

SAPIENTIA



Revista trimestral, ISSN2070-3651

Año 6 No.3 septiembre 2015



La Audiencia Preliminar del Proceso Agrario

Prueba Ilícita en el Proceso Penal Acusatorio

La Mano de Obra Femenina Su Discriminación

latindex

Revista Indexada

Magistrados de la Corte Suprema de Justicia**S.E. José E. Ayú Prado Canals**

Presidente de la Corte Suprema de Justicia
Presidente de la Sala Segunda de lo Penal
Presidente de la Sala Cuarta de Negocios Generales

H.M. Luis Ramón Fábrega

Vicepresidente de la Corte Suprema de Justicia
Presidente de la Sala Tercera de lo Contencioso,
Administrativa y Laboral

H.M. Harley Mitchell

Presidente de la Sala Primera de lo Civil

H.M. Oydén Ortega Durán	Sala Civil
H.M. Hernán De León	Sala Civil
H.M. Jerónimo Mejía Edward	Sala Penal
H.M. Harry Díaz	Sala Penal
H.M. Nelly Cedeño de Paredes	Sala Contencioso-administrativa
H.M. Abel Augusto Zamorano	Sala Contencioso-administrativa

Consejo Editorial**Magíster Luis Camargo**

Magistrado del Tercer Tribunal Superior

Doctor Miguel Espino

Magistrado del Primer Tribunal Superior

Magíster Carlos Valentín Rivas

Asistente de Magistrado de la Corte Suprema de Justicia

Magíster Porfirio Salazar

Defensor Público del Sistema Penal Acusatorio de Coclé

Magíster María Victoria González Jiménez

Editora

Magíster Joel Farrugia

Diseño Creativo e Ilustraciones

Cuerpo de Producción**Diseño Gráfico**

Stella Martínez

Coordinación

Lariza Pereira

Traducción

Esther Cox

2,000 ejemplares impresos en la Imprenta del Órgano Judicial.

La Revista Jurídica "Sapientia" es editada por Editorial y Publicaciones del Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) del Órgano Judicial de la República de Panamá. Palacio de Justicia Gil Ponce, Segundo Tribunal Superior, Planta Baja, Ancón.

Teléfono (507) 212-7469

Sitio en Internet: www.organojudicial.gob.pa

Correo electrónico: sapientia@organojudicial.gob.pa

Panamá, 2015

Revista Indexada por:



Sistema Regional de Información
en Línea para Revistas Científicas
de América Latina, el Caribe, España y Portugal

COLABORADORES

JUAN FRANCISCO CASTILLO

Magistrado del Tribunal Superior del
Segundo Distrito Judicial

MARIO ALBERTO BATISTA

Magistrado del Tribunal Superior de Apelaciones del
Segundo Distrito Judicial

IDALIDES PINILLA

Magistrada del Tribunal Superior del
Segundo Distrito Judicial

ISMAEL GONZÁLEZ

Magistrado del Tribunal Superior de Apelaciones del
Segundo Distrito Judicial

SAMIR TEJEIRA

Magistrado Presidente del Tribunal Superior de Apelaciones del
Segundo Distrito Judicial

JENNIFER SAAVEDRA

Juez Primera Municipal de Familia del
Segundo Circuito Judicial de Panamá

PORFIRIO SALAZAR

Defensor Público del Sistema Penal Acusatorio de Coclé

ITURBIDES GONZÁLEZ

Juez de Trabajo de la Sección Sexta en el Órgano Judicial

ROSALINDA ROSS

Magistrada del Tribunal Superior de Trabajo del
Primer Distrito Judicial

Nota de la Editora

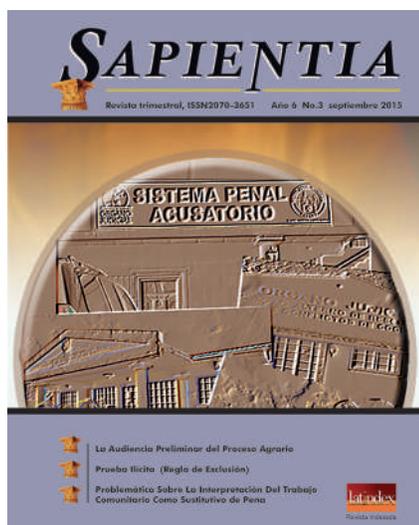
Con el propósito de entregar a nuestros lectores una revista que reúna las características de contenido jurídico y gráfico que la eleven al nivel de excelencia de las mejores de su clase, el personal de Editorial y Publicaciones del Órgano Judicial se mantiene en constante actualización; renueva sus herramientas y ahora refuerza al Consejo Editorial con la integración de un nuevo miembro.

