional se deduce que en nuestro sistema sólo son objeto de control de constitucionalidad: las acciones y actos de carácter regulatorio que sean violatorios de la Carta Fundamental.

Esta afirmación tiene una importante consecuencia: la Corte Suprema de Justicia de Panamá no es competente para pronunciarse respecto de una acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa..."

En tal sentido, la Procuradora explicó que, en el caso bajo estudio, al eliminarse del artículo 2 del Texto Único de la Ley 9 de 1994, el término de servidores públicos en funciones del glosario, impide que el órgano jurisdiccional pueda pronunciarse sobre esta decisión del Órgano Legislativo porque ello desbordaría las facultades jurisdiccionales pues

obligaría al Pleno de la Corte Suprema de Justicia a emitir órdenes que por sus alcances no serían jurisdiccionales, sino legislativas.

Agrega, sobre el particular, que si bien la Corte Suprema de Justicia ha reemplazado o eliminado normas cuyo texto es inconstitucional, en el caso subjúdice, el legislador descartó del texto de la norma demandada como inconstitucional la referencia a los servidores públicos en funciones.

Por el razonamiento anterior, la señora Procuradora General de la Nación estimó que no son inconstitucionales los artículos 1, 9, 10, 11, 12, 15, 18 y 27 de la Ley 43 de 30 de julio de 2009 y no se pronunció sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del artículo 13 Lex cit.

Dicho lo anterior, la Procuradora se refirió a la supuesta inconstitucionalidad del **artículo 2 de la Ley 43 de 2009**, que modifica el artículo 16 del Texto Único de la Ley 9 de 1994, el cual establece que el Subdirector General deberá reunir los mismos requisitos para el cargo de Director General, y al respecto estimó que esta disposición legal no conculca el artículo 300 de la Constitución Política, toda vez que para desempeñar dicha designación se cumplirá con la selección por mérito, es decir, en atención a las cualidades personales y capacidad profesional exigidos para desempeñarse en la función pública.

Refiere la funcionaria, que para ser Subdirector General se deberá reunir los mismos requisitos establecidos para el Director General, los cuales de conformidad con el artículo 15 del Texto Único de la Ley 9 de 1994, son: 1) Ser panameño mayor de 30 años, 2) No tener antecedentes delictivos, 3) Tener título universitario y acreditar conocimientos técnicos y prácticos en administración y 4) Poseer experiencia no menor de diez años en puestos de jefatura en la administración estatal o privada.

En relación a la supuesta infracción del artículo 8 Lex Cit. , a la Constitución, la Procuradora compartió los señalamientos esgrimidos por el recurrente, en virtud de que a través de esta norma se establecen límites para ingresar a la carrera administrativa que no se encuentran previstos en el texto constitucional, ya que por ser jubilado o pensionado, no significa el cese de la actividad laboral, por lo que si se cumple con las exigencias del procedimiento ordinario de ingreso regulado en la Sección 2º, del Título IV del Texto Único de Carrera Administrativa, este servidor debería tener la opción para adquirir el status de servidor público de Carrera Administrativa.

Ante lo expuesto, la Procuradora de la Nación, consideró que el segundo párrafo del artículo 8 Lex Cit. contraría los artículos 64 y 300 de la Constitución Nacional, en razón de que, el hecho de gozar de la jubilación o pensión, no es un obstáculo para que se le reconozca a este funcionario otros derechos, ya que si cumple con el procedimiento ordinario de ingreso previsto en el Texto Único de Carrera Administrativa, tiene derecho a que, asimismo, se le reconozca como servidor público de carrera administrativa.

En lo que respecta a la supuesta conculcación del artículo 15 Lex Cit. , al Preámbulo de la Constitución Nacional, es importante señalar que ésta fija los criterios de interpretación que efectuará la autoridad judicial al momento que se someta una controversia ante dicha jurisdicción. Por tanto, estima que corresponde a este Pleno, fijar la validez que tiene el Preámbulo de la Constitución Política de la República de Panamá al analizar esta demanda de inconstitucionalidad, razones por las cuales consideró, en relación con la función legislativa y la inconstitucionalidad por omisión, que el artículo 15 de la Ley 43 de 2009, no produce la alegada infracción al Texto Fundamental.

En relación con el artículo 16 Lex Cit. , en virtud de la cual se modificó el artículo 182 del Texto Único de la Carrera Administrativa y que aumenta la cantidad de cuarenta a cincuenta servidores públicos de una institución para constituir una asociación de servidores públicos, consideró que no infringe el Texto Constitucional puesto que es potestativo del legislador aumentar o disminuir la cuota de las personas que son necesarias para el reconocimiento de los sindicatos, ya que el inciso tercero del artículo 68 de la Constitución Política establece: "La ley regulará lo concerniente al reconocimiento por el Ejecutivo de los sindicatos, cuya personería jurídica quedará determinada por la inscripción."

En lo concerniente a la supuesta violación del artículo 4 de la Constitución Nacional y por la cual se produce a su vez, la infracción al numeral 2 del artículo 3 del Convenio 87 de la OIT, **la Procuraduría no comparte los criterios del demandante, toda vez que los convenios internacionales para que tengan rango constitucional deben ser ratificados e incorporados al bloque de la constitucionalidad por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, de manera que sólo algunos convenios pertenecen al Bloque de la Constitucionalidad y en el caso del Convenio 87, sobre la Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo, este no forma parte del bloque de la constitucionalidad (Cfr. Sentencia de 3 de diciembre de 2008).**

Al analizar los cargos de infracción por parte del artículo 16 de la ley 43 de 2009, a los artículos 16.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que versa sobre la libertad de asociación y los artículos 8.1.a y 8.2 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador" que reconocen los derechos sindicales, la Procuradora opinó, que tal infracción no se da, toda vez que el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, es el único precepto que ha sido incluido en el bloque de la constitucionalidad, en la medida

que complementa o adiciona el ámbito de protección de los derechos humanos. (Cfr. sentencia 8 de noviembre de 1990 y de 19 de marzo de 1991).

En referencia al artículo 17 Lex Cit., expresó que la misma deviene en inconstitucional porque infringe el artículo 68 de la Constitución Nacional, toda vez que a través de esta norma se autoriza la destitución de los servidores públicos que ocupen el cargo de Secretario General de una asociación e igualmente permite la destitución de tres miembros directivos principales de juntas directivas o comités ejecutivos de asociaciones o federaciones de servidores públicos, decisión que, además, podrá adoptarse con respecto a tres miembros de las asociaciones en formación. Ante este planteamiento, expresa la Procuradora de la Nación que el reconocimiento del fuero sindical consagrado en el artículo 68 de la Constitución Política, es un mandato que debe ser acatado por todas las autoridades administrativas, judiciales y policivas, por ende, estima que la facultad negativa otorgada por el legislador para que las autoridades administrativas puedan destituir al personal directivo de las asociaciones o federaciones de los servicios públicos es contrario al derecho de sindicación de los trabajadores, reconocido en la Constitución.

Agrega la funcionaria, que a nivel legal, el fuero sindical se encuentra regulado en el artículo 383 del Código de Trabajo, que aún cuando no es una normativa aplicable al sector público, contempla las materias que son amparadas por el instituto. Igualmente, reconoce que la sindicalización para los asalariados y profesionales de todas clases para los fines de su actividad económica y social; **que el artículo 17 de la Ley 43 de 2009 coarta el reconocimiento y vigencia de la sindicación puesto que limita el alcance tutitivo del fuero sindical que ampara a los dirigentes de estas organizaciones.** Así entonces, se efectúa un señalamiento directo contra el Secretario General de cada asociación o federación, así como a los directivos

principales de las juntas directivas o comités ejecutivos de las asociaciones o federaciones de servidores públicos, quienes podrán ser destituidos sin observar mayores trámites, **con lo cual se desconoce el fuero sindical de que gozan al representar estas asociaciones y convierte en nugatorio el derecho de sindicación de los servidores públicos.**

En lo que respecta al **artículo 20 Lex Cit.**, no comparte los argumentos del recurrente, en razón de que la Constitución Nacional no establece términos en los cuales tienen que darse las acreditaciones de los servidores públicos para que ingresen al sistema de Carrera Administrativa.

En cuanto al **artículo 21 Lex Cit.**, disiente del criterio del demandante toda vez que los actos de incorporación de los servidores públicos en funciones creado mediante la Ley 24 de 2 de julio de 2007, permitió que servidores públicos fuesen incorporados a la Carrera Administrativa de forma automática, sin verificar si reunían los requisitos mínimos para el cargo y sin concurso, apartándose de la fórmula aceptada de que la función pública se ejerce en propiedad por el sistema de méritos, que consagra el artículo 300 de la Constitución Política.

En consecuencia, a su criterio, el reconocimiento efectuado de manera impropia no puede constituirse, para quien lo ostenta, en un derecho; sino, una mera expectativa, que puede ser modificada o alterada por voluntad de la autoridad, razón por la cual consideró que no se produce la alegada violación a la Constitución.

Con referencia al **artículo 22 (transitorio) de la Ley 43 de 2009**, expresó que no se configura la alegada inconstitucionalidad porque el artículo 302 de la Constitución Nacional establece: "los principios para los nombramientos, ascensos, suspensiones, traslados, destituciones, cesantía y jubilaciones serán determinadas por la Ley" y en el caso bajo estudio, es a través de una norma

con jerarquía de Ley que se determina que se dejarán sin efecto los nombramientos en los cargos de la Junta Técnica de Carrera Administrativa y la Junta de Apelación y Conciliación correspondiéndole la ejecución de dicho mandato legal al Órgano Ejecutivo.

En cuanto a la supuesta inconstitucionalidad del artículo 30 Lex Cit., en virtud del cual se deja sin efecto las acreditaciones efectuadas a través del artículo transitorio 1 y artículo transitorio 2 del Decreto Ejecutivo No. 47 de 25 de junio de 2009, señala la Procuradora que es importante acotar que los deberes y derechos de los servidores públicos sólo pueden establecerse mediante Ley, como lo preceptúa el artículo 302 de la Constitución Política.(Cfr. sentencia 6 de julio de 1993). Por consiguiente, no es inconstitucional el artículo 30 de la Ley 43 de 2009.

Por último, en lo que respecta a la aludida inconstitucionalidad del artículo 32 Lex Cit., indica que el concepto de orden público guarda relación con la existencia de ciertas condiciones de estabilidad y seguridad jurídica, que son necesarias para el buen desempeño, en este caso, de la Administración Pública. (Cfr. sentencia de 23 de mayo de 1991).

Concluye la Procuradora, que las reformas consignadas en la Ley 43 de 30 de julio de 2009, son normas de derecho público, en la medida que se encuentran vinculadas con la potestad que tiene la autoridad administrativa para verificar que los nombramientos se hayan efectuado conforme lo dispone la Ley y en el ámbito de la especialidad del Derecho Administrativo, que es la Carrera Administrativa, exige que se adopten decisiones en relación con los servidores públicos que han adquirido el estatus de servidor de carrera administrativa al margen de lo dispuesto en el texto constitucional, por lo que se trata de un vicio que trasciende el interés de los particulares y que impacta al orden público y al interés general, que afecta el buen desempeño de la administración pública, por

lo que a su criterio el artículo 32 no infringe el artículo 46 de la Constitución Política.

III. ADVERTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD INTERPUESTA POR EL LICENCIADO JUAN JESÚS CEDEÑO EN REPRESENTACIÓN DE JESSICA EDITH ZAMORA GONZALEZ

Mediante la Nota No. 1467- DAL – 09 el licenciado Ramón Urieta, Director Institucional de Recursos Humanos del entonces Ministerio de Gobierno y Justicia, remitió al Presidente de la Corte Suprema de Justicia, el escrito de Advertencia de Inconstitucionalidad en contra de la frase: **“se dejan sin efecto todos los actos de incorporación de los servidores públicos a la Carrera Administrativa realizados a partir de la aplicación de la Ley 24 de 2007, en todas las entidades públicas”**, del artículo 21 (transitorio) de la Ley 43 de 30 de julio de 2009, presentada por el licenciado JUAN JESÚS CEDEÑO en representación de JESSICA EDITH ZAMORA GONZALEZ.

A. Indicación de las disposiciones acusadas de inconstitucionales, las normas constitucionales infringidas y el concepto de la infracción.

Norma acusada de inconstitucional:

La norma advertida como inconstitucional es el artículo 21 (transitorio) de la Ley 43 de 30 de julio de 2009, “Que reforma la Ley 9 de 1994, que desarrolla la Carrera Administrativa y la Ley 12 de 1998, que desarrolla la carrera del Servicio Legislativo, y dicta otras disposiciones.”

“Artículo 21 de la ley 43 de 2009 (transitorio). En virtud de la entrada en vigencia de la presente Ley, se deja sin efecto todos los actos de incorporación de servidores públicos a la Carrera Administrativa realizados, a partir de la aplicación de la Ley 24 de 2007, en todas las instituciones públicas.”

Normas constitucionales infringidas y el concepto de la infracción.

El recurrente estima que la norma transcrita viola en forma directa el artículo 46 de la Constitución Política, sustentado en que no basta que el legislador le haya dado el carácter de orden público; es decir, que es una

442

discrecionalidad del legislador, agrega el letrado que por el contrario, la norma debe tener en su contenido un carácter de orden público.

B. Criterio de la Procuraduría General de la Nación, en lo que respecta a la tercera demanda.

Mediante la vista No. 33, de 13 de noviembre de 2009, constante de fojas 164 a 170 del expediente, la entonces Procuradora General de la Nación, Ana Matilde Gómez, emitió concepto en los siguientes términos:

"El activador constitucional centra su argumento en el hecho, de que, a pesar que la Ley No. 43 de 30 de julio de 2009 expresamente indica que se trata de una ley de orden público, ello es insuficiente para asignarle dicha categoría jurídica.

Soy de la opinión que el debate es propio de otra acción distinta a la presente toda vez, que no se configuran dos (2) de las exigencias para que pueda ser admitida la advertencia de inconstitucionalidad, a saber:

Que exista un proceso en curso

Que se trate de una disposición legal o reglamentaria aplicable al caso la que se considere inconstitucional.

