

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

Vista N°41

1 de febrero de 2002

**Proceso de
Inconstitucionalidad**

Concepto.

La firma **Eisenmann & Dutary**,
contra una frase del Primer
Párrafo y todo el segundo
párrafo del Artículo 2 del
**Decreto Ejecutivo N°63 del 9
de febrero de 1990**

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

Por este medio comparecemos ante Vuestra distinguida Magistratura, con la finalidad de emitir formal concepto en torno a la Demanda de Inconstitucionalidad propuesta por la Firma Forense Eisenmann & Dutary, contra una frase del primer párrafo y todo el segundo párrafo del artículo 2, del Decreto Ejecutivo N°63 de 9 de febrero de 1990.

Intervinimos en el proceso con fundamento en el artículo 5, numeral 1, del Libro Primero, de la Ley N°38 de 2000 y en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo del Código Judicial vigente, según el cual le corresponde a este Despacho emitir concepto, entre otros casos, respecto a las demandas de inconstitucionalidad que se presenten ante la Corte Suprema de Justicia. En consecuencia, procedemos a consignar nuestro estudio Constitucional en la siguiente forma:

I. El acto acusado de inconstitucionalidad:

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

En el presente proceso Constitucional se impugnan unas frases del Artículo Segundo del Decreto N°63 de 9 de febrero de 1990, las cuales se resaltan en negrillas:

"Artículo Segundo: A las personas nombradas de acuerdo con el Artículo 1ro, se les reconoce el tiempo que ha transcurrido desde que fueron dados de baja en las antiguas Fuerzas de Defensa de la República de Panamá, **para efectos de antigüedad en su escalafón militar.**

Este tiempo, sin embargo, **no contará para efecto de su jubilación, pago de salarios, sobresueldos, ni vacaciones."**

II. Normas de la Constitución Política de la República que se estiman infringidas y los conceptos de tales violaciones:

a. En primer lugar, se dice vulnerado el artículo 67 de la Constitución Política, que indica:

"Artículo 67: Son nulas y por tanto, no obligan a los contratantes, aunque se expresen en un convenio de trabajo o en otro pacto cualquiera, las estipulaciones que impliquen, renuncia, disminución, adulteración o dejación de algún derecho reconocido a favor del trabajador. La ley regulará todo lo relativo al contrato de trabajo." (El subrayado es del demandante)

Concepto de la infracción:

El demandante plantea que el Decreto impugnado vulnera la norma constitucional citada, de manera directa, por omisión.

Argumenta el recurrente que las frases demandadas, desconocen el derecho a salarios, sobresueldos, gastos de representación, vacaciones y décimo tercer mes comprendidos desde la fecha en que se dio de baja a las personas nombradas

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

hasta el día en que se reincorporaron a la Fuerza Pública de la República de Panamá, a través del Decreto N°63 de 9 de febrero de 1990. Además, señala que varias de las personas nombradas a través de este Decreto, fueron ilegalmente dadas de bajas y arrestadas, tal como lo reconoció la Sentencia de 25 de abril de 1991, emitida por el Segundo Tribunal Superior de Justicia del Primer Distrito Judicial.

A foja 9 del cuadernillo judicial, el demandante expresa lo siguiente:

"Sin perjuicio de lo antes expuesto, las personas nombradas se encontraban dentro de la Carrera Administrativa regulada por la Ley 20 de 1983, ley orgánica de las extintas Fuerzas de Defensa, y el texto de su Artículo 71 es suficientemente claro al preceptuar que el miembro separado y luego absuelto tendrá derecho a que se le pague el sueldo, y demás remuneraciones estipuladas en la ley, desde el día en que fue dado de bajo(sic) hasta el día del reintegro a sus funciones, derecho éste que queda en falso al no haber sido declarado inconstitucional el párrafo pertinente del Artículo Segundo del Decreto No. 63 de 9 de febrero de 1990, cuya inconstitucionalidad se solicita en virtud de la presente acción..."

Examen de Constitucionalidad:

Este despacho antes de entrar al análisis de las frases impugnadas del Artículo Segundo del Decreto N°63 de 9 de febrero de 1990, frente al texto del artículo 67 de la Carta Magna que se estima vulnerado, considera prudente reseñar lo siguiente:

En Sentencia de 27 de septiembre de 1991, emitida por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, se lee el recuento

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

jurídico de la demanda que presentara la firma forense Batista y Hernández, para que se declarase inconstitucional la Resolución S/N de 20 de marzo de 1988, proferida por una supuesta Junta de Honor Militar de las extintas Fuerzas de Defensa. En este pronunciamiento jurisprudencial se hace alusión a la medida adoptada a través de la Resolución S/N de 20 de marzo de 1988, y el posterior nombramiento, de estos militares, mediante el Decreto N°63 de 9 de febrero de 1990, el cual ahora se impugna.

