

Panamá, 13 de octubre de 2004.

Su Excelencia
UBALDINO REAL
Ministro de la Presidencia
E. S. D.

Señor Ministro:

En cumplimiento de la función que nos atribuye la Constitución y la Ley, de servir de consejera jurídica a los servidores públicos, procedemos a examinar su nota No.D.M-059-2004, fechada 30 de septiembre de 2004, recibida en este despacho el 4 de octubre del año que decurre, por la cual nos consulta, a instancia del señor Contralor General de la República, respecto a si es aplicable al Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Dr. César Pereira Burgos, el artículo 1 de la Ley 61 de 1998 y de ser así, el procedimiento a seguir para dejar sin efecto su nombramiento y designar su reemplazo.

Antes de entrar en el fondo del tema consultado, importa indicar que toda consulta elevada a este despacho debe traer consigo la opinión del asesor jurídico de la institución consultante, tal como lo señala el artículo 6 numeral 1 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, excepto aquellas que provengan de instituciones del Estado que no cuentan con asesores jurídicos. En el presente caso, observamos que la consulta elevada adolece de este requisito, el cual le instamos a cumplir en futuras oportunidades para consolidar nuestra actuación en el marco de la legalidad.

Vistos los aspectos que abarca su consulta y hechas las aclaraciones de procedimiento pertinentes, nos permitimos ofrecer contestación en los siguientes términos:

I. Consideraciones previas en torno a los derechos fundamentales del adulto mayor y al retiro obligatorio por razón de la edad.

Los Derechos Humanos fundamentales no disminuyen por razón de la vejez; de allí que, frente al riesgo de su desconocimiento, producto de la mayor vulnerabilidad y el deterioro de las capacidades individuales que la edad avanzada conlleva, se hace necesario retomarlos, redefinirlos y reafirmarlos en diversos planos.

Conforme a los Principios de las Naciones Unidas a favor de las personas de edad, son cinco las categorías de derechos universalmente reconocidos a las personas de edad avanzada, a saber: independencia, participación, cuidados, plenitud humana (autorrealización) y dignidad, cuyo reconocimiento por los Estados plantea, entre otros, el reto de promover y facilitar la inclusión laboral de los adultos mayores a través de acciones tales como el fomento de la creación de puestos de trabajo acordes con sus capacidades y las demandas del mercado laboral; así como la adopción de medidas que posibiliten su continuidad laboral o su reinserción, incluso más allá de haber adquirido su calidad de jubilado o pensionado.

Si bien en el plano formal, la adecuación a los estándares internacionales supone la asunción de una serie de metas, objetivos y acciones tendientes a garantizar el envejecimiento activo y el protagonismo de las personas mayores en el logro de su bienestar económico, se debe tener presente que en los hechos, la capacidad de los seres humanos para desempeñarse en el ámbito laboral o en el servicio público, encuentra su límite natural en el desgaste que es consustancial a la senectud.

A pesar que conceptualmente el pleno ejercicio del derecho a la jubilación entraña que el beneficiario se acoja al descanso y reciba una pensión de vejez, es un hecho conocido que en la práctica, debido en gran parte a la insuficiencia de los medios económicos que estas prestaciones proveen, muchas personas que ya se han jubilado continúan trabajando, bien para terceros (sector privado o público), o por cuenta propia, no haciendo uso del descanso a que tienen derecho.

Ello implica que después de cierto tiempo, debido al desgaste natural de las aptitudes físicas y mentales propios de la edad avanzada, muchos de estos funcionarios van perdiendo progresivamente la capacidad de desempeñar sus funciones de manera eficiente.

De allí la finalidad de la Ley 61 de 1998, de prever lo necesario para asegurar que quienes alcancen los 75 años de edad al servicio del Estado se retiren del servicio público y hagan uso efectivo de su derecho al descanso merecido, sin que ello sea óbice para que puedan seguir trabajando por cuenta propia o para terceros en el ámbito privado, si así lo prefieren.

Somos concientes de que el desarrollo no sólo implica la capacidad de los países de producir riqueza, sino también la disponibilidad y acceso equitativo de todos los habitantes de un país a dichos recursos, incluyendo a los adultos mayores.

Igualmente reconocemos el importante papel que desempeñan las personas de la tercera edad en la vida de los pueblos, habida cuenta que la vejez constituye la continuidad de una serie de logros y la madurez de una experiencia vital que enriquece las relaciones sociales y el desarrollo cultural.

Por todo lo anterior, consideramos que la aptitud de los adultos mayores para desempeñarse en el sector público, debe ser reconocida y dignificada mediante la adopción de políticas y programas tendientes a su inclusión y al aprovechamiento de su experiencia laboral y profesional como apoyo efectivo y eficaz a las generaciones mas jóvenes, pero condicionado en todo caso a que sean capaces de hacerlo y de asumir las responsabilidades inherentes a las funciones que les competen.