Del estudio del libelo interpuesto por el licenciado **JUAN JESÚS CEDEÑO** se desprende que no estamos frente a un proceso, toda vez que se colige que se trata de una acción de personal realizada por la Dirección de Recursos Humanos del Ministerio de Gobierno y Justicia. Ello, desde el momento en que el superior jerárquico de la funcionaria **JESSICA ZAMORA** fue notificado de su reubicación en otra posición dentro del Ministerio de Gobierno y Justicia, lo cual se desprende de la propia manifestación del demandante, cuando señala en el punto tercero del apartado segundo de la advertencia de inconstitucional lo siguiente:

"Que mediante Resolución Administrativa No. 099 de 21 de agosto de 2009, el Doctor RAMON URIETA, Director de la Dirección de Recursos Humanos del Ministerio de Gobierno y Justicia, reasigna, a la servidora pública JESSICA ZAMORA, con cédula de (sic) No. 8-509-283, que actualmente ocupa el puesto de JEFA DE SECCION DE RECURSOS HUMANOS, con la Posición No. 3366, con un sueldo de B/1080.00 en la Dirección General de Sistema Penitenciario para ocupar el puesto de ANLISTA DE RECURSOS HUMANOS, en el Instituto de Estudios Interdisciplinarios, por necesidad del servicio..."(fs. 4-5)

Visto lo anterior, no es técnicamente posible considerarlo un proceso en curso y menos de identificar una norma aplicable al caso. Tal como se infiere del párrafo que antecede, se trata de una resolución y no de una disposición legal o reglamentaria, la

que fue notificada a una servidora pública como una acción de personal, por parte de la Dirección de Recursos Humanos de Gobierno y Justicia....

Los señalados desaciertos por parte del activador me impiden establecer criterios de fondo en torno a la inconstitucionalidad o no de la frase contenida en el artículo 21 de la Ley No. 43 de 30 de julio de 2009. En su lugar, corresponde en derecho recomendar que la presente advertencia de inconstitucionalidad interpuesta por el letrado JUAN JESÚS CEDEÑO, se declare no viable.

...En atención a las consideraciones vertidas, recomiendo a los Honorables Magistrados del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, que declaren NO VIABLE la Advertencia de Inconstitucionalidad promovida por el licenciado JUAN JESÚS CEDEÑO en contra del artículo 21 (transitorio) de la Ley No. 43 de 30 de julio de 2009..."

IV. ADVERTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD INTERPUESTA POR EL LICENCIADO CARLOS AYALA MONTERO, EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DE REYNALDO NÚÑEZ M., A FIN DE QUE SE DECLARE INCONSTITUCIONAL LOS ARTÍCULOS 21, 30 Y 32 DE LA LEY 43 DE 30 DE JUNIO DE 2009.

Mediante Nota No. 35 – DMLRFS – 14 de 24 de abril de 2014, el Magistrado Luis Ramón Fábrega, (foja 181 exp.) remitió al Pleno de la Corte Suprema de Justicia, la advertencia de inconstitucionalidad presentada dentro del proceso contencioso administrativo de Plena Jurisdicción interpuesto por el Licenciado CARLOS AYALA MONTERO, en representación de Reynaldo Nuñez Montoto, contra los artículos 21, 30 y 32 de la Ley 43 de 30 de junio de 2009.

A. Indicación de las disposiciones acusadas de inconstitucionales, las normas constitucionales infringidas y el concepto de la infracción.

Norma acusada de inconstitucional:

"Artículo 21 de la ley 43 de 2009 (transitorio). En virtud de la entrada en vigencia de la presente Ley, se deja sin efecto todos los actos de incorporación de servidores públicos a la Carrera Administrativa realizados, a partir de la aplicación de la Ley 24 de 2007, en todas las instituciones públicas."

Indica el actor que este artículo viola el artículo 46 de la Constitución Política que señala que las leyes no tienen efecto retroactivo salvo las de orden público e interés social cuando en ellas así se declare. La infracción de la norma comentada se enfoca en concepto de violación directa por falta de aplicación.

También se indica como infringido por la citada norma el segundo párrafo del artículo 300 constitucional que establece el sistema de méritos que debe regir a los servidores públicos. La infracción se estima directa por comisión pues la norma impugnada hace todo lo contrario a lo previsto por el texto de la norma constitucional.

Se señala infringido el artículo 7 del Protocolo de San Salvador pues en aquel se establece la estabilidad laboral como un derecho que los Estados miembros deben fomentar, razón por la que la infracción deviene directa por comisión.

El artículo 3 del Protocolo de San Salvador, que declara que los Estados que forman parte de este Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos allí descritos, sin discriminación alguna, es violado por esta norma, según el demandante, de manera directa por falta de aplicación.

Igualmente, se considera violatorio del artículo 3 del Convenio 111 de OIT, el cual señala que los Estados se obligan a formular y llevar a cabo políticas nacionales que promuevan la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación.

Esta norma se considera vulnerada en concepto de violación directa por falta de aplicación.

Norma acusada de constitucional:

"Artículo 30 ley 43 de 2009. Se dejan sin efecto las acreditaciones de los funcionarios a la Carrera de Servicios Aduaneros realizadas en cumplimiento del artículo transitorio 1 y el artículo transitorio 2 del Decreto Ejecutivo 47 de 25 de junio de 2009."

Sobre este artículo el demandante no citó las normas constitucionales que estima vulneradas por el mismo, ni el concepto de la infracción.

Norma acusada de constitucional:

"Artículo 32 de la ley 43 de 2009.

La presente Ley es de orden público y tiene efectos retroactivos hasta el 2 de julio de 2007."

El artículo 46 de la Constitución Nacional que señala que las leyes no tienen efectos retroactivos excepto las de orden público e interés social, cuando en ellas así se exprese. La infracción se produce en concepto de violación directa por omisión ya que el legislador dejó de aplicar el texto constitucional al producir una norma legal con efectos retroactivos sin que la misma esté provista de un interés social.

El artículo 300 constitucional que indica en su segundo párrafo que los servidores públicos se regirán por el sistema de méritos y que su estabilidad estará condicionada a su competencia, lealtad y moralidad en el servicio. La infracción es en concepto de violación directa por falta de aplicación ya que al eliminar los derechos adquiridos sobre estabilidad en forma retroactiva, se hace caso omiso de la norma constitucional que ordena la existencia del sistema de méritos y estabilidad con base en la competencia, lealtad y moralidad en el servicio.

El artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Ley 13 de 1976) que indica que los derechos reconocidos o garantizados en dicho Pacto no podrán ser sometidos a restricciones salvo aquellas establecidas en la ley "*sólo en la medida en que sean compatibles con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática*". Los derechos a los que se refiere esta norma, contenidos en el Pacto, incluyen salario equitativo, igualdad de género; condiciones de existencia y de trabajo dignas; seguridad e higiene en el trabajo; oportunidad de promoción laboral, descansos obligatorios, sindicalización, etc.

En este caso la violación se concreta en violación directa por falta de aplicación. El artículo 32 de la Ley 43 de 2009 pretende aplicar retroactivamente

446

la revocatoria de derechos adquiridos de los servidores públicos, descritos en el Pacto comentado y con ello se dejan de aplicar los parámetros descritos en la norma comentada en cuanto a las fronteras que no puede traspasar el Estado al limitar el ejercicio de esos derechos socio – laborales, expuestos en la norma comentada.

B. Criterio de la Procuraduría de la Administración, en lo que respecta a la cuarta demanda.

Mediante vista No. 229 de 23 de mayo de 2014, el entonces Procurador de la Administración, el licenciado Oscar Ceville, emitió su concepto en los siguientes términos (fojas 194 a 204):

"Una vez examinado el contenido de la advertencia de inconstitucionalidad en estudio, esta Procuraduría considera que la misma resulta no viable por las siguientes razones de forma y de fondo.

A. Razones de forma...

1. El apoderado judicial del actor carece de legitimidad de personería para actuar en su nombre y representación...

Tal como se observa en la presente advertencia de inconstitucionalidad, el Licenciado Carlos Ayala Montero manifiesta que actúa en nombre y representación de Reynaldo Nuñez M., en el proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción...sin embargo, en el expediente judicial en estudio no consta que este último le haya otorgado poder al abogado para interponer la acción objeto de análisis...

2. La acción ensayada no cumple con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 665 del Código Judicial, ya que en la misma se omiten datos personales referentes al demandante y su apoderado, como lo son el número de cédula de identidad personal y la habitación o domicilio en los que ambos pueden ser localizados.
3. La advertencia de inconstitucionalidad no cumple con los requisitos establecidos en los artículos 101 y 665, numeral 2, del Código Judicial. En efecto, podemos observar que el escrito de demanda se dirige al "HONORABLE MAGISTRADO SUSTANCIADOR, SALA TERCERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO", lo que incumple con lo dispuesto en los artículos 101 y 665, numeral 2, del Código Judicial, según los cuales, dicho escrito debe dirigirse al Magistrado Presidente de la Corte Suprema de Justicia...

y47

B. Razón de Fondo de la inadmisibilidad.

...la advertencia de inconstitucionalidad en estudio resulta no viable, porque las normas impugnadas no son aplicables al proceso del cual emerge la referida acción...

Al analizar el contenido de las normas acusadas, observamos que las mismas únicamente pueden ser aplicadas en aquellos casos en los que intervengan los funcionarios adscritos al régimen de la Carrera Administrativa que hayan ingresado a partir de la Ley 24 de 2007; situación en la que no se encuentra comprendido Reynaldo Nuñez Montoto, puesto que, tal como lo alegó al presentar la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción de la cual emerge la acción constitucional en estudio, la incorporación al régimen de carrera al que dice pertenecer se produjo a partir de su acreditación en julio de 1999; es decir, mucho antes de la entrada en vigencia de la Ley 24 de 2007, de ahí que no resultan pertinentes las normas sobre desacreditación establecidas en los artículos 21 y 32 de la Ley 43 de 2009, máxime porque esta última comprende un ámbito de aplicación retroactivo únicamente hasta el 2 de julio de 2007...

...Luego de las consideraciones antes expuestas, esta Procuraduría puede concluir que las disposiciones que aparecen advertidas como inconstitucionales no son normas sustantivas idóneas para decidir la pretensión de la parte actora, pues, no resultan aplicables en la situación en estudio, razón por la cual, en atención a ello y a los motivos de forma anteriormente expresados, solicitamos a los Honorables Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, se sirvan declarar NO VIABLE la advertencia de inconstitucionalidad presentada en contra de los artículos 21 y 32 de la Ley 43 de 2009, por el Licenciado Carlos Ayala Montero, en representación de Reynaldo Nuñez Montoto.

V. ADVERTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD INTERPUESTA POR EL LICENCIADO CARLOS AYALA MONTERO EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DE IVAN PEREZ, A FIN DE QUE SE DECLAREN INCONSTITUCIONALES LOS ARTICULOS 21, 30 Y 32 DE LA LEY 43 DE 2009 QUE MODIFICA LA LEY DE CARRERA ADMINISTRATIVA.

VI. ADVERTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADA POR EL LICENCIADO CARLOS AYALA MONTERO EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DE MIRIAM POLO DENTRO DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE PLENA JURISDICCIÓN INTERPUESTO CONTRA LA LOTERÍA NACIONAL DE BENEFICENCIA, PARA QUE SE DECLAREN INCONSTITUCIONALES LOS ARTICULOS 21, 30 Y 32 DE LA LEY 43 DE 2009.

VII. ADVERTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADA POR EL LICENCIADO CARLOS AYALA MONTERO, EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DE VIRGILIO SIMION, DENTRO DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE PLENA JURISDICCIÓN INTERPUESTO CONTRA EL MINISTERIO DE TRABAJO Y DESARROLLO LABORAL, PARA QUE SE DECLAREN INCONSTITUCIONALES LOS ARTICULOS 21, 30 Y 32 DE LA LEY 43 DE 2009.

VIII. ADVERTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADA POR EL LICENCIADO CARLOS AYALA MONTERO EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DE HERMEL CRUZ CASTILLO PARA QUE SE

448

DECLAREN INCONSTITUCIONALES LOS ARTICULOS 21, 30 Y 32 DE LEY 43 DE 30 DE JUNIO DE 2009.

IX. ADVERTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADA POR EL LICENCIADO CARLOS AYALA MONTERO, DENTRO DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE PLENA JURISDICCIÓN INTERPUESTO POR KATHIA DE WALDRON CONTRA EL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES PARA QUE SE DECLAREN INCONSTITUCIONALES LOS ARTICULOS 21, 30 Y 32 DE LA LEY 43 DE 2009.

X. ADVERTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADA POR EL LICENCIADO CARLOS AYALA MONTERO, DENTRO DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE PLENA JURISDICCIÓN INTERPUESTO POR ANA LENY VILLARREAL CONTRA EL MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, PARA QUE SE DECLAREN INCONSTITUCIONALES LOS ARTICULOS 21, 30 Y 32 DE LA LEY 43 DE 2009.

XI. DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADA POR EL LICENCIADO CARLOS AYALA MONTERO EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DE DOMINGO MORENO PARA QUE SE DECLARE INCONSTITUCIONAL EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTICULO 134 DEL TEXTO UNICO DE LA LEY 9 DE 1994, REFORMADO POR EL ARTICULO 13 DE LA LEY 43 DE 2009.

Con relación a las demandas V, VI, VII, VIII, IX, X y XI observa el Pleno que dichas demandas fueron interpuestas por el mismo apoderado judicial, y en cada una de ellas demanda **los mismos artículos de la Ley 43 de 2009 a saber: 13, 21, 30 y 32** sustentando iguales cargos de inconstitucionalidad, razón por la cual nos referiremos a ellas en bloque.

Norma acusada de inconstitucional:

“Artículo 13 de la ley 43 de 2009. El artículo 134 del Texto Único de la Ley 9 de 1994 queda así:

Artículo 134. Los servidores públicos de Carrera Administrativa se regirán por las regulaciones establecidas en la Ley de la Caja de Seguro Social o en leyes especiales para los efectos de jubilación e invalidez.

El servidor público de Carrera Administrativa que se acoja a jubilación o pensión será desacreditado del Régimen de la Carrera Administrativa.”

Normas constitucionales infringidas: Artículos 300 y 307

Concepto de la infracción:

En el caso del artículo 300 se alega que la violación es directa por comisión, en razón de que el artículo cuestionado de inconstitucional establece

un requisito adicional a los que señala la Constitución para la estabilidad o status de carrera administrativa como lo es el no poseer la condición de jubilado o pensionado.