Al pronunciarse sobre la inconstitucionalidad solicitada por el demandante, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, dictaminó lo siguiente:

“Cuando el acto acusado de inconstitucionalidad es una ley formal o material que ha sido derogada o regulada íntegramente o declarada inconstitucional, la sustracción de materia es obvia, pero no es igual cuando se trata de una resolución, acuerdos o actos provenientes de autoridad, ya que en el caso sub-júdice al confrontarlo con los preceptos de la Constitución pertinentes, se ha podido verificar que la Junta de Honor Militar de las Fuerzas de Defensa que declaró ‘culpables de los cargos del uso irresponsable de la fuerza e intimidación para trastocar la organización y el orden institucional’ a los demandantes, a través de la resolución S/N de 20 de marzo de 1988, carecía de competencia para hacerlo, violando así la garantía procesal prevista en el artículo 32 de la Constitución.

El cumplimiento de una pena injusta aplicada por una autoridad sin facultad legal para hacerlo, no releva a la Corte de su principal función de guardiana de la Constitución y la obliga a pronunciarse sobre el fondo de la demanda, para dejar a salvo los

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

principios que han sido vulnerados mediante el acto de inconstitucionalidad demandado. En este sentido hay precedentes de la Corte que declaran inconstitucionales resoluciones de despidos a personas por el fuero de maternidad, a sabiendas de los efectos futuros de la decisión que no permite retrotraerla a la fecha de la expedición del acto." (Registro Judicial de septiembre de 1991, pág. 141)

Sobre el particular, es preciso señalar que esta sentencia fue emitida por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, con posterioridad a la expedición del Decreto N°63 de 9 de febrero de 1990.

Ahora bien, con respecto a la aludida violación al artículo 67 del Estatuto Fundamental, somos del criterio que la misma no se configura, ya que a través del Decreto N°63 de 9 de febrero de 1990, el Presidente de la República, por conducto del Ministro de Gobierno y Justicia, de aquella época, proceden es a **nombrar** un personal en la Fuerza Pública, cuestión distinta a la figura del reintegro.

En efecto, el acto que realiza el Poder Ejecutivo para que una persona sea nombrada o llamada a ocupar un destino público, es una situación laboral distinta al reintegro, en virtud del cual se restablece a un funcionario del cargo que ocupaba por razones de restablecimiento de sus derechos. En cuanto a las diferencia entre los conceptos de nombramiento y reintegro, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de 3 de diciembre de 1997, dictaminó lo siguiente:

"No es lo mismo la acción de nombramiento que la de reintegro; la primera sólo implica la provisión de empleo por parte del ente

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

administrativo nominador a una persona con la sola condición de que esta reúna los requisitos y exigencias legales mientras que el reintegro más que la provisión de empleo, lleva aparejado el restablecimiento inmediato de un funcionario a la misma posición de trabajo en la que se encontraba antes de que se ordenara su suspensión, con los derechos inherentes a dicha posición, vgr. el pago de los sueldos dejados de percibir durante el tiempo que se dio la suspensión del cargo si existe norma legal que lo consagre como lo es el caso que nos ocupa."

El artículo 71 de la Ley N°20 de 29 de septiembre de 1983, disponía del pago de salarios de caídos cuando a un miembro de la Fuerza Pública, fuese dado de baja, y posteriormente absuelto de los cargos que se le imputaban. Esta disposición legal establecía lo siguiente:

"Artículo 71: Cuando a un miembro de la Fuerza Pública se le impute alguna falta o delito cometido en cumplimiento del deber y tenga que ser separado del servicio por orden de una autoridad administrativa o judicial y quede detenido y luego fuere absuelto de los cargos que se le imputan, tendrá derecho a que el Tesoro Nacional, le pague el sueldo que hubiere devengado desde el día en que fue dado de baja hasta el día en que quede en libertad, o sea dado de alta nuevamente."