II. Sentido y Alcance del Artículo 1 de la Ley 61 de 1998. Su aplicación al caso consultado.

El artículo 1 de la citada Ley 61 de 20 de agosto de 1986, "Por la cual se establece el retiro por la edad de algunos servidores públicos,"¹ establece:

"ARTÍCULO 1. Los servidores públicos nombrados en cargos de los órganos Ejecutivo, Judicial y Legislativo y en los municipios, salvo los de elección popular, así como en las entidades autónomas y semiautónomas, que tengan setenta y cinco años (75) de edad, deberán retirarse definitivamente del servicio público y acogerse a la pensión de vejez a que tengan derecho por parte de la Caja de Seguro Social.

En caso de no tener acreditado el número de meses de cotización requerido para el derecho a la pensión de vejez de la Caja de Seguro Social, el servidor público que se retire de su empleo por esta causa y haya cumplido cinco (5) años de servicio, tendrá derecho a percibir una pensión, que será pagada con cargo al Tesoro Nacional.

El monto de esta pensión será igual al sesenta por ciento (60%) del promedio del salario básico mensual que el servidor público haya devengado durante los siete (7) mejores años, en su condición de tal, o del promedio del salario básico mensual devengado durante todo su período, de ser éste menos de siete años.

La pensión así concedida no podrá ser menor que ciento setenta y cinco balboas (B/.175.00) mensuales, ni mayor que mil quinientos balboas (B/.1.500.00) mensuales". (subraya y destaca este despacho).

La aplicación del párrafo primero de la precitada norma, siempre ha despertado inquietud y disconformidad en diversos sectores, razón por la cual este despacho

¹ Publicada en Gaceta Oficial No. 23.619 de 31 de agosto de 1998.

ha expresado criterio al respecto mediante pronunciamientos previos, cuya consulta recomendamos, para mayor ilustración.²

Esta disposición se desdobra en varios aspectos que es necesario distinguir para la mejor comprensión del sentido y alcance de la misma:

1. Se extiende a todos los servidores públicos que cuenten con 75 años de edad, que laboran en alguno de los tres Órganos o Poderes Estatales, incluyendo los gobiernos locales y demás entidades públicas descentralizadas. Obviamente, que la edad de setenta y cinco años establecida es una cantidad de partida, toda vez que aquellos que ostenten más edad, igualmente están incluidos en el precepto;
2. Obliga a que estas personas se retiren obligatoriamente del servicio público, atendiendo el texto literal “deberán”;
3. Esta desvinculación del servicio público es definitiva, o sea, sin posibilidades de reingreso al engranaje público;
4. Establece la expresa y única excepción en aquellas personas que ocupen cargos de elección popular, lo que significa, que a pesar de tener la edad mencionada o más, no son afectados por la disposición. Esto responde a que su designación y mandato para el cargo público emana directamente del pueblo, de lo que surge que impera en estos casos seguir otros procedimientos establecidos en la Constitución y leyes especiales para removerlos de sus cargos cuando haya lugar a ello; y,
5. Cuando la persona de 75 años o más, a pesar de sobrepasar la edad mínima de jubilación (que es de 62 años para los varones y 57 para las mujeres), no se hubiere jubilado aun, por no tener acreditada la cantidad mínima de cuotas exigidas por ley, una vez se desvincule del servicio público en cumplimiento de esta disposición, siempre que hubiere cumplido al menos cinco años de servicio, podrá percibir una pensión de vejez, con lo que la norma les ofrece un beneficio tendiente a garantizar la efectividad del retiro.

Las precisiones anotadas se extraen de un análisis estrictamente lógico-sistemático³, de la norma bajo estudio que fue efectuado con ocasión de situación similar que presentó la Universidad de Panamá a este despacho, concluyéndose como puede observarse que los elementos que conforman la

² Ver, Consulta C-25 de 27 de enero de 1999, y la Vista No. 479 de 2 de diciembre de 1998, emitidas por la Procuraduría de la Administración.

³ Que quiere decir que la interpretación posee como fin el descubrimiento de la voluntad del legislador al momento de redactar la norma. (GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Edit. Porrúa. Argentina. 1996. Pág. 331).

disposición son determinantes y obligatorios, dado las inflexiones verbales utilizadas, o sea, “deberán”, “tendrán”, que denotan obligación de hacer; y la utilización del adjetivo “definitivamente”, vocablos que no dejan margen a elegibilidad posible.

Cabe señalar que la disposición legal en comento fue modificada por la Ley No.70 de 26 de diciembre de 2001⁴, que introdujo, además de la excepción a favor de los servidores públicos elegidos por votación popular, contenida en el texto original de la norma, la exclusión de los docentes que laboren en las universidades oficiales y de los funcionarios del Cuerpo Diplomático del Ministerio de Relaciones Exteriores. Es en tal virtud que solamente éstos, por disposición legal, pueden trabajar para el Estado más allá de los setenta y cinco años; y, no otros, siendo que lo contrario desvirtúa el sentido de la ley.

Tal y como hemos señalado en dictámenes previos, esta Ley está redactada con carácter imperativo, es decir no está sujeta a la voluntad de quien esté amparado por el supuesto jurídico que la misma prevé. En otras palabras, el contenido claro y coercitivo de la norma jurídica no deja lugar a dudas, por lo que no puede ser objeto de negociación entre la autoridad estatal y la persona que tenga 75 años de edad y sea servidor público. A contrario sensu, la autoridad nominadora no puede transigir en cuanto a si aplica o no la disposición comentada pues ésta -la norma- también es un precepto imperativo para ella, por lo que, en caso de renuencia del funcionario a retirarse por su propia voluntad, procede su separación oficiosa.