Por su parte, la violación al artículo 307 constitucional la considera directa por falta de aplicación porque se agrega un criterio adicional para excluir a servidores públicos de la carrera administrativa, como lo es el acogerse a una pensión de jubilación o de cualquier otro tipo otorgada por el seguro social.

Norma acusada de constitucional:

"Artículo 21 de la ley 43 de 2009 (transitorio). En virtud de la entrada en vigencia de la presente Ley, se deja sin efecto todos los actos de incorporación de servidores públicos a la Carrera Administrativa realizados, a partir de la aplicación de la Ley 24 de 2007, en todas las instituciones públicas."

Normas constitucionales infringidas: Artículo 46 y 300

Concepto de la infracción:

El artículo 46 de la Constitución Nacional que señala que las leyes no tienen efecto retroactivo salvo las de orden público e interés social cuando ellas así lo declaren. La infracción de la norma comentada lo es en concepto de violación directa por falta de aplicación, en razón de que la desacreditación de carrera administrativa de los servidores públicos no es interés social y no reúne el requisito para declarar la retroactividad de la norma.

El artículo 300 constitucional que establece el sistema de méritos que debe regir a los servidores públicos. La infracción de esta norma se considera directa por comisión pues la norma impugnada hace todo lo contrario a lo previsto por el texto de la norma constitucional comentada.

Norma acusada de constitucional:

"Artículo 30 ley 43 de 2009. Se dejan sin efecto las acreditaciones de los funcionarios a la Carrera de Servicios Aduaneros realizadas en cumplimiento del artículo transitorio 1 y el artículo transitorio 2 del Decreto Ejecutivo 47 de 25 de junio de 2009."

4.10

Normas constitucionales infringidas: 46 y 300

Concepto de la infracción:

El artículo 46 de la Constitución que establece que las leyes no tienen efecto retroactivo salvo las de orden público e interés social cuando en ellas así se declare. La infracción se expresa en concepto de violación directa por omisión, pues no es dable ordenar la desacreditación de la carrera de servicios aduaneros de los servidores públicos de aduanas porque eso no es ningún interés de la sociedad, razón por la cual no se reúne el requisito que exige la Constitución para declarar la retroactividad de la norma.

El artículo 300 de la Constitución Nacional que establece en su segundo párrafo, el sistema de méritos que debe regir a los servidores públicos. La infracción se plantea en concepto de violación directa por comisión pues la norma impugnada hace todo lo contrario.

Norma acusada de inconstitucional:

"Artículo 32 de la ley 43 de 2009.

La presente Ley es de orden público y tiene efectos retroactivos hasta el 2 de julio de 2007.

Normas constitucionales infringidas: 46 y 300

Concepto de la infracción:

El artículo 46 de la Constitución Nacional que señala que las leyes no tienen efectos retroactivos excepto las de orden público e interés social, cuando en ellas así se exprese. La infracción se produce en concepto de violación directa por omisión ya que el legislador dejó de aplicar el texto constitucional al producir una norma legal con efectos retroactivos sin que la misma esté provista de un interés social.

El artículo 300 constitucional que indica en su segundo párrafo que los servidores públicos se regirán por el sistema de méritos y que su estabilidad estará condicionada a su competencia, lealtad y moralidad en el servicio. La

infracción es en concepto de violación directa por falta de aplicación ya que al eliminar los derechos adquiridos sobre estabilidad en forma retroactiva, se hace caso omiso de la norma constitucional que ordena la existencia del sistema de méritos y estabilidad con base en la competencia, lealtad y moralidad en el servicio.

El artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Ley 13 de 1976) que indica que los derechos reconocidos o garantizados en dicho Pacto no podrán ser sometidos a restricciones salvo aquellas establecidas en la ley “*sólo en la medida en que sean compatibles con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática*”. Los derechos a los que se refiere esta norma, contenidos en el Pacto, incluyen salario equitativo, igualdad de género; condiciones de existencia y de trabajo dignas; seguridad e higiene en el trabajo; oportunidad de promoción laboral, descansos obligatorios, sindicalización, etc.

En este caso la violación se concreta en violación directa por falta de aplicación. El artículo 32 de la Ley 43 de 2009 pretende aplicar retroactivamente la revocatoria de derechos adquiridos de los servidores públicos, descritos en el Pacto comentado y con ello se dejan de aplicar los parámetros descritos en la norma comentada en cuanto a las fronteras que no puede traspasar el Estado al limitar el ejercicio de esos derechos socio – laborales, expuestos en la norma comentada.

A. OPINIÓN DE LA PROCURADORA GENERAL DE LA NACIÓN CON RELACION A LAS DEMANDAS V, VI, VII, VIII, IX y X

Mediante Vista No. 15 de 17 de abril de 2015, la Procuradora General de la Nación, licenciada KENIA PORCELL emitió su concepto con relación a las advertencias de inconstitucionalidad presentadas por el licenciado CARLOS

452

AYALA MONTERO, dentro de varios procesos contenciosos administrativos de plena jurisdicción, que se surten en la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, y que fueron acumuladas mediante resolución de 2 de marzo de 2015.

Así entonces, la funcionaria con relación a los artículos 21, 30 y 32 de la Ley 43 de 2009 indicó:

"...En su explicación, el proponente de las advertencias de inconstitucionalidad, no tomó en consideración que el legislador al expedir la Ley No. 43 de 2009, no lo hizo bajo la consideración de un interés social, sino a que es de orden público.

Contrario a lo planteado por el actor, esta Procuraduría es de la opinión, que precisamente el artículo 46 de la Constitución Política faculta al Órgano Legislativo, a determinar cuando una ley tiene efectos retroactivos, y a la vez, le permite calificar cuándo es de orden público, tal y como ocurre en el caso sub judice.

En consecuencia, no estimo que el artículo 21 de la Ley No. 43 de 2009, vulnere lo dispuesto en el artículo 46 de la Carta Magna...

...En esta oportunidad, el activador de la esfera constitucional, introduce como segundo tema, la desacreditación de funcionarios a la Carrera de Servicios Aduaneros realizadas en cumplimiento de los artículos 1 y 2 (transitorios) del Decreto Ejecutivo 47 de 25 de junio de 2009.

Llama la atención, que en los seis (6) escritos formalizados por el magíster CARLOS AYALA MONTERO, dentro de los procesos contenciosos administrativos de plena jurisdicción, que éste no está representando a un servidor público perteneciente a la Carrera de Servicios Aduaneros.

En el caso sub judice, y de la lectura de los escritos de advertencias de inconstitucionalidad acumulados, se infiere que los libelos han sido formalizados a favor de servidores públicos de la Autoridad Nacional de Administración de Tierras, del Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral, del Banco de Desarrollo Agropecuario, y del Ministerio de Relaciones Exteriores, y no a favor de un funcionario de la Autoridad Nacional de Aduanas.

Lo anterior es de fundamental importancia, pues el artículo 30 de la Ley No. 43 de 2009, advertido de inconstitucional, en todo caso sería aplicable, únicamente, a funcionarios de la Autoridad Nacional de Aduanas.

Inveterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que, uno de los requisitos para que proceda la advertencia de inconstitucionalidad, es que la misma debe dirigirse contra una disposición legal o reglamentaria, aplicable al caso concreto. (Sic)

453

...Consecuentemente, resultaría estéril proceder al examen de las normas constitucionales que se estiman vulneradas, pues la advertencia de inconstitucionalidad, no es la vía procesal idónea para tal efecto.

Por tanto, en el presente contexto, me inclino a recomendar que se declare no viable la acción constitucional ensayada por el letrado AYALA MONTERO, contra el artículo 30 de la Ley No. 43 de 2009...(Sic)

En esta oportunidad, la norma objeto de censura es el artículo 32 de la Ley No. 43 de 2009, que establece la retroactividad hasta el 2 de julio de 2007 de dicha norma, y la calificación de orden público, dada por el legislador a dicha ley.

Con relación a la alegada violación del artículo 46 de la Constitución Política, esta Procuraduría disiente de tal aseveración, pues precisamente la propia norma constitucional invocada por el actor, establece una excepción que faculta al ente encargado de expedir las leyes en nuestro país, a conferirle efectos retroactivos, cuando dicha ley sea de orden público o de interés social, y que en ellas así se exprese.

...Difiero de tal planteamiento, pues como se dejó sentado en párrafos preferentes, existe una disposición constitucional (artículo 46), que faculta al Órgano Legislativo a expedir leyes con efectos retroactivos, siempre que sean de orden público o de interés social, y que en ellas así se exprese.

Por tanto, descarto la alegada violación del artículo 300 de la Constitución Política." (Resaltado del Pleno)

B. OPINIÓN DE LA PROCURADORA GENERAL DE LA NACIÓN CON RELACION A LA DEMANDA XI

Mediante Vista No. 11 de 25 de marzo de 2015, la Procuradora General de la Nación, licenciada KENIA PORCELL, emitió su opinión con relación a la acción de inconstitucionalidad contra el **segundo párrafo del artículo 13 de la Ley No. 43 de 2009**, en representación de la Asociación de Médicos Especialistas del Complejo Hospitalario de la Caja de Seguro Social.

Con relación a la citada norma la funcionaria opinó lo siguiente:

"... Es evidente, que aunque la norma demandada de inconstitucional, en esta oportunidad no provoca o impone el cese en las funciones en el servicio público, no menos cierto es, que desacreditar de carrera al funcionario público, implica limitarle por el simple hecho de acogerse al derecho de jubilación, su condición de funcionario de carrera, lo cual envuelve entre otras la garantía de la estabilidad laboral, dejándolo a la suerte y al arbitrio de la autoridad nominadora, al

desconocérsele los derechos y prerrogativas intrínsecas a su condición de servidor de carrera. No sucede lo mismo con aquellos que no forman parte de la carrera.

...Conforme a lo anterior considero, que se da una violación directa y por omisión del artículo 300 de la Constitución Política de la República de Panamá, en la medida que se da una limitación al derecho del trabajo y se atenta contra la estabilidad de los servidores públicos, ambos preceptos establecidos como normas de carácter constitucional, los cuales deben ser atendidos al momento de producirse normas relativas a esta materia, lo que no ha ocurrido en esta oportunidad.

En relación al contenido de los artículos 19 y 302 de la Constitución Política de la República de Panamá, soy del convencimiento que estos no han sido transgredidos, sobre la base que el primero no guarda relación directa con el tema debatido, pues no entendemos que exista un asunto discriminatorio, como aduce el activador constitucional; y en el caso del segundo, no observamos que se atenta contra el derecho a la seguridad social, pues no se afecta el ejercicio de la pensión o jubilación, sino como hemos explicado la estabilidad laboral. Con respecto, al artículo 64 de la Constitución (SIC), considero que al ser el contenido de este artículo de carácter programático, no ocurre la violación aducida..." (Resaltado del Pleno)

ANÁLISIS Y DECISIÓN DEL PLENO

Luego de haber expuesto los argumentos y razones a través de las cuales los demandantes pretenden validar sus pretensiones y que los Procuradores de la Administración y de la Nación explayaran sus criterios respecto a las demandas interpuestas, nos toca exponer las bases de nuestra decisión.

En tal sentido, vale la pena indicar que la encuesta constitucional in examine gira en torno a los conceptos de servidores públicos, derechos y deberes de los mismos y carrera administrativa lo cual requiere una reflexión previa sobre el tratamiento que las distintas Constituciones de Panamá le han otorgado a este grupo de panameños dedicados al servicio público del Estado.

Al respecto de quiénes son considerados servidores públicos, el artículo 299 de la Constitución Política establece:

"Artículo 299: 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."

De la disposición transcrita se destacan los siguientes supuestos:

- Son servidores públicos las personas nombradas temporal o permanentemente en cargos de los órganos Ejecutivo, Legislativo y Judicial; de los Municipios, entidades autónomas y semiautónomas, y
- En general, las que perciban remuneración del Estado.

La Constitución de 1904, de corte individualista, no contempló dentro de sus títulos y capítulos nada que regulara la relación laboral entre el Estado y los empleados nacionales.

No obstante, dentro de las atribuciones del Poder Ejecutivo, regulado mediante los artículos 73 y 74, se reflejaba la facultad discrecional del Presidente de la República y del Secretario del Ministerio correspondiente de poder nombrar y separar libremente a las personas que debían desempeñar empleos nacionales cuya provisión no correspondiera a otros funcionarios o corporaciones, es decir, los empleados nacionales no tenían estabilidad en sus posiciones o puestos.

En la Constitución de 1941, primera Constitución de carácter social, se mantuvieron en un gran porcentaje las mismas disposiciones de la Constitución de 1904, referentes a los empleados nacionales, con algunos cambios o modificaciones, tales como: la prohibición para los Diputados y empleados públicos con mando y jurisdicción en toda la República, provincia o el distrito para hacer por sí mismo o por interpuestas personas contratos con el Estado (**Artículos 84 y 194**); garantizó el derecho a huelga con restricción (**Artículo 54**); la obligación de crear y reglamentar la carrera administrativa (**Artículo 159**); se establece que los empleos que existan en la administración pública deben tener sus funciones detalladas en la ley y su reglamento y que los empleados públicos no podrán devengar dos o más sueldos (**Artículo 195**).

En la Constitución de 1946, a diferencia de las Constituciones anteriores, se introducen disposiciones que regulan las relaciones de los servidores públicos con el Estado, entre las cuales podemos mencionar las siguientes:

454

- **(Título XII)** Derechos y deberes de los servidores públicos del Estado.
- **(Artículos 240, 241 y 242)** Se sientan las bases para la creación de la Ley de Carrera Administrativa.
- **(Artículo 240)** Se establece la necesidad de ser panameño para ocupar empleos públicos.
- **(Artículos 144, 200 y 240)** Se establecen restricciones al Presidente de la República y a los Alcaldes para nombrar y remover servidores públicos.
- **(Artículo 118, numeral 4)** Se introduce el concepto de ley general de sueldos.
- **(Artículo 68)** Se reconoce parcialmente el derecho a huelga de los servidores públicos.
- **(Artículo 77)** Se introduce la protección de la maternidad obrera.

Mediante el Decreto Ley 11 de 16 de septiembre de 1955, se desarrolló por primera vez, a nivel legal, una disposición constitucional sobre carrera administrativa.