Se trata del licenciado Porfirio Salazar, abogado de vasta experiencia como litigante y en la judicatura, quien actualmente se desempeña como Defensor Público del Sistema Penal Acusatorio en Coclé.

Hombre de reconocida trayectoria profesional y literaria, Salazar ha obtenido todos los premios de Poesía otorgados en Panamá, incluyendo el Premio Nacional de Poesía Ricardo Miró en 1998 y 1999; y de Ensayo, en el 2009; y el Premio Centroamericano Rogelio Sinán, en 2008. Ha representado a Panamá en eventos literarios; ha dictado conferencias y participado en recitales de poesía en España, Puerto Rico, República Dominicana, Nicaragua, Guatemala, Cuba, México y Estados Unidos.

Es un honor para la Revista Sapientia contarle como miembro del Consejo Editorial... Bienvenido!

María Victoria González
Editora



Reseña de la Portada

Técnica: Arte Digital

Mensaje del Presidente



Sapientia ha dado un paso más en el proceso de constituirse en la revista jurídica del país. Su contenido reúne escritos de reconocidos ensayistas, en su mayoría funcionarios del Órgano Judicial, y además, muestra el pensamiento de otros profesionales del derecho que día a día aportan conocimiento y experiencia a esta ciencia.

Tecnológicamente, Sapientia también avanza. Me es grato anunciar en esta edición que la revista podrá ser vista en formato digital desde cualquier parte del mundo a través de internet. El Órgano Judicial ha dispuesto un sistema en

línea que permitirá a los lectores acceder a las publicaciones de esta revista; también a los libros en formato digital que edita nuestra editorial y al catálogo de obras disponible en la biblioteca judicial.

Próximamente anunciaremos la dirección permanente de esta aplicación a través de la página web; sin embargo, mientras se termina de implementar este proyecto se podrá acceder a las publicaciones en las siguientes direcciones: <http://organojudicial-repositorio.metabiblioteca.org> y <http://organojudicial.metabiblioteca.org>

A través de esta aplicación se podrá conocer la producción jurídica-literaria de funcionarios judiciales; se podrán contabilizar las visitas y los lectores tendrán la opción suscribirse al sistema para recibir notificaciones de publicaciones nuevas.

La administración de justicia avanza con paso firme hacia el futuro, lo hace a través de la capacitación de sus jueces y demás operadores de justicia, la agilización de los procesos, la transparencia en las actuaciones y también en la difusión del pensamiento científico jurídico.

José E. Ayú Prado Canals

Presidente de la Corte Suprema de Justicia

ÍNDICE

LA AUDIENCIA PRELIMINAR DEL PROCESO AGRARIO Juan Francisco Castillo _____	6
PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO Mario Alberto Batista _____	20
PROBLEMÁTICA SOBRE LA INTERPRETACIÓN DEL TRABAJO COMUNITARIO COMO SUSTITUTIVO DE PENA Idalides Pinilla _____	32
EL ARCHIVO PROVISIONAL EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO Ismael González _____	46
LA ACCIÓN DE HABEAS CORPUS EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO Samir Tejeira _____	56

**LA IMPERIOSA NECESIDAD DE CONTAR CON UNA
LEY INTEGRAL EN PRO DEL ADULTO MAYOR** 66
Jennifer Saavedra _____

**EL ACUERDO DE PENA EN LA LEY 63 DE 2008:
NUEVAS EXPERIENCIAS, NUEVOS PARADIGMAS** 78
Porfirio Salazar _____

**MODALIDADES DE RELACIONES DE TRABAJO
DISFRAZADAS O AMBIGUAS. SIGNOS DISTINTIVOS
(Énfasis en Trabajo Agropecuario)** 86
Iturbides González _____