La figura del retiro forzoso del servicio público por razón de la edad, debemos señalar, no es una figura extraña en el Derecho Comparado. De hecho, países como Argentina, Chile y España prevén este tipo de figura en sus ordenamientos jurídicos, aplicable tanto en el sector público como en el privado.

En este sentido señala el autor argentino Emilio Fernández Vásquez con referencia al Derecho positivo argentino que *“...el retiro puede ser voluntario o forzoso, según se realice por decisión exclusiva del funcionario o a instancia de la Administración, cuando en ambos casos se han cumplido los requisitos legales pertinentes. ...”* (Fernández Vásquez Emilio. Diccionario de Derecho Público, Editorial Astrea, 1981, Argentina, p.448.).

Incluso, existen ordenamientos que posibilitan la aplicación de este tipo de medida a nivel de las altas magistraturas del poder judicial, tales como La Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, que regula el Poder Judicial en España, cuyo artículo 386 establece que la jubilación por edad de los Jueces y Magistrados es forzosa y se decretará con la antelación suficiente para que el cese de la función se produzca efectivamente al cumplir la edad de setenta años.

⁴ Publicada en Gaceta Oficial No.24.460 de 28 de diciembre de 2001.

Continuando con nuestro análisis, en estos casos, conforme al criterio sostenido por esta Procuraduría en opiniones anteriores, corresponde a la autoridad nominadora adoptar las medidas pertinentes para dejar sin efecto el nombramiento. Tal fue el criterio sostenido mediante Consulta C-25 de 1999, con ocasión de la cual, al analizar la Ley 61, expusimos: “... **a juicio de la suscrita, corresponde a la autoridad nominadora emitir un acto administrativo a través del cual se remueva de la institución respectiva a toda persona abarcada por el supuesto del artículo 1 de la Ley 61 de 1998,...**”⁵

Con ello se indica que esta disposición no está redactada con una intención facultativa o de discrecionalidad en poder del servidor que tenga 75 años de edad, sino por lo contrario su intención es ofrecer un retiro definitivo del servicio público en términos estables en cuanto a seguridad social se refiere al establecer un derecho a pago de pensión por vejez. Cualquier otra interpretación crearía un contrasentido en el objetivo de la Ley, cual es que estos funcionarios que han dado en muchos de los casos una cuota de su vida en trabajo para el Estado, llega el momento en que por razones naturales, biológicas y físicas es conveniente que se desvinculen del servicio público activo, refiriéndonos a la vejez bien entendida, porque si bien es cierto, la persona que llega a la senectud, y propiamente con setenta y cinco años o más, no significa que no pueda ser un ente productivo, opinar lo contrario no concordaría con las modernas tendencias en cuanto al trato, capacidades y modos de participación de las personas de la tercera edad o adultos mayores en la sociedad, no como una carga sino como entes creativos y productivos dentro de los límites naturales que imponen el paso del tiempo, las condiciones físicas y psíquicas individuales de cada persona.

Y es que, indudablemente, el Legislador al redactar la norma ha previsto ofrecer una alternativa acorde con los principios que animan a la Seguridad Social, o sea, para al caso concreto, el no desamparar o propiciar la indigencia o deterioro en la calidad de vida de aquellas personas mayores de 75 años de edad que deban retirarse, y establecer el correspondiente derecho de pensión de vejez, para atender sus necesidades, a tal punto que aunque no se cumpla con el mínimo de cuotas, nunca la pensión de vejez así otorgada podrá ser inferior a B/.175.00 mensuales, y en otro supuesto, tampoco mayor de B/. 1,500.00 mensuales.

Ahora bien, en el caso específico que se nos consulta, en la opinión de este despacho, no cabe duda que el precepto contenido en el párrafo primero del artículo 1 de la Ley 61 de 1998 aplica también a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, por no estar amparados dentro de las excepciones legales establecidas en la norma. Igualmente sustenta este criterio lo establecido en el artículo 207 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 294 y

⁵ Ver, Consulta C-25 de 1999.

297 del mismo cuerpo normativo, cuyo texto nos permitimos reproducir a continuación:

*“Artículo 207. Los Magistrados y Jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones y no **están sometidos** más que a la **Constitución y a la Ley**;”*

*“Artículo 294. **Son servidores públicos las personas nombradas en cargos del Órgano Ejecutivo, Legislativo y Judicial, de los Municipios, entidades autónomas y semiautónomas; y en general, las que perciban remuneración del Estado.**”*

*“Artículo 297. Los deberes y derechos de los servidores públicos así como los principios para los nombramientos, ascensos, suspensiones, traslados, destituciones, **cesantía y jubilaciones serán determinados por la Ley.**
...”*

Así pues, siendo que los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia están sometidos a la Constitución en su sentido holístico (no sólo al Título VII, que establece los preceptos fundamentales de la Administración de Justicia), deben ser considerados servidores públicos en el sentido expresado en el artículo 294, citado ut supra y, por tanto, le serán aplicables las normas constitucionales que contemplan principios básicos de administración de personal, incluyendo la contenida en el artículo 297 citado, que establece reserva de ley en materia de cesantía y jubilaciones, siempre que no exista norma especial que de modo más específico les sea aplicable en esa materia.