El capítulo II de este Decreto Ley creó la Dirección General de Carrera Administrativa, bajo la supervisión y fiscalización del Órgano Ejecutivo, conformado por la Junta de Personal y un Director Ejecutivo. El objetivo principal de este órgano era el de sujetar a métodos científicos la Administración del personal al servicio del Estado, mediante la regulación de su ingreso, ascenso, traslado, suspensión, reducción, destitución, jubilación, disciplina, entre otras.

La Constitución Política de 1972, reformada por los actos reformatorios de 1978 y por el acto constitucional de 1983, los actos legislativos No. 1 y No. 2 de 1994 y el acto legislativo No. 1 de 2004, introdujo aspectos muy importantes y de avanzada consagrados en el título XII entre los cuales podemos mencionar:

YFZ

- **(Artículo 299)** Se introdujo el concepto de servidores públicos.
- **(Artículo 300)** Se estableció el sistema de méritos para regir a los servidores públicos, así como se supeditó su estabilidad a la competencia, lealtad y moralidad en el servicio.
- **(Artículo 302)** Se estableció que los derechos y deberes de los servidores públicos, así como los principios para los nombramientos, ascensos, suspensiones, traslados, destituciones, cesantía y jubilaciones serán determinados por la Ley.
- **(Artículo 305)** Se instituyeron las diferentes carreras en los servicios públicos, de acuerdo a los principios del sistema de méritos.
- **(Artículo 306)** Se estableció la obligatoriedad del uso de los Manuales de Procedimiento y de Clasificación de Puestos, en todas las Instituciones del Estado.
- **(Artículo 307)** Se reguló quiénes no forman parte de las carreras públicas.

Con respecto a la noción de Carrera Administrativa, el Dr. César Quintero expresó, en su momento, que es *la selección científica de los servidores del Estado, su especialización, consagración y derechos*.

De allí entonces, que se puede afirmar que **la carrera administrativa** es el sistema de administración de personal que tiene por objeto seleccionar el personal que servirá en la administración pública, mediante la proporción de personal idóneo; permanencia y estabilidad condicionada a la competencia, lealtad y ética; evaluación de rendimiento; aumento de eficiencia a través de capacitación y desarrollo; sistema para manejo de agravios; elevar el nivel y dignidad del servicio público.

Mediante la Ley 9 de 1994 de Carrera Administrativa, se desarrollaron los capítulos 1ro., 2do., 3ro. y 4to., del Título XI de la Constitución Política de Panamá. Sin embargo, esta ley ha sido objeto de varias reformas que, en el tiempo, han variado las condiciones laborales de los servidores públicos.

La carrera administrativa es la principal esfera de actividad funcional regulada por la Ley N° 9 del 20 de junio de 1994, dentro de la cual deben desempeñarse los servidores públicos. La legislación de carrera administrativa es fuente supletoria de derecho para las demás carreras públicas y leyes especiales.

Bajo este marco conceptual corresponde al Pleno de la Corte Suprema de Justicia entrar a conocer sobre la constitucionalidad de un conjunto de normas de la ley 9 de 1994, que desarrolla la Carrera Administrativa, y de la ley 12 de 1998, que desarrolla la Carrera del Servicio Legislativo, las cuales han sido demandadas de inconstitucionales por distintos actores.

En tal sentido, y como quiera que existen cuatro (4) demandas que versan sobre distintos artículos - y que han sido debidamente acumuladas - estimamos conveniente, en aras de ofrecer un razonamiento coherente y una mejor estructura que facilite la comprensión del criterio de esta Corporación, abordar los artículos acusados de inconstitucionalidad en el orden corriente y en procura de evaluar adecuadamente las apreciaciones de los juristas que demandan las citadas normas.

Los activadores constitucionales han demandado igualmente, la inconstitucionalidad de los artículos 1, 2, 8, 9, 10, 11, 12, 15, 16, 17, 18, 20, 21, 22, 27, 30 y 32 de la Ley No. 43 de 30 de julio de 2009.

Las disposiciones legales en mención establecen lo siguiente:

Artículo 1 de la ley 43 de 2009:

459

"Artículo 1. Se modifican las definiciones de los términos servidores públicos de Carrera Administrativa y servidores públicos que no son de Carrera y se elimina el término **servidores públicos en funciones del glosario del artículo 2 del Texto Único de la ley 9 de 1994**, así:

Artículo 2. Los siguientes términos utilizados en esta Ley y sus reglamentos, deben ser entendidos a la luz del presente glosario:....

Servidores públicos de Carrera Administrativa. Son los que han ingresado a la Carrera Administrativa según las normas de la presente ley, y que no pertenecen a ninguna otra carrera ni están expresamente excluidos de la Carrera Administrativa por la Constitución Política o por las Leyes.

Servidores públicos que no son de carrera. Son los servidores públicos no incluidos en las carreras públicas establecidas en la Constitución o creadas por la ley, y en particular aquellos excluidos de las carreras públicas por la Constitución vigente.

Los servidores públicos que no son de carrera, se denominan así:....

- 11. De elección popular
- 12. De libre nombramiento y remoción.
- 13. De nombramiento regulado por la Constitución.
- 14. De selección.
- 15. En período de prueba.
- 16. Eventuales..."

Con relación a los cargos de inconstitucionalidad esbozados contra la norma transcrita, la Procuradora General de la Nación en ese entonces, licenciada Ana Matilde Gómez, opinó, que la eliminación del concepto de *servidores públicos en funciones* del listado de aquellos que no son de carrera administrativa, obedece a una decisión legislativa que produce que la acción de inconstitucionalidad no pueda encausarse contra dicha omisión o exclusión efectuada por el Órgano Legislativo en el ejercicio de la función legislativa, **puesto que el sistema jurídico panameño no contempla la demanda de inconstitucionalidad por omisión.**

Al respecto, agregó que sobre la demanda de inconstitucionalidad por omisión, existen varios pronunciamientos de los cuales citó la sentencia de 27 de abril de 2009, del Pleno de la Corte Suprema de Justicia cuyo tenor medular es el siguiente:

440

“...A este respecto coincide la Corte con lo argumentado por la Procuraduría de la Administración en el sentido de que, *la falta de una regulación expresa sobre estas materias no constituye sustento constitucional para declarar la inconstitucionalidad de dichas normas legales, ya que en nuestro medio jurídico no existe la acción de inconstitucionalidad por omisión....*

De la transcrita norma constitucional se deduce que en nuestro sistema sólo son objeto de control de constitucionalidad: las acciones y actos de carácter regulatorio que sean violatorios de la Carta Fundamental.

Esta afirmación tiene una importante consecuencia: la Corte Suprema de Justicia de Panamá no es competente para pronunciarse respecto de una acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa...” (**Resaltado del Pleno**)

Ante lo expuesto, observa el Pleno que, el criterio esbozado por la Procuradora General de la Nación en aquel momento, deviene equivocado, pues confunde la pretensión del actor constitucional, quien advierte que mediante el artículo 1 de la ley 43 de 2009 se vulneró la Constitución Nacional al eliminar el concepto ***servidores públicos en funciones***, y no, como señala la Procuradora, **acusa la falta de regulación legal de dicho tema.**

De allí entonces que, en el supuesto del artículo 1 demandado, **no se da una omisión o ausencia de regulación de una materia, sino una exclusión de un concepto** (servidores públicos en funciones) mediante una nueva norma (acción positiva) razón por la cual sí es viable entrar a pronunciarse sobre la constitucionalidad de los artículos 1, 9, 10, 11, 12, 15, 18 y 27 de la Ley 43 de 30 de julio de 2009, puesto que **omisión y exclusión**, no significan lo mismo.

Por aclarado el anterior supuesto, entra el Pleno a realizar el análisis constitucional del artículo 1 de la ley 43 de 2009 transrito.

Esta Superioridad estima que la norma acusada no viola la Constitución Política bajo ningún concepto. La exclusión del término “***funcionario público en funciones***” del artículo 2 del Texto Único de la ley 9 de 1994, no tiene mayor

461

relevancia, pues el concepto “**servidor público en funciones**” resulta redundante en atención a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 302 de la Constitución Nacional que dispone:

“Artículo 302:

...

Los servidores públicos **están obligados a desempeñar personalmente sus funciones** a las que dedicarán el máximo de sus capacidades y percibirán por las mismas una remuneración justa.” (Resaltado del Pleno)

Siendo ello así, advierte esta Superioridad que no deben existir servidores públicos que no tengan funciones, pues por mandato constitucional los mismos deben desempeñarlas personalmente, con el máximo de sus capacidades y de manera remunerada, motivo por el cual **el artículo 1 de la ley 43 de 2009 no es inconstitucional.**

En relación con la supuesta inconstitucionalidad del **artículo 2 de la Ley 43 de 2009, que modifica el artículo 16 del Texto Único de la Ley 9 de 1994**, considera el Pleno que la misma no viola ninguna norma de orden constitucional.

La norma cuestionada establece:

“Artículo 2. El artículo 16 del Texto Único de la Ley 9 de 1994 queda así:

Artículo 16. El Subdirector General debe llenar los mismos requisitos establecidos para el cargo de Director General”

La norma transcrita, **no conculca el artículo 300 de la Constitución Política como indica el demandante ni otra norma de la Carta Magna**, toda vez que para desempeñar la designación como Subdirector General en la administración pública se debe cumplir con los mismos requisitos exigidos para el Director General, **en atención a las cualidades personales y capacidad profesional exigidos para desempeñarse en la función pública.**

En este punto, es necesario recordar al demandante que lo que caracteriza al empleado público es ***la naturaleza de la actividad que ejerce***, es decir, la realización de funciones esenciales y propias de la Administración Pública, en virtud de que, en la función pública los empleados y funcionarios ***son titulares de las diversas esferas de competencia*** en las que se dividen las atribuciones del Estado, por lo mismo, el régimen de tal función debe adaptarse ***a la exigencia de que las referidas atribuciones sean realizadas de manera eficaz, regular y continua, sin que el interés particular del personal empleado llegue a adquirir importancia jurídica para destruir la satisfacción del interés general.*** (Cfr. Jorge Jiménez Alonso, "El régimen jurídico de los servidores públicos", Revista 20, octubre-diciembre, 1994)

Lo anterior cobra relevancia frente al hecho de que en la mayoría de las instituciones del Estado se ha establecido (por ley o reglamento interno) que el Subdirector General deberá asumir las funciones del Director General durante sus ausencias temporales o definitivas, hasta tanto la autoridad nominadora realice un nuevo nombramiento, de ser necesario.

Así entonces, la exigencia dirigida al Subdirector General en la administración pública, de reunir los mismos requisitos establecidos para el Director General, ***los cuales de conformidad con el artículo 15 del Texto Único de la Ley 9 de 1994, son:*** 1) Ser panameño mayor de 30 años, 2) No tener antecedentes delictivos, 3) Tener título universitario y acreditar conocimientos técnicos y prácticos en administración y 4) Poseer experiencia no menor de diez años en puestos de jefatura en la administración estatal o privada, ***no lesiona el ordenamiento constitucional.***

En relación al artículo 8 de la Ley 43 de 2009 demandado, la señora Procuradora compartió los señalamientos esgrimidos por el recurrente, en virtud de que, a su entender, a través de la misma se establecen límites para

ingresar a la carrera administrativa que no se encuentran previstos en el texto constitucional, ya que el ser jubilado o pensionado, no conlleva el cese de la actividad laboral, por lo que si el servidor público cumple con las exigencias del procedimiento ordinario de ingreso regulado en la Sección 2°, del Título IV del Texto Único de Carrera Administrativa, este servidor debería tener la opción para adquirir el status de servidor público de Carrera Administrativa.

La norma in commento es del tenor siguiente:

"Artículo 8. El artículo 48 del Texto Único de la Ley 9 de 1994 queda así:

Artículo 48. El servidor público que ingrese a la Administración Pública siguiendo las normas de reclutamiento y selección establecidas en esta Ley y sus reglamentos, adquirirá el estatus de servidor público de Carrera Administrativa tan pronto cumpla su período de prueba con una evaluación satisfactoria.

No adquirirán el status de servidor público de Carrera Administrativa las personas que al ingresar a la Administración Pública o al cumplir el período de prueba gozen de jubilación o pensión. (Resaltado del Pleno)

Por lo anterior, la Procuradora General de la Nación, consideró que el segundo párrafo del artículo 8 de la Ley 43 de 2009, es inconstitucional, en virtud de que contraría los artículos 64 y 300 de la Constitución Nacional, ya que el hecho de gozar de la jubilación o pensión, no es un obstáculo para que se le reconozca a este funcionario otros derechos, ya que si cumple con el procedimiento ordinario de ingreso previsto en el Texto Único de Carrera Administrativa, tiene derecho a que, asimismo, se le reconozca como servidor público de carrera administrativa.

En este orden de ideas, en **sentencia del Pleno, de 11 de agosto de 2014**, que decidió la acción de inconstitucionalidad interpuesta por la **FENASEP contra los artículos 1, 2, 10, 12 y 15 de la Ley 4 de 25 de febrero de 2010, modificativa de la Ley 12 de 1998, regulatoria de la Carrera del Servicio Legislativo**, esta Corporación de Justicia expresó lo siguiente:

“...La otra normativa que se reputa inconstitucional es el artículo 10 de la Ley 4 de 2010, mismo que a juicio del actor contraría los artículos 4 y 307 de la Carta Magna. 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. Lo que rige el régimen de estabilidad en la Asamblea de Diputados por mandato constitucional, es el sistema de méritos, la competencia, la lealtad y la moralidad debidamente comprobadas. 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 sólo 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, 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...)”

Conforme al Criterio de este Tribunal Constitucional, lo anterior significa que, si la condición de jubilado o pensionado no es un elemento o causal para la desacreditación de la carrera administrativa de un funcionario público, tampoco puede ser un obstáculo o impedimento para obtener la categoría de funcionario de Carrera, en virtud de lo dispuesto en el artículo artículo 300 de la Constitución Nacional.

Y es que conforme al mandato constitucional lo que rige la función del servidor público es su mérito, competencia, lealtad y moralidad para desempeñar un cargo público, independientemente de su condición personal de jubilado o pensionado.