**LA MANO DE OBRA FEMENINA
SU DISCRIMINACIÓN** 98
Rosalinda Ross _____

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES 110

La Audiencia Preliminar del Proceso Agrario



Juan Francisco Castillo

Magistrado del Tribunal Superior del Segundo Distrito Judicial

Correo electrónico: rabideo@hotmail.com

LA AUDIENCIA PRELIMINAR DEL PROCESO AGRARIO

Resumen

A través de diversas fórmulas se viene enfrentando el problema del rezago de los procesos, una debilidad de la mayoría de los sistemas de administración de justicia. Se plantea la simplificación de trámites procesales y prevenir el uso y abuso de las incidencias y excepciones. La Doctrina especializada aboga por la reforma del diseño tradicional incorporando la audiencia preliminar o previa como también se conoce. Con esta institución moderna, orientada por los principios propios del proceso civil y los que gobiernan el nuevo proceso en general, tales como la oralidad, la economía procesal, la inmediatez, la concentración, la contradicción y la celeridad, se pretende redimensionar el proceso agrario (Ley No. 55 de 2011) garantizando una justicia más pronta y efectiva.

Summary

We have been facing a backlog of cases, a flaw of most systems of justice. The simplification of the procedural formalities and the prevention of the use and abuse of incidents and exceptions has been raised. The specialized doctrine advocates for the reform of the traditional design by incorporating the preliminary hearing, also known as the introductory hearing. Under this modern institution, the intention is to resize the agrarian process, oriented by their own principles of civil process and those who govern the new process in general, such as oral proceedings, judicial economy, immediacy, concentration, contradiction and celerity, to ensure a more effective and speedy justice. (Law No. 55 of 2011) Keywords: Procedural civil reform, agrarian process, hearing, preliminary hearing, remediation, clearance, facts subject to test and Agrarian Code.

Palabras Claves

Reforma procesal civil, proceso agrario, audiencia, audiencia preliminar, saneamiento, depuración, hechos sujetos a prueba y Código Agrario.

Keywords

Procedural civil reform, agrarian process, hearing, preliminary hearing, remediation, clearance, facts subject to test and Agrarian Code.



DESARROLLO DE LOS CONTENIDOS

Por supuesto que para iniciar el estudio de la audiencia preliminar como instituto procesal debemos abordar primero los antecedentes de la Reforma Civil, luego las consideraciones doctrinales y por último las particularidades de la audiencia preliminar en el Código Agrario. Desde luego, en ese examen vamos a tomar en cuenta la experiencia adquirida como miembro del Tribunal Superior del Segundo Distrito Judicial, que es donde se ventila la segunda instancia de los procesos agrarios nacidos en la Provincia de Coclé y Veraguas.

I- Antecedentes de Reforma Civil

Para apreciar las bondades del movimiento iberoamericano de reforma civil, hay que considerar, en primer lugar que el Código Modelo no tiene la pretensión de desconocer las iniciativas internas por mejorar los sistemas de justicia de ningún país. Tampoco tiene la irreverente pretensión de desvalorar el trabajo de legisladores y autores nacionales especializados en la materia, con muchos de los cuales se mantiene una deuda por su gran aporte al mejoramiento de la Justicia Latinoamericana. En Panamá, por ejemplo, procesalistas de la talla de Jorge Fábrega, Pedro Barsallo, Juan Materno Vásquez (q.e.p.d.) y Luis Carlos Reyes, han dejado una huella imborrable en la evolución de las instituciones de Justicia, sobre todo en materia procesal civil.

Pero complementariamente

con las iniciativas criollas, el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal ofrece un “modelo”, (VESCOVI, México, 1978.) que recoge múltiples instituciones comunes (con diferencias de nombres) y trata de introducir otras receptadas por el trabajo común de la Doctrina y Jurisprudencia iberoamericanas. Tristemente, la mayoría de los países latinoamericanos confrontan los mismos problemas judiciales y siempre estarán necesitados de propuestas en cuanto a sus instituciones procesales, tratando de congeniarlas con los fines y objetivos de la Ley. Es por lo cual sin desconocer el aporte local, el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal inició la tarea de preparar códigos modelos, o códigos tipo, que sirvieran de base a las reformas de los diferentes países y de instrumento a la integración y a la necesaria cooperación judicial que se busca, también por otras vías, correspondiéndole el encargo en materia civil a los destacados juristas Adolfo Gelsi Bidart y Enrique Véscovi (GELSI BIDART, Montevideo, 1974).