Por último, toda vez que la norma está vigente y es de aplicación general y, mientras esté vigente en su texto actual, es aplicable a todo servidor público que no esté excluido de su aplicación por disposición de la Ley.

III. Aspectos constitucionales relacionados con la presente consulta.

Diversos han sido los argumentos que se han esgrimido en nuestro foro, en las instancias administrativas y jurisdiccionales, así como a nivel de los medios de comunicación, con la pretensión de sustentar la tesis de que el párrafo primero, del artículo 1 de la Ley 61 de 1998 es inconstitucional.

En este sentido, se ha señalado que dicha norma contraviene el artículo 19 de la Constitución Política, por discriminar a los adultos mayores de 75 años o más, por razones personales (su edad); que viola el artículo 60, por negar a estas personas el pleno goce de su derecho al trabajo, consagrado en la Constitución Política como un mínimo a favor de los trabajadores; e, inclusive, que contraviene el

artículo 126, por eliminar el derecho de los ciudadanos de ocupar cargos públicos por nombramiento, cuando hayan cumplido 75 años de edad.

A continuación abordaremos cada uno de estos extremos.

1. Sobre el cargo de violación del principio constitucional de no discriminación.

El artículo 19 de la Constitución Política consagra la prohibición de la discriminación por razón de la raza, nacimiento, clase social, sexo, religión o ideas políticas. Como señala el Doctor César Quintero, este principio *“prohíbe que las normas legales establezcan o las autoridades públicas practiquen, un tratamiento desfavorable - o privilegiado - contra cualquier persona por la sola razón de su raza, nacimiento, clase social, sexo, religión o ideas políticas.”*⁶

Esta norma, está íntimamente relacionada con la disposición del artículo 20, que consagra el principio de igualdad de panameños y extranjeros ante la ley. Para el citado jurista, la igualdad ante la ley significa que *“ninguna categoría o grupo de habitantes de un Estado debe ni puede tener más derechos que otros”*⁷.

Ambos principios, constituyen una garantía de los particulares frente a cualquier trato discriminatorio o privilegio.

Considerando lo anterior, en el caso que nos ocupa habría que determinar si el primer párrafo del artículo 1 de la ley 61 de 1998, al referirse al retiro definitivo de los servidores públicos a la edad de 75 años, viola o no los preceptos contenidos en los artículos 19 y 20 de la Constitución.

Mediante Vista N°479 de 2 de diciembre de 1998, esta Procuraduría emitió criterio en el sentido de que dicha norma legal no lesiona de ninguna manera lo establecido en **el artículo 19 de la Constitución, ya que éste no prohíbe a la ley establecer tratos diferenciados por razón de la edad de las personas.** De hecho, el artículo 19 de la Constitución, cuando habla de nacimiento, se refiere al lugar o territorio donde nació la persona (no a la edad o fecha de su nacimiento); al aludir a la raza, se refiere los caracteres étnicos adquiridos de la herencia genética de los progenitores; la clase social alude a la distinción entre personas por su linaje o posición socioeconómica; el sexo, se refiere a la distinción de género que permite distinguir al hombre de la mujer; la religión, es la creencia o culto que se profesa y, al aludir a las ideas políticas, a las preferencias partidistas.

Y, es que, al interpretar los principios de no discriminación e igualdad, se debe tener presente que su recta interpretación no impide para que la ley, al regular los

⁶ Quintero, César. Derecho Constitucional Panameño. Impresora Lehmann, San José, 1967, p. 130.

⁷ Ibídem, p. 137.

diversos aspectos de la vida social, prevea un tratamiento diferenciado ante situaciones disímiles, como en efecto ocurre en el supuesto establecido en el artículo 1 de la Ley 61 de 1998.

En esta línea de pensamiento, la doctrina ha sido consistente al afirmar que el principio de igualdad no es absoluto. Así por ejemplo, el autor Jorge Iván Hubner, señala:

*“El principio de igualdad impone que se dé un tratamiento idéntico a todos los seres humanos en cuanto a su calidad de tales, a su dignidad y atributos fundamentales como personas ya que en cuanto a su naturaleza todos los hombres están en una situación especial igual pero exige también que se atienda en forma proporcionalmente diferente pero análoga cada una de sus categorías a los que de hecho, en virtud de factores individuales o accidentales ocupen, situaciones concretas distintas.”*⁸(el resaltado es nuestro).

En igual sentido se ha expresado el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia⁹. Con relación al tema específico que nos ocupa, mediante fallo de 16 de julio de 1999, al analizar si el primer párrafo del artículo 1 de la Ley 61 de 1998 viola o no los artículos 19 y 20 de la Constitución Política, externa:

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

⁸ Hubner, Jorge Iván. Introducción al derecho. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 1966, p. 156. Citado por Arango, Virginia. “El principio de igualdad y la no discriminación”. Estudios de Derecho Constitucional Panameño. Jorge Fábrega, compilador. Editora Jurídica Panameña. Primera edición. Panamá, 1987.