Los artículos 87 y 88 de la Ley N°18 de 3 de junio de 1997 "Orgánica de la Policía Nacional", regula la figura de reintegro y los salarios dejados de percibir por los funcionarios de la Fuerza Pública. Estas disposiciones legales rezan así:

"Artículo 87: Reintegro es la acción por medio de la cual la autoridad nominadora, por propia iniciativa o en cumplimiento de orden proveniente de autoridad competente, devuelve a un

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

miembro de la Policía Nacional su calidad de tal, siempre que haya sido privado previamente de ella, con carácter permanente, por efectos de una acción de destitución."

- o - o -

"Artículo 88: El miembro de la Policía Nacional perteneciente a la carrera policial, reintegrado por orden judicial, tendrá derecho a los salarios dejados de percibir desde su destitución o separación, hasta el momento en que se haga efectivo su reintegro y vuelva a ocupar el mismo cargo, salvo que éste acepte otro equivalente en jerarquía, funciones y remuneración."

A nuestro juicio, la acción de personal adoptada a través del Decreto N°63 de 9 de febrero de 1990, es de nombramiento y no de reintegro; en consecuencia, no le asiste el derecho a estas personas de que, se les tome en consideración para la jubilación, pago de salarios, sobresueldos y vacaciones, el tiempo que estuvieron excluidos del servicio de la Fuerza Pública; pues, a través de orden del Órgano Ejecutivo se genera una nueva situación jurídica, se produce un nuevo vínculo con la administración pública.

La jubilación, el pago de salarios, sobresueldos y vacaciones, son derechos que se perciben cuando se da la continuidad en el servicio público, y a través del Decreto impugnado lo que se produce son nuevos nombramientos, por lo que no se puede computar el tiempo en que se sufrió de baja, para efectos que se le reconozcan tales derechos.

Por lo expuesto, las frases impugnadas del Artículo Segundo del Decreto N°63 de 9 de febrero de 1990, no resultan violatorias del artículo 67 de la Constitución Política, toda

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

vez que dichos derechos únicamente pueden ser reclamados cuando se da el reintegro al cargo, circunstancia que no acontece en el caso bajo estudio.

A pesar de los anteriores señalamientos, este Despacho considera oportuno señalar con respecto a la declaratoria de Inconstitucionalidad que recayó sobre la Resolución S/N de 20 de marzo de 1988, expedida por la supuesta Junta Militar, que a las personas involucradas con este dictamen del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, le quedan resguardadas las acciones legales a fin de obtener el pago de los salarios, sobresueldos y vacaciones dejadas de percibir. En este sentido, el doctor Edgardo Molino Mola, en su obra "La Jurisdicción Constitucional en Panamá en un Estudio de Derecho Comparado", expresa lo siguiente: "En Panamá debido al hecho de que pueden ser declarados como inconstitucionales, tantos actos de carácter general como individual, es posible, que algunas declaraciones de inconstitucionalidad de actos individuales produzcan efectos retroactivos" (MOLINO MOLA, Edgardo. La Jurisdicción Constitucional en Panamá en un Estudio de Derecho Comparado. Primera edición. Ed. Biblioteca Jurídica Diké. Medellín, Colombia. 1998, pág. 449). (También véase Sentencia 3 de agosto de 1990, emitida por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia)

b. En segundo lugar, se dice transgredido el artículo 66 de la Carta Magna, que a la letra dice:

"Artículo 66: La jornada máxima de trabajo diurno es de ocho horas y la semana laborable hasta de cuarenta y

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

ocho; la jornada máxima nocturna no será mayor de siete y las horas extraordinarias serán remuneradas con recargo.

La jornada máxima podrá ser reducida hasta a seis horas diarias para los mayores de catorce años y menores de diez y ocho. Se prohíbe el trabajo a los menores de catorce y el nocturno a los menores diez y seis, salvo las excepciones que establezca la Ley. Se prohíbe igualmente el empleo de menores hasta de catorce años en calidad de sirvientes domésticos y el trabajo de los menores y de las mujeres en ocupaciones insalubres.

Además del descanso semanal, todo trabajador tendrá derecho a vacaciones remuneradas.

La ley podrá establecer el descanso semanal remunerado de acuerdo con las condiciones económicas y sociales del país y el beneficio de los trabajadores." (El subrayado y las negrillas son del demandante)

Concepto de la infracción:

El demandante precisa que las frases impugnadas del Artículo Segundo del Decreto N°63 de 9 de febrero de 1990, violan el artículo 66 de la Constitución Política en el concepto de violación directa por omisión, porque el derecho a vacaciones es un derecho irrenunciable, y las mismas, en el caso bajo estudio, fueron dejadas de pagar por el Estado desde el momento en que fueron dados de baja (20 de marzo de 1988) hasta el día en que fueron nombradas.