Por supuesto, la propuesta de Código Iberoamericana incluye un nuevo diseño de procedimiento ordinario con la incorporación de la llamada audiencia preliminar, el instituto procesal sobre el cual versa el presente trabajo.

II- Consideraciones sobre la Audiencia, el concepto de Audiencia Preliminar y sus acepciones

El término audiencia en materia



jurídica tiene varios significados y connotaciones, pero hasta los más neófitos concuerdan en que cuando se menciona la palabra de una vez se le reconoce un sentido de juicio, un sentido eminentemente judicial. Quizás eso suceda por la raíz latina de la palabra "*audientia*" que según el Diccionario de la Academia Española, significa: *Acto de oír las personas de alta jerarquía u otras autoridades, previa concesión, a quienes exponen, reclaman o solicitan algo. / Ocasión para aducir razones o pruebas que se ofrece a un interesado en juicio o en expediente.*

Por cierto, en los diccionarios jurídicos tampoco es que hay mucha diferencia. La palabra audiencia según el Diccionario de Cabanellas, viene del verbo *audite*; que significa el acto de oír un juez o tribunal a las partes, para decidir los pleitos y causas. | También se denomina *audiencia* el propio tribunal, cuando es colegiado, y el lugar donde actúa. | Distrito jurisdiccional. | Cada una de las sesiones de un tribunal. Mientras que el Diccionario Jurídico Digital (Diccionario Jurídico Digital), trae una definición más o menos parecida a la de Cabanellas, señalando que es una sesión pública del Tribunal. Por extensión, fase contenciosa del procedimiento, que se extiende desde el fracaso de la conciliación (en los casos en que la conciliación es admitida) hasta que se pronuncia la sentencia. 2. El acto de oír un juez a las partes, para decidir los pleitos y causas. También se denomina audiencia el propio tribunal, cuando es colegiado, y el lugar donde actúa. Asimismo, se denomina de esta manera cada una de las sesiones de un tribunal,

o las fechas dedicadas a una causa ante el juez o la sala que ha de sentenciar. 3. Del *audite*, significa el acto de oír un juez o tribunal a las partes, para decidir los pleitos y causas.

Como hemos visto el término *audiencia* no presenta problema alguno. Mayor dificultad existe al tratar de definir el instituto procesal de la *audiencia preliminar*, puesto que tiene diversas acepciones. Se habla de audiencia previa, audiencia preliminar o bien audiencia de depuración, prácticamente para referirse a lo mismo. También hay acuerdo en que constituye un mecanismo ágil, eficiente, moderno, donde el Juez como director del proceso (Artículos 199 -1) asume un rol importantísimo. Es más, de él es que depende la efectividad procesal de la audiencia previa, pues en este acto es donde se depuran todos los defectos, debilidades, irregularidades y óbices impositivos de una sentencia sobre el fondo del asunto debatido. Es un acto de Tribunal que opera como preparación del juicio y como convocatoria hacia una posible salida por vías distintas al pleito.

a- La audiencia preliminar

En efecto, existen varios vocablos para complementar la figura procesal, cuya utilización provoca algunas tensiones. Por ejemplo, con el añadido de previo o preliminar bien puede darse el equívoco que la audiencia es anterior al proceso o pre-procesal (Barrios de Angelis, 1975), pero no es así puesto que siempre se ha considerado un nuevo diseño con



la inserción de la audiencia dentro del proceso. De ahí que mejor acomode el concepto de audiencia preliminar con el cual comulgamos dado que es el que aprueba la Doctrina mayoritaria.

En ocasiones también se califica la audiencia como intermedia, tratando de ubicarla en medio del proceso. Pero a decir verdad, en materia civil la audiencia no viene a cumplir una separación de etapas, tampoco se ubica en medio del proceso sino más bien en el momento procesal donde mejor puede cumplir las responsabilidades de preparación y depuración, que a nuestro juicio ocurre después de la integración de la relación procesal y antes de iniciada la dinámica probatoria. Quizás el complemento más se justifique en el proceso penal acusatorio donde las etapas de investigación y de juzgamiento se encuentran bien separadas por una fase intermedia, que al final de cuentas tiene el mismo propósito y finalidad de la audiencia que se celebra en el proceso civil.