⁹ Sentencias de 11 de enero de 1991, de 24 de julio de 1994, de 26 de febrero de 1998 y de 29 de diciembre de 1998.

Sin lugar a dudas, constituye un hecho objetivo y racional, que después de cierta edad, las capacidades físicas y mentales de los seres humanos tienden a sufrir un desgaste que es natural, y que varía en cada individuo, dependiendo de su estado de salud, el grado de actividad física y mental, de sus condicionantes genéticos, entre otros factores. Ello, en nuestro criterio, justifica plenamente que el legislador disponga que al llegar a los 75 años de edad, todo servidor público (salvo aquellas categorías que por razones especiales deban ser exceptuados de la aplicación de la norma) deba retirarse definitivamente del servicio público, luego de haber brindado su mayor y mejor esfuerzo físico y mental al Estado y acogerse a la pensión de vejez que el sistema de seguridad social prevé, a fin de que puedan gozar de una jubilación que les permita disfrutar de su derecho al descanso, con una remuneración que garantice una existencia decorosa durante los años de vida que le quedan.

En adición a lo anterior, en la opinión de este despacho, **el trato diferenciado que por razón de la edad se establece en el primer párrafo del artículo 1 de la Ley 61 de 1998, no debe entenderse como trato discriminatorio por razones personales, toda vez que no se trata de una norma de aplicación individual, sino de una disposición de aplicación general**, que alcanza por igual a todo sujeto que en atención a sus condiciones particulares quede amparado en el supuesto de hecho que la propia norma prevé.

En este contexto, cabe citar el Fallo de 11 de enero de 1991, proferido por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en el cual dicha corporación señaló que el artículo 19 de la Constitución sólo prohíbe los fueros y privilegios cuando éstos son personales, es decir, cuando se confieren a título individual o personal. A continuación, nos permitimos citar el extracto correspondiente:

*“El transcrito artículo sólo prohíbe los fueros y privilegios **cuando son personales, es decir, concedidos a título personal**. De ahí que si la ley confiere ciertos fueros o privilegios a determinada categoría de ciudadanos, o de servidores públicos o de trabajadores, dichos fueros o privilegios no son inconstitucionales porque no han sido otorgados en atención a las personas en sí, sino a la condición o status que tienen” (el resaltado es nuestro).*

Por todo lo expuesto, resulta evidente que el primer párrafo del artículo 1 de la Ley 61 de 1998 y en nuestro concepto, no infringe el artículo 19 de la Constitución Política, toda vez que no prohíbe al legislador establecer mediante ley de aplicación general, tratos diferenciados por razón de la edad.

2. Sobre el cargo de violación del derecho al trabajo.

El artículo 60 de nuestra Carta Magna establece:

“Artículo 60. 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.”

En la opinión del jurista panameño Jorge Fábrega Ponce, este precepto se desdobra en dos aspectos: a) el derecho al trabajo o, con más propiedad, **el derecho a trabajar**, ya que la primera expresión parece sugerir que el derecho se haya ejercitado; b) el deber de trabajar consagrado en la mayoría de las constituciones modernas, que responde a la concepción de que el trabajo es una actividad socialmente útil. Este deber, enfatiza, no implica “obligación” de trabajar¹⁰, lo que evidentemente desnaturalizaría el espíritu de la Constitución, en particular, en cuanto al reconocimiento de la libertad de profesión u oficio consagrado en el artículo 40. A lo anterior debemos añadir, la obligación del Estado de elaborar políticas sociales y económicas tendientes a garantizar el pleno empleo, lo cual lógicamente ha de desarrollarse a través de la promulgación de leyes ceñidas a las pautas que dicta la precitada norma.

Ahora bien, enfocándonos en el tema objeto de nuestro análisis cabe determinar si el párrafo primero del artículo 1 de la Ley 61 de 1998, al establecer el deber de los servidores públicos que tengan 75 años de edad de retirarse definitivamente del servicio público y acogerse a la jubilación, pretermite la norma ut supra citada.

Sobre el particular, mediante la Vista N°479 de 2 de diciembre de 1998, esta Procuraduría externó el criterio de que dicha norma no conculca el derecho al trabajo, toda vez que las personas a quienes la Caja de Seguro Social haya concedido una pensión de vejez conforme a las normas legales vigentes pueden seguir laborando hasta los setenta y cinco años de edad, conforme lo establece el artículo 1 de la Ley 61 de 1998.

Así pues, se debe tener presente que de conformidad con la legislación vigente en materia de seguridad social, la edad mínima para acogerse a las prestaciones correspondientes es de cincuenta y siete (57) años para las mujeres; y sesenta y dos (62) años para los varones, lo que supone que es a partir de esta edad que en nuestro país, para los efectos legales pertinentes, se considera que las personas entran a la tercera edad. En consecuencia, el retiro establecido en el artículo 1 de la Ley 61 de 1998 no imposibilita que estas personas puedan seguir laborando para el Estado más allá de dicha edad. De hecho las personas de la tercera edad pueden seguir laborando después de haber cumplido la edad mínima para la jubilación, indistintamente a si se acogieron o no a la pensión de vejez.