Por lo tanto, y al tenor de este criterio, **resulta clara la contravención constitucional por parte del segundo párrafo del artículo 8 de la ley 43 de 2009 al artículo 300 de la Constitución y así debe declararse.**

Igualmente, y por los razonamientos ya esbozados, también debe declararse la inconstitucionalidad del artículo 13 de la Ley 43 de 2009 que es del tenor siguiente:

“Artículo 13 de la ley 43 de 2009. El artículo 134 del Texto Único de la Ley 9 de 1994 queda así:

460

Artículo 134. Los servidores públicos de Carrera Administrativa se regirán por las regulaciones establecidas en la Ley de la Caja de Seguro Social o en leyes especiales para los efectos de jubilación e invalidez.

El servidor público de Carrera Administrativa que se acoja a jubilación o pensión será desacreditado del Régimen de la Carrera Administrativa.”

Seguidamente, se procede al análisis de la constitucionalidad del artículo 9 de la Ley 43 de 2009 cuyo texto dispone:

“Artículo 9. El artículo 56 del Texto Único de la Ley 9 de 1994 queda así:

Artículo 56. El procedimiento de ingreso a la Carrera Administrativa se denomina Procedimiento Ordinario de Ingreso.”

Como cuestión previa es necesario recordar el contenido del **artículo 56 del texto único de la ley 9 de 1994 antes de la reforma:**

Artículo 56. Son procedimientos de ingreso a la Carrera Administrativa:

I. Procedimiento ordinario de ingreso.

2. Procedimiento especial de ingreso.

El procedimiento especial de ingreso al que se refería la norma era el siguiente:

Artículo 67.

El procedimiento especial de ingreso es un procedimiento excepcional que regula la incorporación al Sistema de Carrera Administrativa, sin necesidad de concurso, de los servidores públicos en funciones que al momento de ser evaluados demuestren poseer los requisitos mínimos de educación o experiencia exigidos por el Manual de Clases Ocupacionales vigente en cada institución.

La condición de servidor público de Carrera Administrativa no se perderá en caso de movilidad horizontal.

El procedimiento especial de ingreso se ejecutará hasta el 30 de abril de 2008.

Después de esa fecha, solo se ingresará a la Administración Pública mediante el procedimiento ordinario de ingreso, salvo los casos de contratación o nombramientos comprometidos por las instituciones estatales a través de acuerdos individuales o colectivos, legalmente constituidos.

Advierte el Pleno, que la citada norma, establecía un “**procedimiento especial**” para la incorporación de funcionarios públicos a la Carrera Administrativa, que contrariaba claramente, lo dispuesto en la norma constitucional según la cual, los nombramientos que recaigan en el personal de carrera se harán con base en el sistema de méritos, mismo

946

que conlleva la comprobación de la competencia, lealtad y moralidad en el servicio, conforme a los artículos 300 y 302 de la Constitución Nacional.

Dicho procedimiento se estableció para permitir el ingreso al sistema de carrera administrativa de servidores públicos, **sin que los mismos comprobaran** el cumplimiento de los requisitos mínimos de competencia, lealtad y moralidad para el ejercicio de un cargo público, tal cual lo exige nuestra Constitución política.

Conforme a lo expuesto, este Pleno debe señalar, **que el artículo 9 no es inconstitucional, y por las mismas razones tampoco son inconstitucionales los artículos 10 y 11 de la ley 43 de 2009, que derogaron los artículo 67 y el 68 del texto único de la ley 9 de 1994.**

El artículo 68 derogado era del tenor siguiente:

Artículo 68.

Los servidores públicos en funciones que laboren en puestos de apoyo a la estructura de cargos descritos como nivel 0101 en el Manual de Clases Ocupacionales vigente en cada institución adquirirán su condición de Carrera Administrativa después de dos años de labores ininterrumpidas en la Administración Pública, sin necesidad de concurso ni de verificación previa de que reúnen los requisitos mínimos para el cargo. (Resaltado del Pleno)

La norma transcrita establecía un sistema de ingreso a la carrera administrativa para servidores públicos, **pertenecientes a una especial categoría, dentro del manual de clases ocupacionales, vigente en cada institución.** De esta manera, para ingresar a la Carrera Administrativa, **ni siquiera debían contar con los requisitos mínimos establecidos para el cargo que ocupaban, en contradicción clara a lo establecido en los artículos 300 y 302 de la Constitución.**

Con relación al artículo 12 de la ley 43 de 2009, que deroga el artículo 98 del Texto Único de la Ley 9 de 1994, el demandante considera que la misma vulnera los artículos 32 y 74 (debido proceso y prohibición de despido sin causa justa y sin las formalidades de la ley , respectivamente) en

Yel

virtud de la eliminación de la prohibición que la ley imponía a la administración de no sancionar a un servidor público en uso de vacaciones, o de alguna licencia o ausencia justificada.

"Artículo 12 de la ley 43 de 2009. Se deroga el artículo 98 del Texto único de la Ley 9 de 1994"

El artículo 98 derogado de la ley 9 de 1994 señalaba:

Artículo 98.

Serán nulas las sanciones notificadas durante el tiempo que el servidor público permanezca ausente de su puesto por alguna de las causas justificadas establecidas en la presente Ley. Quedan suspendidos los términos de caducidad y prescripción para la aplicación de sanciones por el tiempo que dure esta ausencia justificada. (Resaltado del Pleno)

Al respecto, coincide el Pleno con los argumentos del demandante en el sentido de que la citada norma deviene inconstitucional por las razones que a continuación explicaremos.

En primer término, conforme a la doctrina mayoritaria y a la jurisprudencia de este Pleno, **el fundamento constitucional de la potestad sancionadora del Estado en Panamá**, gira en torno a ciertos derechos y garantías – por lo general de naturaleza instrumental – como lo son el derecho al debido proceso y el principio de legalidad que debe regir toda actuación pública.

En la Constitución Política panameña aunque expresamente no se aluda a tal facultad, existen distintas normas que sirven de fundamento a la potestad sancionadora del Estado. No se olvide que en nuestro país como en otros esta potestad ha sido modulada por los jueces antes que por el legislador e incluso que por el constituyente. De ahí que para establecer el piso constitucional de esta atribución, debamos remitirnos no a una sino a las diferentes normas en las que el constituyente ha consagrado los principios y garantías del ius puniendo en general. (*Cfr. Mitre Herrera, Eduardo. Bases y Límites Constitucionales de la Potestad Sancionadora del Estado, en Colectivo de Autores. La Administración*

(de Justicia en el Estado Constitucional. Librería & Editorial Barrios & Barrios y Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá, Colombia, 2015, página 47)

De esta manera esta Corporación de Justicia es del criterio que el derecho al debido proceso busca confirmar la legalidad y correcta aplicación de las leyes dentro de **un marco de respeto mínimo a la dignidad humana dentro de cualquier tipo de proceso**, entendiendo este como “*aquella actividad compleja, progresiva y metódica, que se realiza de acuerdo con las reglas pre establecidas, cuyo resultado será el dictado de la norma individual de conducta (sentencia), con la finalidad de declarar el derecho material aplicable*”.

(Cfr. Sentencia de 29 de marzo de 2011)

En relación a este punto debemos manifestar que el fundamento Constitucional de la Potestad Sancionadora del Estado o de la Administración lo encontramos en el Título III denominado de los Derechos y Deberes Individuales y Sociales, Capítulo I, de Las Garantías Fundamentales, artículo 32 de nuestra Carta Magna integrada con el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, aprobada mediante Ley No. 15 de 28 de octubre de 1977.

Recordemos que la potestad sancionadora permite asegurar los fines del Estado a través del poder punitivo, por lo tanto, conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en aras de que esta facultad no devenga en arbitrariedad es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita. **(Cfr. Corte IDH, Caso Ricardo Baena (270 trabajadores) vs. Panamá, Sentencia de 2 de febrero de 2001(Fondo, Reparaciones y Costas), párrafo 106)**

De allí la importancia que reviste, no sólo para el servidor público, sino también para el conglomerado social, que se controle el poder sancionador del

Estado mediante el establecimiento de derechos y garantías fundamentales, tanto de naturaleza sustantiva como procesal, a favor del administrado sometido a los rigores de un procedimiento, y esa es precisamente, la finalidad de normas como el artículo 98 de la ley 9 de 1994, derogado por el artículo 12 de la ley 43 de 2009.

En tal sentido, esta Superioridad debe indicar que el artículo 12 citado deviene contrario al ordenamiento constitucional panameño, pues despoja (mediante una acción positiva del legislador) a los servidores públicos de una garantía procesal, consistente en la prohibición de llevar adelante procesos de naturaleza sancionadora contra aquel servidor público que permanezca ausente de su puesto por alguna de las causas justificadas establecidas en la propia ley de Carrera Administrativa.

Conviene señalar, que en el ordenamiento laboral panameño, existe una norma similar, que garantiza el derecho a la defensa del trabajador que no se encuentre en su puesto de trabajo por causa justificada.

El artículo 60 del Código de Trabajo señala:

"Artículo 60. Bajo pena de nulidad, el empleador no podrá, durante el tiempo que el trabajador permanezca incapacitado o disfrutando de sus vacaciones, iniciar, adoptar, ni comunicarle ninguna de las medidas, sanciones y acciones previstas en este Código. Para tales efectos, durante estos períodos, quedan suspendidos los términos de caducidad y prescripción."

En sentencia de 19 de noviembre de 1974, esta Corporación de Justicia señaló, con relación a la interpretación de la citada norma lo siguiente: "Esta disposición legal tiene como finalidad evitar que dentro del período de disfrute de vacaciones o de incapacidad del trabajador **se le pueda sorprender con alguna de las medidas, sanciones y acciones señaladas por el Código, que a su vez afecten directa o indirectamente los derechos a que se contrae la relación de trabajo.** Suspende expresamente durante este periodo los efectos

474

de los términos de caducidad y prescripción en relación con los derechos y acciones del trabajador". (Resaltado de este Pleno)

De lo expuesto, concluye este Tribunal Constitucional que la norma in examine vulnera los artículos 4, 17, inciso segundo y 32 de la Constitución Nacional, en relación directa con los artículos 2 y 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Al respecto los textos de los artículos 4 y 17 de la Constitución Nacional:

"**Artículo 4.** La República de Panamá acata las normas del Derecho Internacional."

"**Artículo 17.** Las autoridades de la República están instituidas para proteger en su vida, honra y bienes a los nacionales dondequiera se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción; asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales, y cumplir y hacer cumplir la Constitución y la ley.

Los derechos y garantías que consagra esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona." (Resaltado del Pleno)

Por su parte, los artículos 2 y 8.1 de la Convención Americana disponen:

"**Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno.** Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades." (Resaltado del Pleno)

"Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter..."

En relación al artículo 17 constitucional, recordemos que con posterioridad a las reformas constitucionales de 2004, a dicha disposición se le introdujo un segundo párrafo, el cual ha sido denominado por la jurisprudencia de este Pleno como: "**la cláusula de los derechos innominados**" porque por

medio de ésta, se establece que los derechos garantizados por la Constitución, **se consideraran como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad humana.**

La Corte Suprema de Justicia, mediante fallo de 21 de agosto de 2008 replanteó la doctrina del bloque de la constitucionalidad, al ampliar e integrar conforme a lo establecido en los artículos 4 y 17 de la Constitución, “*como elemento del mismo a los tratados internacionales sobre derechos humanos, superando con ello (la otra) jurisprudencia de dicho tribunal que consideraba que sólo algunos artículos de algunos tratados sobre derechos humanos formaban parte del expresado bloque de constitucionalidad*” (Cfr. Mejía Edward, J. *Control de Constitucionalidad y Convencionalidad en Panamá, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2013, pp. 467 – 488*)

Consistente con la anterior interpretación, debe esta Superioridad apreciar, en el presente análisis, lo dispuesto en los artículos 2 y 8.1 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, de la cual Panamá es signataria.

La Convención Americana, en su artículo 2 obliga a los Estados signatarios a generar **medidas legislativas o de otro carácter que permitan garantizar el respeto de los derechos de los asociados, entre éstos, los servidores públicos.**

En relación con el referido artículo 2, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado que dicha norma obliga a los Estados Partes a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades protegidos por dicho pacto internacional. De esta manera, ha dispuesto que los Estados no sólo tienen la **obligación positiva** de adoptar las medidas legislativas necesarias

para garantizar el ejercicio de los derechos en ella consagrados, **sino que también deben evitar promulgar aquellas leyes que impidan el libre ejercicio de estos derechos, y a la vez evitar que se supriman o modifiquen las leyes que los protegen.**

En lo concerniente al artículo 8.1 la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha sido constante al señalar que las “*garantías judiciales*” que el mismo contiene se refieren a las exigencias del debido proceso legal, así como al derecho de acceso a la justicia. Esta norma, consagra los lineamientos del debido proceso legal entendido como el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos.

De esta manera, para que en un proceso existan verdaderamente las garantías judiciales – también conocidas como garantías procesales - , es preciso que se observen todos los requisitos que sirvan para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho, es decir, las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración.

Con respecto al acceso a la justicia, señala la Corte IDH que los Estados no deben interponer trabas a las personas que acuden a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Así, por ejemplo, de acuerdo con la Corte, “*cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia*”, debe entenderse contraria al artículo 8.1 de la Convención. (Cfr. Corte IDH. Caso Goiburú y otros vs.

Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 131)

Agrega la Corte, que en el mismo sentido, el Estado tiene la responsabilidad de consagrar normativamente y de asegurar la debida aplicación de las garantías del debido proceso legal ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de estas. (Cfr. Corte IDH. Caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Competencia. Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104, párr. 79*)

Bajo los anteriores razonamientos, estima esta Corporación de Justicia, **que el contenido del artículo 12 de la ley 43 de 2009, resulta adverso al mandato de los artículos 2 y 8.1 de la citada Convención, pues el mismo eliminó un mecanismo o garantía establecida a favor del servidor público, que lo protegía de quedar en indefensión frente al poder sancionador del Estado.**

Debido al carácter subsidiario del sistema interamericano y la obligación de agotar los recursos efectivos del derecho interno, resulta evidente el deber de la Corte Suprema de Justicia, Pleno, **de ejercer el control de convencionalidad, entre las normas internas y la Convención Americana de Derechos Humanos, al igual que frente a otros Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos ratificados por la República de Panamá.**

Cabe añadir, que conforme a la jurisprudencia mas reciente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, **el control de convencionalidad es un importante instrumento para el respeto y garantía efectiva de los derechos humanos y el mismo tiene sustento en el principio de la buena fe que opera en el derecho internacional, según el cual, los Estados deben cumplir las obligaciones**

asumidas (artículo 4 de la Constitución Nacional) sin poder invocar para su incumplimiento el derecho interno.