Examen de Constitucionalidad:

Esta Procuraduría difiere del criterio externado por el demandante, porque desde nuestra perspectiva, a través del Decreto impugnado, no se le puede reconocer el derecho a

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

vacaciones a los funcionarios nombrados, ya que a través de éste no se produce la figura de reintegro, sino la de nombramiento. Por tanto, el derecho a percibir vacaciones se configura una vez se cumplan con los once meses continuos de labores, tal como lo estipula el artículo 796 del Código Administrativo.

Por consiguiente, al producirse el nombramiento de estas personas no se puede reconocer el derecho a vacaciones que se hubiere generado en años anteriores, toda vez que el Decreto N°63 de 9 de febrero de 1990, no ordena el reintegro.

c. En tercer lugar, se dice vulnerado el artículo 43, de la Constitución Política, que puntualiza:

"Artículo 43: Las leyes no tienen efecto retroactivo, excepto las de orden público e interés social cuando ellas así se exprese. En materia criminal la ley favorable al reo tiene siempre preferencia y retroactividad, aún cuando hubiese sentencia ejecutoriada."

Concepto de la infracción:

El demandante expone que el Acuerdo impugnado viola la norma citada en el concepto de violación directa, por omisión.

A juicio del demandante, los sueldos, sobresueldos, gastos de representación y vacaciones acumuladas son derechos legítimamente adquiridos, que no pueden ser desconocidos por una norma legal posterior. Advierte que: *"Es notoria la violación al principio de no retroactividad de las leyes, puesto que la norma cuya inconstitucionalidad se solicita pretende desconocer los derechos adquiridos por las personas nombradas con anterioridad a su expedición..."*

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

Examen de Constitucionalidad:

Este despacho no comparte la tesis esbozada por el demandante, ya que el principio enunciado en esta excerta constitucional, corresponde a una situación distinta a la que acontece en el caso bajo estudio. Aquél enuncia el principio de irretroactividad de las leyes y ahora, lo que se discute, es el supuesto desconocimiento del derecho a vacaciones, salarios, sobresueldos y jubilación, que le corresponde a la personas nombradas en el Artículo 1° del Decreto N°63 de 9 de febrero de 1990, supuesto legal que no puede subsumirse en el principio constitucional citado.

d. En cuarto lugar, se dice transgredido el artículo 19 de la Constitución Política que dice:

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

Concepto de la infracción:

El colega demandante plantea que la violación a la norma constitucional transcrita se produce en el efecto de violación directa, por omisión, toda vez que *"discrimina a aquellas nombradas por el Decreto N°63 de 9 de febrero de 1990 del resto de las personas nombradas tanto del Sector Público como del Sector Privado, estableciendo un fuero injustificado a favor de éstas últimas."*

Examen de Constitucionalidad:

No compartimos los argumentos del demandante, ya que consideramos que no se configura la alegada discriminación, pues a través de este Decreto N°63 de 9 de febrero de 1990,

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

las personas allí enunciadas, ingresan nuevamente a la función pública, pero sin que tal ingreso, se considere que es un reintegro, pues es un nombramiento.

Contrario a lo expuesto por el demandante, a nuestro juicio se produciría la alegada violación, si se hubieran reconocido en estos nombramientos el derecho a vacaciones, jubilación, salarios y sobresueldos, ya que significaría un fuero o privilegio a favor de estas y en detrimento de otras tantas personas, que deben dejar la función pública y luego ingresan nuevamente, sin que se le realice un reconocimiento expreso de estos derechos.

Por todo lo expuesto, le solicitamos a los Honorables Magistrados integrantes del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, con el respeto de siempre, se sirvan declarar constitucional las frases impugnadas del Artículo Segundo del Decreto N°63 de 9 de febrero de 1990, emitido por el Presidente de la República por conducto del Ministro de Gobierno y Justicia, de aquel entonces, por no ser violatorio de los artículos 19, 43, 66 y 67, ni ninguno otro de la Constitución Política.

Del Honorable Magistrado Presidente,

**Licda. Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración**

AMdeF/8/mcs

Licdo. Manuel A. Bernal H.
Secretario General, a.i.

Ministerio Público / Procuraduría de la Administración

Materias:

Reintegro

Nombramiento

Pago de Salarios, sobresueldos, jubilación.

Reconocimiento de vacaciones.

Efectos retroactivos de declaratoria de inconstitucionalidad.