Cabe señalar igualmente que el haberse separado definitivamente del servicio público en virtud del artículo 1 de la Ley 61 de 1998, no prohíbe que pueda ser

¹⁰ Ibidem. p.518.

contratado y brinde sus servicios en el sector privado o bien mediante emprendimientos propios.

Asimismo debemos destacar que la disposición contenida en el primer párrafo del artículo 1 de la Ley 61 de 1998 no contraviene el derecho de los adultos mayores, de 75 años o más, a ejercer libremente su profesión, arte u oficio, consagrado en el artículo 40 de la Constitución Política, ya que el mismo no es absoluto, toda vez que la propia norma constitucional delegó en la ley la potestad de reglar las limitaciones establecidas textualmente en el mencionado artículo, dentro de las cuales figura la relativa a la seguridad social.

En este sentido se expresó el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, mediante fallo de 16 de julio de 1999, antes mencionado. A continuación citamos el extracto correspondiente:

*“En el sentido arriba anotado, la primera duda que pudiera surgir con respecto al artículo 40 de la Constitución Política. Dicha norma constitucional consagra la libertad de profesión y oficio. Este derecho fundamental, como se desprende de una lectura desapasionada del texto constitucional encuentra sus limitaciones que el propio texto constitucional señala, puesto que **la Constitución dejó en manos de la ley la imposición de limitaciones que aparecen recogidas textualmente en el artículo mencionado, en lo relativo a idoneidad, moralidad y otros supuestos, como el de seguridad social, entre otras prestaciones que surgen de la propia Constitución, figuran las jubilaciones en la forma de pensiones por vejez. Esta manera de enfocar la interpretación del mencionado artículo puede consultarse en la sentencia de 19 de febrero de 1993. De allí que si la ley señala la necesidad de acogerse al derecho a las jubilaciones de las personas que ingresen a las clases pasivas en virtud de haber alcanzado la edad de 75 años, tal limitación legal no contradice el texto constitucional mencionado.**”* (el resaltado es nuestro).

Por último, en atención al caso específico consultado, debemos señalar que al tenor del artículo 207 de la Constitución Política, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia están sometidos a la Constitución y la ley.

En virtud de ello, siendo que estos son servidores públicos conforme lo establecido en el artículo 294 de la Constitución, y que el Título VII, Capítulo 1° de la Carta Fundamental, que consagra las normas y principios básicos que rigen al Órgano Judicial, nada dicen con relación a las condiciones de cesantía de esta categoría de servidores públicos por razón de su jubilación. En nuestro criterio, con relación a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia resulta aplicable lo dispuesto el artículo 297 de la Constitución, cuyo texto reproducimos a continuación:

*“Artículo 297. Los deberes y derechos de los servidores públicos, así como los principios para los nombramientos, ascensos, suspensiones, traslados, destituciones, **cesantía y jubilaciones, serán determinados por la Ley.***

...”

En este punto cabe recordar que, según se desprende de la jurisprudencia vertida por nuestra máxima Corporación de Justicia, el espíritu del artículo 1 de la Ley 61 de 1998 no es considerar la edad como una causal de destitución o remoción de un cargo, sino el reconocimiento del derecho de todo servidor público que sea adulto mayor, de 75 años o más, a gozar de una jubilación remunerada que le permita disfrutar del descanso a que tiene derecho y mantener una vida digna.

En este orden de ideas se ha manifestado también el Pleno de la Corte Suprema de Justicia al referirse al artículo 1 de la Ley 61 de 1998, en los siguientes términos:

*“La mencionada Ley de manera alguna está adoptando medidas de destitución de un servidor público concreto, puesto que introduce una norma de alcance aplicable a un número indeterminado de personas y **ni siquiera está regulando lo relativo a la remoción, sino un aspecto relacionado con un derecho que asiste, por el transcurso del tiempo, a todo servidor público que ha llegado a un determinado período vital, es decir, la jubilación, que no es destitución o remoción del cargo que ocupa dicho servidor público, sino, por el contrario, el ingreso a las clases pasivas.***

*El ingreso a las clases pasivas que ocurre por consecuencia de la jubilación, requiere que las circunstancias de su ingreso han de ser previstas por la ley, es decir, que **este cambio en su situación como servidor público a la de jubilado que mide el ingreso a las clases pasivas, ha de estar gobernado por el principio de reserva legal.**”* (el resaltado es nuestro).¹¹

No obstante, tal y como indicamos en el aparte II., anterior, en nuestro criterio, dado el carácter imperativo de la norma contenida en el artículo 1 de la Ley 61 de 1998, que establece el retiro obligatorio y definitivo del servidor público a los 75 años de edad, en caso de renuencia por parte de éste, procede la remoción forzosa del mismo, aun tratándose de un Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, toda vez que al tenor del artículo 208 de la Constitución Política, éstos pueden ser depuestos en el ejercicio de sus cargos “en los casos y con las formalidades que disponga la ley.” (El resaltado es nuestro)

¹¹ Fallo de 16 de julio de 1999, antes citado.