Por realizado el anterior pronunciamiento, entra el Pleno a referirse al cargo de inconstitucionalidad endilgado al artículo 15 de la ley 43 de 2009, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 15 de la ley 43 de 2009. Se deroga el numeral 13 y se adiciona el numeral 17 al artículo 141 del Texto Único de la Ley 9 de 1994, así:

Artículo 141. Queda prohibido a la autoridad nominadora y al superior jerárquico del nivel administrativo directivo:

...

17. Despedir a los servidores públicos que, al momento de la aplicación de la presente Ley, demuestren que se encuentran padeciendo enfermedades terminales, que están en proceso de recuperación o tratamiento de estas y que tienen discapacidad de cualquier índole."

El numeral eliminado por el citado artículo establecía lo que a continuación se transcribe:

Artículo 141.

Queda prohibido a la autoridad nominadora y al superior jerárquico del nivel administrativo directivo:....

1...

13. Impedir, retardar u obstaculizar la ejecución de la presente Ley y/o de los reglamentos que la desarrollan..."

En este orden de ideas, el demandante considera que la norma anterior vulnera el artículo 17 de la Constitución Nacional en concepto de violación directa por comisión, pues a su criterio el artículo 15 de la Ley 43 de 2009, extingue la obligación legal de las autoridades de no impedir ni obstaculizar la ejecución del sistema de méritos consagrada en el numeral 13 del artículo 141 de la Ley 9 de 1994, todo lo cual, a criterio del actor, es evidentemente contrario al deber de las autoridades de obrar a favor de los derechos y garantías ciudadanas.

Sobre el particular, estima el Pleno conveniente citar aquí el texto del artículo 18 de la Constitución Nacional:

"Artículo 18. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infracción de la Constitución o de la Ley. Los servidores públicos lo son por esas mismas causas y también

por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de éstas."

El artículo transcrita es una norma de carácter general referente a la responsabilidad de particulares por la infracción de la Constitución o de la Ley y de los servidores públicos por esas mismas causas y la extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de ésta.

Por lo anterior, las autoridades están comprometidas con el desarrollo de este mandato incorporado en el texto constitucional mediante leyes que sancionen la infracción de dicho mandato mediante el establecimiento de responsabilidad de naturaleza administrativa, disciplinaria, penal, civil o patrimonial, entre otras.

De lo expuesto, no comparte este Tribunal el criterio del actor constitucional al argumentar que la norma demandada elimina la posibilidad de exigirle responsabilidad a las autoridades administrativas por el incumplimiento de lo dispuesto en la ley de Carrera Administrativa, ya que dicha responsabilidad puede ser exigida desde otros ámbitos y ordenamientos jurídicos, razón por la cual la misma no es **inconstitucional**.

En lo concerniente a los cargos de inconstitucionalidad de los artículos 16, 17 y 18 de la Ley 43 de 2009, los mismos serán analizados de forma conjunta pues dichos artículos regulan materias concernientes a libertad sindical o de asociación de los servidores públicos.

En primer lugar, observa el Pleno que, el artículo 16 demandado aumenta la cantidad de servidores públicos de carrera administrativa (de 40 a 50) de una institución requeridos para constituir una asociación de servidores públicos.

"Artículo 16 de la ley 43 de 2009.

El artículo 182 del Texto Único de la Ley 9 de 1994 queda así:

"Artículo 182. Cincuenta o más servidores públicos de Carrera Administrativa de una institución donde no exista asociación podrán solicitar al Ministerio de Gobierno y Justicia la autorización para inscribir una asociación de servidores públicos.

Igualmente, tres o más asociaciones podrán constituir una federación de asociaciones de servidores públicos."

Por su parte, el artículo 17 elimina una garantía establecida a favor de los dirigentes de asociaciones o federaciones de servidores públicos, según la cual, al constituirse en **servidores públicos con fuero laboral no podrán ser destituidos ni afectados en ninguna forma en sus condiciones de trabajo, sin que previamente medie autorización de la Junta de Apelación y Conciliación sustentada en una causa justificada en la ley.**

"Artículo 17 de la ley 43 de 2009.

El artículo 185 del Texto Único de la Ley 9 de 1994 queda así:

Artículo 185. Sólo podrán ser destituidos por las causales previstas en esta Ley, aunque no sean de Carrera Administrativa, los siguientes servidores públicos:

4. El Secretario General de cada asociación o federación de servidores públicos, desde sus escogencia hasta tres meses después de haber concluido el período para el cual fue electo.
5. Hasta tres miembros directivos principales de las juntas directivas o comités ejecutivos de las asociaciones o federaciones de servidores públicos, designados por la asociación o federación de servidores públicos, designados por la asociación o federación de servidores públicos respectiva, durante el tiempo que sean designados por su organización. Los nombres de estos directivos serán informados a la Dirección General de Carrera Administrativa.
6. Hasta tres miembros de las asociaciones en formación, hasta el otorgamiento de su personería jurídica."

Artículo 185 de la ley 9 de 1994, antes de la reforma:

Artículo 185. Gozarán de fuero laboral:

1. El Secretario General de cada asociación, federación o confederación de servidores públicos, desde su escogencia hasta tres meses después de haber concluido el período para el cual fue electo.
2. Hasta tres miembros directivos principales de las juntas directivas o comités ejecutivos de las asociaciones, federaciones o confederaciones de servidores públicos, designados por la asociación, federación o confederación de servidores públicos respectiva, durante el tiempo que sean designados por su organización. Los nombres de estos directivos serán informados a la Dirección General de Carrera Administrativa.
3. Hasta tres miembros de las asociaciones en formación, hasta el otorgamiento de su personería jurídica.

Los servidores públicos con fuero laboral no podrán ser destituidos ni afectados en ninguna forma en sus condiciones de trabajo, sin que previamente medie autorización de la Junta de Apelación y Conciliación sustentada en una causa justificada en la ley.(Resaltado del Pleno)

Finalmente, el artículo 18 elimina la posibilidad de los servidores públicos de beneficiarse de las mejoras laborales derivadas de acuerdos colectivos firmados por las asociaciones y federaciones aunque no sean miembros de las mismas y el correspondiente, descuento de cuotas ordinarias y extraordinarias a favor de las mismas, en detrimento de mecanismos legales establecidos desde 1994, orientados al fortalecimiento de las federaciones y asociaciones de servidores públicos.

“Artículo 18 de la ley 43 de 2009. Se deroga el artículo 187 del Texto Único de la Ley 9 de 1994.”

Artículo 187 de la ley 9 de 1994 eliminado:

Artículo 187. Las mejoras laborales contenidas en acuerdos colectivos firmados por las asociaciones de servidores públicos o por las federaciones de asociaciones de servidores públicos se aplicarán a todos los servidores públicos que laboren en las categorías comprendidas en dichos acuerdos en la institución, aunque no sean miembros de la asociación de empleados.

A los servidores públicos no afiliados a la asociación de servidores públicos que se beneficien de las mejoras laborales logradas, se les descontarán de sus salarios, durante la vigencia del acuerdo, las cuotas ordinarias y extraordinarias acordadas por la asociación.

Para un completo análisis de las normas transcritas, resulta importante mencionar, que la Doctrina mayoritaria coincide en que el derecho de Asociación Sindical emerge del derecho general de asociación, consagrado en los textos constitucionales de casi todos los países, y por ello reviste la jerarquía de los derechos fundamentales del hombre, siendo evidente que la libertad de asociación sindical, en su calidad de precepto constitucional no puede ser alterado, ni restringido por una ley ordinaria, sino tan sólo desarrollado dentro de los límites permitidos por la misma Constitución.

YFE

Como señala Krotoschin: La garantía constitucional del derecho de asociación protege también a las organizaciones (sindicales) contra la arbitrariedad del Poder Ejecutivo, concepto que lo precisa el autor al establecer que el alcance de tal garantía es de proteger el referido derecho fundamental, tanto contra los poderes públicos (encargados de la reglamentación o de la ejecución) como contra particulares, **sobre todo con respecto a hechos o actos jurídicos susceptibles de dificultar o de impedir el ejercicio de aquel derecho.** (Cfr. Pérez Paton, Roberto. "La libertad sindical y sus garantías. Los sindicatos y la política", en *Estudios de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Ensayos en homenaje al profesor Ernesto Krotoschin*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1967, p. 210.)

Por otro lado es necesario destacar que Panamá, ha asumido vínculos jurídicos con organizaciones internacionales que buscan la protección y garantía de los derechos humanos, entre las cuales se encuentra la **Organización Internacional del Trabajo (OIT)**, originándose obligaciones internacionales a través de Convenios que son exigibles por parte de entidades internacionales que obligan al Estado Parte a corregir, incluso, lo que, en su orden interno, contradiga el propósito y fin de estos Convenios internacionales.

En tal sentido, estima el Pleno, que deben formar parte del Bloque de la Constitucionalidad **aquellos Convenios Internacionales del Trabajo que contengan regulaciones atinentes al reconocimiento de derechos humanos que se vean materializados con la actividad laboral**, los cuales deben ser tenidos en cuenta y aplicados por los operadores jurídicos del ordenamiento normativo panameño, para asegurar que las normas internas sean interpretadas de manera acorde con la Constitución y tales Convenios.

Recordemos que el Bloque de la Constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución.

Al respecto, coincide este Tribunal con el criterio expresado por el autor Cesar Augusto Londoño Ayala al expresar que el Bloque de la Constitucionalidad “*es la norma de normas del orden jurídico, por cuanto su contenido reviste jerarquía constitucional que dimensiona al Bloque como la máxima fuente de derecho que identifica e interpreta las normas jurídicas, lo que materializa la obligación normativa que tienen el Estado y los sujetos de derecho de ajustar sus intereses jurídicos a sus formulaciones, porque estas son de forzoso cumplimiento en el orden positivo en tanto son la génesis, fundamento y guía del sistema jurídico, convirtiéndose en medios normativos que son ejes representados en los factores de unidad, cohesión y sentido de la operatividad del sistema jurídico.*”(Cfr. Londoño Ayala, César Augusto. *Bloque de Constitucionalidad. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá, Colombia, 2010, páginas 41 a 45*)

Destaca el citado autor como funciones esenciales del Bloque de la Constitucionalidad las de interpretar sistemáticamente las normas fundamentales del sistema jurídico y las reglas subalternas y las de mantener una interpretación de garantía de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico orientada en el postulado universal indicado por el principio ***pro homine***.

Congruente con el marco conceptual que antecede, precisa ponderar el Pleno que nuestra Carta Magna, en su artículo 68, reconoce el derecho de sindicalización o sindicación a los asalariados, es decir, a los trabajadores; pero

además, a los empleadores y a los profesionales de todas clases para los fines de su actividad económica y social, sin excluir a los servidores públicos.

Igualmente, el artículo 79 constituye una **cláusula abierta** a favor de los derechos humanos de los trabajadores panameños al establecer de forma diáfana que “**los derechos y garantías establecidos en este Capítulo serán considerados como mínimos a favor de los trabajadores**” abriendo la puerta para que instrumentos jurídicos de **rango supranacional**, aprobados por la República de Panamá, que establezcan garantías fundamentales a favor de los trabajadores resulten vinculantes a las luz del derecho interno panameño.

De este aspecto se han ocupado autores latinoamericanos como Néstor Pedro Sagües y el profesor de la Universidad Central de Venezuela, Allan Brewer – Carías. Este último sostiene que, en el proceso de garantizar la supremacía de la Constitución y, mediante ella, la efectiva vigencia de los derechos humanos, los tribunales constitucionales de América Latina, han tenido que recurrir no sólo a los principios y valores establecidos o derivados del texto de las Constituciones, sino a lo que se dispone en los Tratados internacionales sobre derechos humanos. Sostiene este autor, que una de las características más destacadas del Derecho de los derechos humanos en América Latina, es la progresiva aplicación por los tribunales constitucionales, de los instrumentos internacionales de derechos humanos, a los efectos de su protección en el orden interno.

“Así entonces, según el autor citado, se destaca la técnica de las llamadas cláusulas abiertas sobre derechos humanos incorporadas en las Constituciones latinoamericanas, las cuales tienen su origen remoto en la enmienda IX de la Constitución de los Estados Unidos de América (1791), que dispuso: “**La enumeración de ciertos derechos en la Constitución no debe construirse como la negación o desecho de otros que el pueblo conserva**”.

Con ello se buscaba, según el autor citado, confirmar que la lista de los derechos constitucionales no termina en aquellos expresamente declarados y enumerados en los textos constitucionales. Esta concepción se incorporó, luego de la reforma constitucional de 2004, en el segundo párrafo del artículo 17 de nuestra Carta Magna, al disponerse que, “los derechos y garantías que consagra esta Constitución, deben considerarse como mínimo y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona.” (Cfr, *Sentencia del Pleno de 27 de noviembre de 2014, en la cual se declaró la inconstitucionalidad del artículo 257 del Código Electoral, bajo la ponencia del Magistrado Oydén Ortega Durán*)

En razón de lo expuesto, colige el Pleno que el **Convenio No. 87 de la Organización Internacional del Trabajo, Relativo a la Libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación, adoptado el 17 de junio de 1948, ratificado por Panamá mediante la Ley 45 de 2 de febrero de 1967**, establece que los trabajadores y los empleadores sin distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el afiliarse a esas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas. Igualmente, establece que tienen el derecho de constituir federaciones y confederaciones, así como el de afiliarse a ellas, y toda federación o confederación tiene el derecho de afiliarse a organizaciones internacionales de trabajadores y empleadores.

Dicha exhorta indica, puntualmente en su artículo 3, numeral 2 que “**las autoridades deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar el ejercicio de la libertad sindical o entorpecer su ejercicio legal.**”

Lo antes expuesto permite a este Tribunal Constitucional concluir que el Convenios 87 sobre libertad sindical de la OIT hace parte del

Bloque de Constitucionalidad panameño, en virtud de lo dispuesto en los artículos 4, 17 y 79 de la Carta Magna panameña.