3. Sobre el cargo de violación al derecho de los ciudadanos a ocupar cargos públicos con mando y jurisdicción.

El artículo 126 de la Constitución Política establece que la capacidad para ejercer cargos públicos con mando y jurisdicción se reserva a los ciudadanos panameños, quienes al tenor del artículo 125 son *“todos los panameños mayores de diez y ocho años de edad, sin distinción de sexo”*.

Si bien, el artículo 127 de la Constitución establece como causales para la suspensión del ejercicio de los derechos ciudadanos únicamente la renuncia expresa o tácita a la nacionalidad panameña y el haber sido condenado penalmente conforme a la Ley, podría estimarse que el artículo 1 de la Ley 61 de 1998 podría ser inconstitucional por eliminar el derecho ciudadano de ocupar cargos públicos con mando y jurisdicción a quienes hayan cumplido 75 años de edad, a pesar de ser ciudadanos panameños.

A nuestro juicio, tal interpretación carece de sustento, toda vez que la disposición del artículo 126 de la Constitución Política sobre el ejercicio de los derechos políticos y el derecho a acceder a puestos públicos de mando y jurisdicción, reserva éstos a los panameños y nada tiene que ver con el espíritu de la norma contenida en el artículo 1 de la Ley 61 de 1998, cuya primordial orientación es establecer condiciones especiales de cesantía y acceso a la jubilación a favor de los servidores públicos que tengan 75 años de edad, salvo las excepciones que la propia ley prevé.

En igual sentido se ha expresado el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en su fallo de 16 de julio de 1999, al señalar:

*“Otra disposición que pudiese invocarse como violatoria por la norma legal impugnada, es el artículo 126 de la Constitución. **Este artículo, no obstante, regula el ejercicio de los derechos políticos y el acceso a puestos de mando y jurisdicción, que reserva a los nacionales panameños y que ninguna relación tiene con el derecho a la jubilación que la norma legal cuestionada regula. Por lo tanto, tampoco resulta violado el artículo constitucional mencionado por la disposición legal cuya inconstitucionalidad se analiza.**”*

III. Procedimiento a seguir.

Tal y como hemos señalado, la disposición contenida en el primer párrafo del artículo 1 de la Ley 61 de 1998 no está redactada con una intención facultativa en poder del servidor que tenga 75 años de edad o más sino, por el contrario, su intención es ofrecer un retiro definitivo del servicio público en términos estables en

cuanto a seguridad social se refiere al establecer un derecho a pago de pensión por vejez.

En principio, la norma prevé un deber a cargo del servidor público, de retirarse voluntariamente. No obstante, en caso de negativa, la Ley 61 no establece un procedimiento especial que permita garantizar, aun en este supuesto, la eficacia del mandato contenido en el primer párrafo del artículo 1, mediante la remoción forzosa del funcionario remiso.

De allí que se haga necesario recurrir a la interpretación jurídica a fin de determinar en cada caso los principios y normas que deberán aplicarse para definir la autoridad competente y establecer los pasos a seguir.

En el caso específico consultado, debemos partir de la norma fundamental consagrada en el artículo 208 de la Constitución Política, que reza:

*“Artículo 208: **Los Magistrados y los Jueces no serán depuestos ni suspendidos o trasladados en el ejercicio de sus cargos, sino en los casos y con las formalidades que disponga la Ley.**”* (el resaltado y subrayado es nuestro).

Siendo así, debemos recurrir a las normas contenidas en el Libro Primero, Capítulo II, del Código Judicial el cual contempla las normas especiales relativas a los “Cargos Judiciales”.

El artículo 25 del Código Judicial establece:

*“Artículo 25. **Corresponde a la autoridad nominadora declarar la vacante de los cargos del Órgano Judicial o del Ministerio Público, en cualquiera de los casos contemplados en la ley, previa comprobación del hecho.**”* (el resaltado y subrayado es nuestro).

Sobre el concepto legal de la “autoridad nominadora”, y a manera de ilustración, el artículo 2 de la Ley 9 de 20 de junio de 1994, sobre Carrera Administrativa, ofrece una definición del término “autoridad nominadora”, como aquella autoridad **“que tiene entre sus facultades la de formalizar los nombramientos de servidores públicos”**.

Ahora bien, en el presente caso, se trata de un Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, cuyo nombramiento está regulado por la Constitución y que, por tanto, no forma parte de la Carrera Judicial (art.302 CP), ni de ninguna otra carrera pública.

Al tenor del artículo 200 de la Carta Fundamental, en concordancia con el artículo 195, numeral 2 y 155, numeral 4, **los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia son nombrados mediante acuerdo del Consejo de Gabinete**, con sujeción a la aprobación del Órgano Legislativo.

Queda claro pues que en el caso de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, la autoridad nominadora está concentrada en el Órgano Ejecutivo, el cual, a través del Consejo de Gabinete es quien nombra a estos altos funcionarios del Órgano Judicial.

Conforme a lo establecido en el artículo 25 del Código Judicial, citado ut supra, procede, previa comprobación del hecho vital que configura el supuesto establecido en el párrafo primero del artículo 1 de la Ley 61 de 1998 (la edad de 75 años), mediante Certificado de Nacimiento expedido por el Registro Civil, proferir una Resolución de Gabinete, debidamente motivada, por la cual el Consejo de Gabinete acuerde declarar vacante el cargo, con base en lo establecido en el artículo 208 de la Constitución Política; el artículo 1 de la Ley 61 de 1998 y el artículo 25 del Código Judicial.

Dicha Resolución, ha de surtir efectos a partir de su publicación en la Gaceta Oficial, dado el interés general que supone la adopción de la medida administrativa en cuestión. De hecho, al igual que el acto de nombramiento, el acto de declaratoria de vacancia del cargo Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, reviste un interés general relativo a la integración de la corporación que constituye la máxima autoridad de justicia del país, en cuya observancia tienen interés genérico todos los ciudadanos, en su calidad de componentes de la sociedad política.

Así pues, de acuerdo a lo establecido en el Decreto de Gabinete N°26 de 7 de febrero de 1990, conforme al cual todo acto definitivo de interés general debe ser publicado en la Gaceta Oficial, procede en este caso, al igual que se ha venido haciendo para los nombramientos de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, publicar la resolución respectiva en la Gaceta Oficial.

Esta Resolución deberá igualmente comunicarse a la Corte Suprema de Justicia para que en aplicación del artículo 37 del Código Judicial, disponga lo pertinente para que el suplente respectivo reemplace al Magistrado principal, hasta tanto sea llenada la vacante en propiedad. Igualmente deberá comunicarse al Contralor General de la República para que disponga lo pertinente dentro del ámbito de sus competencias.

Sin perjuicio del uso de los recursos y acciones que el afectado estime pertinente emplear para salvaguardar sus intereses, a falta absoluta del titular, el Ejecutivo deberá proceder a cubrir la vacante mediante nuevo nombramiento por el resto del

período respectivo, el cual deberá surtirse conforme al procedimiento establecido en el artículo 200 de la Constitución Política.

IV. Conclusiones.

Luego de efectuar el análisis que precede, hemos arribado a las siguientes conclusiones:

1. La aptitud de los adultos mayores para desempeñarse en el sector público debe ser reconocida y dignificada. No obstante su inclusión deberá condicionarse a la suficiencia de sus capacidades y a la posibilidad real de cumplir con responsabilidad las funciones que les competen.
2. El párrafo primero del artículo 1 de la Ley 61 de 1998 es constitucional, toda vez que así lo ha señalado el Pleno de la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia, posición que incluso ha sido elevada por dicha corporación a la categoría de cosa juzgada constitucional.
3. No cabe duda que el precepto contenido en el párrafo primero del artículo 1 de la Ley 61 de 1998, aplica también a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, incluso en caso de renuncia a separarse del cargo por voluntad propia, toda vez que no están amparados dentro de las excepciones legales establecidas en la norma. Igualmente sustenta este criterio lo establecido en los artículos 207 y 208 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 294 y 297 del mismo cuerpo normativo.
4. En adición a lo anterior debemos destacar que la norma está vigente y es de aplicación general. No puede entenderse que la condición de alto dignatario que ostente un servidor público lo sustraiga del sometimiento a la Constitución y la ley. Mientras la Ley 61 de 1998 esté vigente en su texto actual, es aplicable a todo servidor público que no esté excluido de ella por expreso mandato legal.
5. Sólo están excluidos de la aplicación de la Ley 61 de 1998 aquellas personas que ocupen cargos públicos por elección popular, los docentes que laboren en las universidades oficiales y los funcionarios del cuerpo diplomático acreditados por el Ministerio de Relaciones Exteriores.
6. En principio, el párrafo primero del artículo 1 de la Ley 61 de 1998 prevé el deber del servidor público una vez cumpla los 75 años de edad de retirarse voluntariamente. No obstante, en caso de negativa, procede su remoción forzosa por parte del Estado.

7. La figura del retiro forzoso del servicio público por razón de la edad no es una figura extraña en el Derecho Comparado. De hecho, países como Argentina, Chile y España prevén este tipo de figura en sus ordenamientos jurídicos, aplicable tanto en el sector público como en el privado. Incluso, existen ordenamientos que posibilitan la aplicación de este tipo de medida a nivel de las altas magistraturas del poder judicial, tales como La Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, que regula el Poder Judicial en España.
8. La norma legal no establece el procedimiento a seguir en caso de remoción forzosa, por lo que, en el caso específico de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, en aplicación del artículo 208 de la Constitución Política y del artículo 25 del Código Judicial, corresponderá al Consejo de Gabinete emitir una Resolución de Gabinete declarando vacante el cargo, por cumplimiento del supuesto establecido en el primer párrafo del artículo 1 de la ley 61 de 1998, previa comprobación del hecho vital, mediante certificación expedida por el Registro Civil.
9. En caso de remoción forzosa de un Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, la vacante en el cargo debe ser llenada mediante nuevo nombramiento por el resto del período respectivo.

Esperando de este modo haber esclarecido suficientemente su inquietud, nos suscribimos.

Atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/16/1031/hf.