Por otro lado, también corresponde analizar en la presente demanda, la protección que en el ámbito de la Convención Americana de Derechos Humanos, se le ha otorgado a los derechos y garantías de los trabajadores.

Así entonces, se debe ponderar lo dispuesto en el artículo 26 de la Convención Americana:

Artículo 26. Desarrollo Progresivo

"Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados."

(Resaltado del Pleno)

En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al analizar la aplicabilidad del artículo 2 de la Convención a los derechos que surgen del artículo 26 transrito, explica que el artículo 26 debe entenderse como un caso *lex specialis* con respecto a la cláusula general impuesta en el artículo 2, es decir, que la obligación de adoptar medidas apropiadas, incluso legislativas, para lograr la plena efectividad de los derechos económicos y sociales es "*modalizada*" por la naturaleza de "*progresividad*" cuando se trata de los derechos económicos, sociales y culturales de los cuales forma parte el derecho al trabajo (*Principio de Desarrollo Progresivo*).

Igualmente, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece en el artículo 2.1 lo siguiente:

"Artículo 2:

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales,

especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos."

Bajo este marco de ideas, es necesario señalar que el principio de desarrollo progresivo, contenido en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ha sido reconocido por el **Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual, en su Observación General No. 3 se refirió a su contenido en los siguientes términos:**

"El concepto de desarrollo progresivo constituye un reconocimiento del hecho de que la plena realización de todos los derechos, económicos, sociales y culturales generalmente no podrá ser alcanzada en períodos cortos de tiempo..." (Cfr. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación General No. 3, cit. V. en general, Sepúlveda, Magdalena. The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Intersentia, Amberes (2003), pp. 354 – 358*)

Sin embargo, el principio de desarrollo progresivo, que constituye una obligación positiva, tiene también una implicación negativa que es de igual importancia y **es la prohibición de regresividad injustificada**, según la cual **cualquier medida de regresividad deliberada en materia de derechos económicos, sociales y culturales (en el caso bajo estudio, derechos de los trabajadores)**, requerirá de la más cuidadosa consideración y **deberá estar plenamente justificada por referencia a la totalidad de los derechos reconocidos en el Pacto y en el contexto del uso total del máximo de los recursos disponibles, pues los derechos económicos, sociales y culturales, también pueden constituirse en derechos adquiridos.** (Cfr. CIDH, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1993, Capítulo V.*)

En este punto, esta Corporación de Justicia debe advertir, que luego de una exhaustiva revisión de los antecedentes legislativos atinentes a la aprobación de la Ley 43 de 2009 (*Exposición de motivos, actas de discusión y*

484

(debates en la comisión y en el Pleno legislativo) no se ha podido establecer las razones de política pública o de bienestar general, que motivaron las modificaciones a los artículos 182, 185 y 187 del Texto Único de la Ley 9 de 1994 de Carrera Administrativa, mediante normas que, evidentemente disminuyen o dificultan el ejercicio del derecho a la libertad sindical.

Con fundamento en el escenario jurídico que antecede, esta Corporación de Justicia concluye que los artículos **16, 17 y 18 de la Ley 43 de 2009 son inconstitucionales pues los mismos violentan los artículos 4, 17, 68 y 79 de la Constitución Nacional, en relación directa con el artículo 3, numeral 2 del Convenio 87 de la OIT, los artículos 2 y 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.**

A continuación el análisis de la acusada inconstitucionalidad del artículo 20 (transitorio) de la ley 43 de 2009.

Inmediatamente, esta Corporación de Justicia advierte que la misma no es inconstitucional.

El texto de la norma es el siguiente:

Artículo 20 de la ley 43 de 2009 (transitorio).

La administración podrá nombrar a servidores públicos sin la condición de servidores de carrera administrativa hasta el día 31 de julio de 2012. Después de esa fecha, sólo se ingresará a la Administración Pública mediante el Procedimiento Ordinario de Ingreso como señala la Ley 9 de 1994." (Resaltado del Pleno)

Como se observa el artículo in examine establecía una potestad para las autoridades nominadoras dentro de la administración pública, en el sentido de permitir el ingreso a la misma de funcionarios sin la condición de funcionarios de carrera administrativa hasta el 31 de julio de 2012.

Ante lo expuesto, es evidente, que la norma establece un criterio que no contraría el ordenamiento constitucional, pues en efecto, una persona puede obtener la calidad de servidor público por el simple hecho de ser nombrado en la

administración pública, sin que para ello deba tener la condición de funcionario de carrera administrativa, pues esa condición, solamente la adquirirá después de cumplir con el procedimiento establecido en la Constitución y en la ley, razón por la cual la citada norma no es constitucional.

A continuación, los artículos 21, 22, 27 y 30 de la Ley 43 de 2009, serán analizados de forma conjunta pues los mismos son acusados de vulnerar los mismos preceptos constitucionales.

"Artículo 21 de la ley 43 de 2009 (transitorio). En virtud de la entrada en vigencia de la presente Ley, se deja sin efecto todos los actos de incorporación de servidores públicos a la Carrera Administrativa realizados, a partir de la aplicación de la Ley 24 de 2007, en todas las instituciones públicas."

(Resaltado del Pleno)

"Artículo 22 (transitorio). A partir de la entrada en vigencia de la presente Ley, se dejan sin efecto los nombramientos en los cargos de la Junta Técnica de Carrera Administrativa y la Junta de Apelación y Conciliación."

(Resaltado del Pleno)

"Artículo 27 ley 43 de 2009. Se Deroga el artículo 79 del Texto Único de la Ley 12 de 1998."

"Artículo 30 ley 43 de 2009. Se dejan sin efecto las acreditaciones de los funcionarios a la Carrera de Servicios Aduaneros realizadas en cumplimiento del artículo transitorio 1 y el artículo transitorio 2 del Decreto Ejecutivo 47 de 25 de junio de 2009."

Advierte este Tribunal Constitucional que los artículos 21, 22 y 30 de la ley 43 de 2009, dejan sin efecto, **de forma inmediata y sin posibilidades de interponer recurso alguno**, los nombramientos de servidores públicos realizados a partir de la ley 24 de 2007 y las acreditaciones como funcionarios de carrera administrativa y de la carrera de servicio aduanero que se hubiesen otorgado bajo la vigencia de la citada ley y del artículo 1 (transitorio) y el artículo 2 (transitorio) del Decreto Ejecutivo 47 de 25 de junio de 2009.

En el caso del artículo 22 se dejan, automáticamente, sin efecto los nombramientos en los cargos de la Junta Técnica de Carrera Administrativa y la Junta de Apelación y Conciliación, cuando lo procedente en derecho, era que existiera un intervalo o posibilidad de refutar y revertir la decisión de la destitución, para que, de esta forma pudiese darse una efectiva defensa de los

186

derechos de la persona, que en este caso es un servidor público, razón por la cual esta norma infringe los artículos 4, 17 y 32 de la Constitución Nacional en relación directa con el artículo 2 y 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Respecto a los artículos 21 y 30, esta Corporación de Justicia es del criterio que la vulneración constitucional se concretiza y es clara respecto a los artículos 4, 17, 32 y 300 de la Constitución Nacional en relación directa con el artículo 2 y 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Y es que el tenor de las disposiciones impugnadas conlleva el desconocimiento de los derechos adquiridos de quienes sí cumplieron y cumplen con los requisitos necesarios propios del sistema de méritos.

Dichos artículos desconocen el debido proceso establecido en el sistema de méritos del artículo 300, ya que desacredita de forma automática e inmediata a todos aquellos que ingresaron a la Carrera Administrativa y del Servicio Aduanero, sin considerar cuáles de esas personas efectivamente, cumplieron con los requisitos del sistema de méritos, la competencia, la lealtad y la moralidad debidamente comprobadas. Es precisamente éste el debido proceso establecido para la acreditación y desacreditación del personal, es decir, se requiere determinar si las personas cumplen a cabalidad y de forma regular con los requisitos establecidos en la Ley y en la Constitución para su ingreso a la misma.

Con relación al artículo 27 el mismo deroga el artículo 79 del Texto Único de la Ley 12 de 1998 que señalaba lo siguiente:

“Artículo 79. Ningún puesto público ocupado por un servidor público de Carrera Legislativa destituido, podrá ser ocupado en forma permanente, hasta tanto se resuelvan, en forma definitiva, los recursos legales que se interpongan.”

787

Al respecto observa este Tribunal Constitucional que la norma demandada elimina una garantía de orden legal establecida a favor de los **derechos adquiridos** de servidores públicos de carrera legislativa, sometidos a un proceso de destitución, al indicar que el cargo, **al cual debió acceder por el sistema de concurso y de méritos correspondientes**, no podrá ser ocupado, de forma permanente, **hasta tanto el mismo no ejerza todos los recursos que la ley prevé para su defensa y que los mismos sean resueltos.**

De lo expuesto, concluye inmediatamente esta Superioridad que el artículo impugnado vulnera los artículos 4, 17, 32 y 300 de la Constitución Nacional en relación directa con los artículos 2 y 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, pues el mismo vulnera el derecho a la defensa del servidor público sancionado con una destitución y la estabilidad en el cargo condicionada a la competencia, lealtad y moralidad en el servicio.

Igualmente, son válidos en este punto los argumentos utilizados en párrafos anteriores para la declaración de inconstitucionalidad del artículo 12 de la ley 43 de 2009, en función de lo establecido en los artículos 4, 17 inciso 2, de la Constitución Nacional en relación con los artículos 2 y 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Por último, en lo que respecta a la aludida inconstitucionalidad del artículo 32 de la Ley 43 de 2009, el cual establece expresamente que dicha ley es de orden público y de efecto retroactivo hasta el 2 de julio de 2007, el actor constitucional advierte, que esta disposición es contraria al artículo 43 constitucional, sin embargo diferimos de esta consideración.

Ello es así, porque la norma constitucional invocada es clara en señalar que son de efecto retroactivo, las leyes de orden público o de interés social cuando en ellas así se exprese. Precisamente y aún cuando no lo comparta el

pretensor, esta ley establece de forma expresa ese carácter, por lo que mal podría indicarse que se contraviene lo dispuesto en la norma constitucional.

"Artículo 32 de la ley 43 de 2009.

La presente Ley es de orden público y tiene efectos retroactivos hasta el 2 de julio de 2007.

En términos generales las leyes no tienen efecto retroactivo, pero con excepción de aquellas leyes que expresamente establezcan que son de orden público o de interés social y por tanto son retroactivas hasta el momento que en ellas se estipulan.

Este Cuerpo Colegiado en Fallo de 13 de noviembre de 1996, se pronunció en igual sentido al señalarse que:

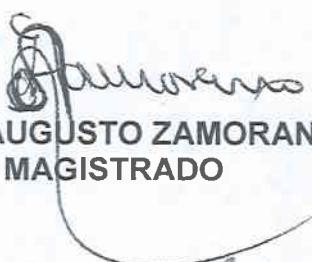
"Y es que de acuerdo con el principio de irretroactividad de la ley, solamente en el caso en que la propia ley establezca el carácter de retroactiva, siempre y cuando ello obedezca a razones de orden público, o en materia penal si éstas son favorables al reo, no pueden expedirse normas con vigencia retroactiva a los efectos de ser aplicables a hechos ocurridos antes de su vigencia".

Así las cosas, observamos que la Ley 43 de 30 de julio de 2009, establece en su artículo 32 que dicha Ley es de orden público y tendrá efectos retroactivos hasta el 2 de julio de 2007. En ese sentido, se puede concluir que al señalar la propia Ley 43 de 2009, que es de orden público y sus efectos son retroactivos hasta el 2 de julio de 2007, la norma demandada no es inconstitucional.

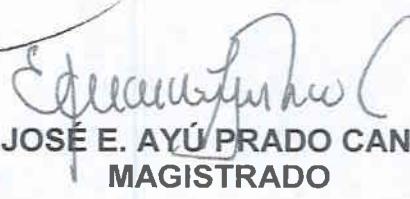
En consecuencia, el Pleno de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **DECLARA QUE SON INCONSTITUCIONALES los artículos 8, 12, 13, 16, 17, 18, 21, 22, 27 y 30 de la ley 43 de 2009 y QUE NO SON INCONSTITUCIONALES 1, 2, 9, 10, 11, 15, 20 y 32 de la misma exhorta legal.**

Igualmente, se declara que **RECUPERAN SU VIGENCIA** los artículos de la Ley 4 de 1994 de Carrera Administrativa, que fueron derogados o reformados por los artículos 8, 12, 13, 16, 17, 18 y 27 de la Ley 43 de 2009.

NOTIFIQUESE,

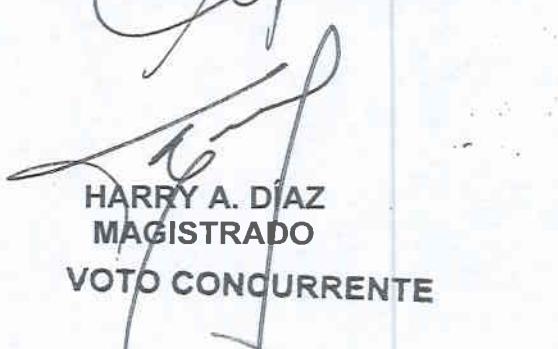

ABEL AUGUSTO ZAMORANO
MAGISTRADO


GISELA AGURTO
MAGISTRADA


JOSÉ E. AYÚ PRADO CANALS
MAGISTRADO


NELLY CEDENO DE PAREDES
MAGISTRADA


HERNÁN A. DE LEÓN BATISTA
MAGISTRADO


HARRY A. DÍAZ
MAGISTRADO
VOTO CONCURRENTE


LUIS R. FÁBREGA S.
MAGISTRADO


JERÓNIMO MEJÍA E.
MAGISTRADO
(CON VOTO RAZONADO)


HARLEY J. MITCHELL D.
MAGISTRADO


YANIXSA Y. YUEN
SECRETARIA

SECRETARIA GENERAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

En Panamá a los 25 del mes de Septiembre del año 2014
Notifico
de la resolución anterior.

Firma de la Notificada



En Panamá a los 11 días del mes de Enero del año 2016

a las 9:45 de la Mañana Notifico a la

SECRETARIA GENERAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

En Panamá a los 11 días del mes de Enero del año 2016 a las 9:45 de la Mañana Notifico a la
Fiscalía General de la Nación de la resolución anterior.

Firma de la Notificada

En Panamá a los 14 días del mes de Enero del año 2016 a las 10:00

En el despacho de la Procuraduría General de la Nación

Procurador de la Administración

VOTO CONCURRENTE DEL MAGISTRADO HARRY A. DÍAZ

Con el debido respeto debo manifestar que comparto parcialmente la presente resolución, en el sentido de declarar que son inconstitucionales los artículos 12, 13, 16, 17, 18 y 27 de la Ley 43 de 30 de julio de 2009 “Que reforma la Ley 9 de 1994, que desarrolla la carrera administrativa” y que no son inconstitucionales los artículos 1, 2, 9, 10, 11, 15, 20 y 32; sin embargo, difiero respecto a la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 8, 21, 22 y 30 de la misma exenta legal, por las razones que paso a explicar:

El proyecto establece que son inconstitucionales el segundo párrafo de los artículos 8 y 13 de la Ley 43 de 2009, los cuales son del tenor siguiente:

“Artículo 8. El artículo 48 del Texto Único de la Ley 9 de 1994 queda así:

Artículo 48. El servidor público que ingrese a la Administración Pública siguiendo las normas de reclutamiento y selección establecidas en esta Ley y sus reglamentos adquirirá el estatus de servidor público de Carrera Administrativa tan pronto cumpla su periodo de prueba con una evaluación satisfactoria.

No adquirirán el estatus de servidor público de Carrera Administrativa las personas que al ingresar a la Administración Pública o al cumplir el periodo de prueba gocen de jubilación o pensión”.

“Artículo 13. El artículo 134 del Texto Único de la Ley 9 de 1994 queda así:

Artículo 134. Los servidores públicos de Carrera Administrativa se regirán por las regulaciones

establecidas en la Ley de la Caja de Seguro Social o en leyes especiales para los efectos de jubilación e invalidez.

El servidor público de Carrera Administrativa que se acoja a jubilación o pensión será desacreditado del Régimen de la Carrera Administrativa”.

En ese sentido, se advierte que la Ley excepciona sobre ciertos funcionarios a los cuales no les ampara la estabilidad laboral que ofrece la carrera administrativa; es decir, aquellos servidores públicos que se hayan acogido a una pensión o a la jubilación definitiva del régimen de seguridad social; lo anterior, en razón de la necesidad de relevo generacional de los profesionales y la oportunidad de ascenso de la fuerza laboral que ya forma parte de la carrera, dentro del marco del sistema de méritos, competencia y lealtad según lo establece la Constitución Política.

Ello es así dado el vencimiento natural del ciclo productivo de los trabajadores y además porque para el empleador (entidad estatal), representa una concesión a la capacidad de administrar, en función de las especialidades y necesidades de la demanda laboral de la actividad desarrollada.

Obsérvese que incluso el Código de Trabajo establece como causal justificada de despido, el reconocimiento al trabajador por el sistema de previsión de la pensión de jubilación (Cfr. numeral 3 del artículo 213 del Código de Trabajo).

Es decir, que visto de forma análoga con relación a la libre empresa, debería entenderse bajo el enfoque del llamado poder de gestión y dirección, que propugna porque el capital no opere bajo criterios necesariamente solidarios o de beneficencia, sino bajo una premisa de rentabilidad, por lo cual se entiende que se permita un despido como consecuencia de que el trabajador alcance y reciba efectivamente su pensión o jubilación.

Debo indicar que las anteriores reflexiones, no se traducen en que se desconozca el derecho al trabajo de quienes se acogen a la jubilación o a la pensión, habida cuenta que nada impide a la entidad estatal mantener a sus servicios o conservar a una persona que se encuentre tramitando o gozando de ese derecho; así como tampoco nada impide al trabajador optar por continuar laborando luego de acogerse a la jubilación.

En ese sentido, advertimos que las normas que el proyecto declara inconstitucionales respetan el derecho al trabajo del servidor público que se ha acogido a la jubilación o pensión, ya que puede permanecer en el puesto de trabajo, perdiendo únicamente la posibilidad de ingresar o permanecer amparado por el régimen de carrera administrativa; pero en contrasentido, de declararse inconstitucionales los referidos artículos, estaríamos impidiendo o ralentizando la oportunidad de ascenso de otros servidores públicos.

En otro orden de ideas, tampoco comparto el criterio vertido para declarar inconstitucionales los artículos 21, 22 y 30 de la Ley 43 de 2009, pues se señala que dichas normas dejan sin efecto los nombramientos de servidores públicos realizados a partir de la Ley 24 de 2007 y las acreditaciones como funcionarios de carrera administrativa y de la carrera de servicio aduanero otorgadas bajo la vigencia de la precitada Ley y del artículo 1 (transitorio) y el artículo 2 (transitorio) del Decreto Ejecutivo 47 de 25 de junio de 2009, dejándolos “**sin posibilidades de interponer recurso alguno”... “cuando lo procedente en derecho, era que existiera un intervalo o posibilidad de refutar y revertir la decisión de la destitución, para que de esta forma pudiese darse una efectiva defensa de los derechos de la persona que en este caso es un servidor público”.**

Contrario a ello, los servidores públicos que consideren que la administración ha violado el derecho que les asiste pueden oponerse al acto que estime injusto; prueba de ello son los sendos fallos proferidos por la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo como los de 27 de febrero de 2014, 26 de

492

diciembre de 2014 y 13 de mayo de 2015; mediante los cuales se han resuelto Demandas Contencioso Administrativas relacionadas a las destituciones ocurridas en ocasión de los artículos 21, 22 y 30 de la Ley 43 de 2009, contra las cuales se han interpuesto los recursos de reconsideración y/o apelación.

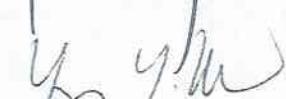
Efectivamente, los recursos que puede utilizar el interesado por vía gubernativa son el de Reconsideración y el de Apelación, los cuales tienen como finalidad que se modifique o revoque el acto administrativo acatado; por lo tanto, para que se perfeccione el acto administrativo de destitución, las autoridades administrativas deberán sujetarse a los requisitos, procedimientos y formalidades directamente establecidas en la Ley N° 9 de 20 de junio de 1994 texto único 1994 texto único, modificada por la Ley N° 43 de 2009, por la cual se regula la Carrera Administrativa y supletoriamente en la Ley N° 38 del 31 de julio de 2000, sobre Procedimientos Administrativos, razón por la cual, estimo que dichas normas no vulneran el derecho de defensa de los servidores públicos destituidos bajo los supuestos en ellas establecidos.

Por las consideraciones que dejo expuestas, consigno mi Salvamento de Voto en la presente resolución judicial.

Fecha Ut Supra.



HARRY A. DÍAZ
Magistrado



YANIXSA Y. YUEN
Secretaria General

VOTO RAZONADO

Con el respeto acostumbrado, debo señalar que si bien estoy de acuerdo con los argumentos de constitucionalidad que se desarrollan en el fallo y la decisión adoptada, estimo necesario hacer algunas anotaciones con referencia a una de las normas acusadas, el artículo 13 de la Ley 43 de 2009, declarado inconstitucional.

En el análisis del fallo se señala en acuerdo con la Sentencia del Pleno de 11 de agosto de 2014, que “*la condición de jubilado o pensionado no es un elemento o causal para la desacreditación de la carrera administrativa de un funcionario público, [como] tampoco puede ser un obstáculo o impedimento para obtener la categoría de funcionario de Carrera, en virtud de lo dispuesto en el artículo 300 de la Constitución Nacional*”.

Al tenor de la decisión de mayoría, “*conforme al mandato constitucional lo que rige la función del servidor público es su mérito, competencia, lealtad y moralidad para desempeñar un cargo público, independientemente de su condición personal de jubilado o pensionado*”, razón por la cual se concluye que el artículo 13 de la Ley 43 de 2009 es inconstitucional.

Al respecto, observo que el segundo párrafo del referido artículo 13 establece lo siguiente:

“*El servidor público de Carrera Administrativa que se acoja a jubilación o pensión será desacreditado del Régimen de la Carrera Administrativa*”.

Es decir, la norma contempla que una vez el funcionario se acoja a la jubilación o pensión pierde la acreditación que lo hace parte del Régimen de Carrera Administrativa.

Es opinión de quien suscribe que la jubilación o pensión es un derecho consustancial a la calidad de servidor público. Es decir que todo servidor público goza en virtud de su categoría como tal, entre otros derechos, al de jubilación y/o pensión.

Por su parte, los derechos que dimanan de la acreditación en el régimen de Carrera Administrativa, como ha dicho este Pleno en reiteradas ocasiones, se adquieren a través de concurso de mérito.

El régimen de Carrera Administrativa por su naturaleza busca cubrir las necesidad de recursos humanos a través de la selección científica de personal. La principal característica del régimen de carrera radica en que al tiempo que se garantizan los requerimientos del sector público mediante el reclutamiento de personal, se protegen los derechos del funcionario con miras a asegurar la estabilidad y permanencia de servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen la prestación del servicio.

Debe señalarse, sin embargo, que los derechos que adquiere el servidor público a través de su incorporación a la Carrera Administrativa no son perennes. El ordenamiento jurídico contempla distintos medios de retiro del funcionario del estatus de carrera administrativa, lo que no significa en todos los casos que el servidor queda desvinculado de la función pública.

Así, el artículo 126 del Texto Único de la Ley 9 de 1994 establece que el servidor público quedará retirado de la Administración Pública en los siguientes casos:

1. Renuncia escrita del servidor público, debidamente aceptada.
2. Reducción de fuerza.
3. Destitución.
4. Invalidez o jubilación, de conformidad con la ley.

Como se observa, la norma contempla dentro de los medios de retiro de los servidores del régimen de Carrera Administrativa la “*invalidez o jubilación*”, previsión que no se opone a lo señalado en el artículo 300 de la Constitución, cuando dice que “*...la estabilidad en sus cargos estará condicionada a su competencia, lealtad y moralidad en el servicio*”. Ello en virtud de que el artículo 302 constitucional consagra que los *deberes y derechos de los servidores públicos, así como los principios para los nombramientos, ascensos, suspensiones, traslados, destituciones, cesantía y jubilación serán determinados por la Ley*”.

Es decir que la prescripción constitucional establece una reserva legal con miras a que la ley desarrolle los derechos y deberes de los servidores públicos y las distintas etapas de su desarrollo laboral en la función pública. La última etapa de tal desarrollo laboral es la jubilación o pensión del funcionario, lo que en absoluto supone afectación al derecho al trabajo del servidor (Fallo de 28 de septiembre de 2007), sin embargo, sí implica que el funcionario se retira o deja su calidad de miembro de carrera para asumir otro derecho con todas sus prerrogativas como lo es la jubilación.

Debe tenerse en cuenta que este Pleno se refirió a la relación del derecho a la estabilidad laboral y el goce del derecho a jubilación del servidor público en fallo de 23 de noviembre de 2015, en el cual se analizó una norma cuyo contenido es de similares características al del segundo párrafo del artículo 13 de la Ley 43 de 2009.

498

Dijo entonces esta Corte:

“A la luz del artículo 19 constitucional debe entenderse que la distinción que establece la ley 127 de 2013, procura un justo equilibrio entre el goce de un derecho a la estabilidad laboral y el goce de un derecho a la jubilación; ambos derechos están relacionados con la actividad laboral del funcionario, pero se corresponden a etapas muy distintas del desarrollo laboral individuo dentro del sector público.

Así pues, cabe entender que la Ley 127 de 2013, establece una garantía de estabilidad laboral que en nada se opone el ejercicio del derecho al desempeño laboral de los servidores que hayan alcanzado la jubilación, pensión o estén en situación de acceder a ellas. Es decir que, no excluye por motivo de la jubilación o pensión el ejercicio pleno del derecho al trabajo a los funcionarios que presenten tales condiciones; menos aun, prescribe el retiro o jubilación obligatoria de éstos funcionarios, lo que en todo caso sí hubiera podido suponer una vulneración a la garantía del derecho al trabajo, tal y como se ha puesto de manifiesto en Sentencia del Pleno de 28 de septiembre de 2007.

(...)

Para el Pleno, por tanto, carece de validez el argumento de que la norma legal acusada establece una distinción que dé lugar a la afectación al derecho al trabajo de los servidores público que gocen de la jubilación o pensión. Pues no puede admitirse que el servidor en tal condición también sea amparado por el derecho a estabilidad laboral, siendo que, como lo ha reconocido la doctrina *iustiticialista*, la jubilación supone una forma de extinción de la relación jurídica funcional de trabajo (artículo 126 del Texto Único de la Ley 9 de 1994), supeditada por tanto a la libre voluntad del funcionario público, es decir, que si bien el funcionario tiene derecho a decidir sobre la continuación de sus servicios en las instituciones del Estado una vez alcanza la edad de jubilación o pensión y cumple con los requisitos que la ley exige, lo cierto es que ello no implica que el mismo pueda seguir siendo amparado por la garantía de inamovilidad en tanto que se ha acogido al derecho a la jubilación o pensión”.

Por lo anterior, soy del criterio que el segundo párrafo del artículo 13 de la Ley 43 de 2009 no se opone al Texto Constitucional,

dado que el legislador conforme a la facultad de configuración prevista en el artículo 302 constitucional ha precisado una causal de retiro del régimen de Carrera Administrativa que ya contemplaba la Ley 9 de 1994 en su artículo 126.

Este medio de retiro del régimen de carrera, como señala la doctrina en referencia a fallo de la Corte Constitucional Colombiana:

“...el retiro no deja en situación de desamparo al empleado retirado que gozará de su pensión y que, además, la previsión legal demandada permite el acceso de las nuevas generaciones a los cargos públicos y a la función pública enrumbarse por caminos de eficacia y eficiencia al contar con nuevo personal” (DUEÑAS QUEVEDO, C. *Derecho Administrativo Laboral*, Ibáñez, Bogotá, 2013, p. 304).

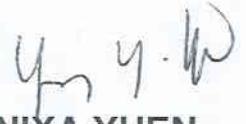
Bajo estos razonamientos es que me distancio de la valoración realizada en el fallo, únicamente, con relación al artículo 13 de la Ley 43 de 2009.

Respetuosamente,



JERÓNIMO MEJÍA EDWARDS

Magistrado



YANIXA YUEN

Secretaria General