Algunos también califican a la audiencia preliminar por el importantísimo rol que cumplen en el proceso, al depurar, limpiar, descontaminar y eliminar todas esas cuestiones que distraen la atención del Juez y que de no resolverlas pueden provocar fallos inhibitorios. Las llaman audiencias de depuración y en verdad lo son, pero con este nombre sólo responden a uno de las tantas finalidades que ofrece la institución procesal. La audiencia preliminar es más que eso. Supone un primer contacto entre las partes y quien ejerce la función

jurisdiccional, una convocatoria dirigida hacia la evitación del pleito, o si es que las partes mantienen su interés en proseguir con el proceso, el Tribunal tendrá que asumir otra función importante como lo es la de identificar el objeto del conflicto.

A propósito por esta función depurativa de las causas de contaminación procesal, en ocasiones hasta se le confunde con el “despacho saneador” presente en la legislación brasileña pero originario del derecho portugués, que a su vez sirvió de inspiración del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. Según (Martín, 2013) el despacho saneador estaba regulado en el Código de Proceso Civil Brasileño de 1939, con objeto de sanear en profundidad el proceso, regularizarlo, expurgar los vicios; en una sola oportunidad el juez se pronunciaba sobre las nulidades, se verificaban las condiciones de la acción, y se designaba, en su caso, la audiencia de instrucción y juzgamiento.

Refiriéndose a los fines depurativos y haciendo una comparación con el despacho saneador, Vécovi decía que la audiencia preliminar tal como se ha concebido en el Proyecto de Código de Procedimiento Uruguayo y en el Código del Proceso Civil Modelo para Iberoamérica, tiene entre otras, esa misma función. (Vécovi, 1984).

b- Antecedentes de la Audiencia Preliminar

Como antecedente inmediato de la audiencia preliminar se reconoce, casi sin resistencia, su origen austriaco.



En el plano latinoamericano, Eduardo J. Couture en su proyecto de Código de Procedimiento Civil para Uruguay, introduce la institución y reconoce su origen estadounidense del *pretrial* (la traducción del vocablo al español *preventiva* no se ajusta a la figura) refiriéndose a la audiencia de la Federal Rule of Civil Procedure (Reglas Federales del Procedimiento Civil). En este documento el jurista explica que el *pretrial* y la *preliminary hearing* (audiencia preliminar) del proceso norteamericano resultan fuentes esenciales del instituto.

III- La Audiencia Preliminar en nuestra legislación

Correspondiendo a las iniciativas por mejorar los sistemas tradicionales de juzgamiento, nuestro país ha incorporado el instituto procesal en el artículo 236 Código Agrario, señalando:

“Artículo 236. Admitida la demanda, se ordenará su traslado otorgando el término de diez días hábiles para su contestación e indicando que, cinco días hábiles después del vencimiento del término del traslado de la demanda o de la reconvenición, el juez fijará fecha de audiencia preliminar para:

1. Instar a las partes a someter su controversia a un medio alternativo de solución de conflictos.
2. Sanear el proceso.
3. Determinar los hechos a probar.
4. Presentar o aducir nuevas pruebas.
5. Resolver los incidentes, si considera que se encuentran acreditados, salvo los que por su naturaleza puedan o deban

resolverse inmediatamente se formulen.

6. Resolver las objeciones y admisión de las pruebas y contrapruebas.
7. Ordenar la práctica de las pruebas que, por su naturaleza, deban verificarse anticipadamente.
8. Fijar fecha para la audiencia de fondo, la cual deberá verificarse dentro de los treinta días hábiles siguientes.

De no poderse evacuar todas las diligencias previstas en esta audiencia preliminar se fijará una nueva fecha para su continuación.”

Por supuesto que un análisis de la figura no puede iniciar sino aclarando que en el procedimiento agrario se realizan dos audiencias, una es la preliminar que es el objeto del estudio (artículo 236) y la otra la de fondo que se celebra en el lugar del conflicto (artículos 241). Y hasta este momento no hemos encontrado problemas de interpretación sobre la naturaleza y la finalidad de cada una de las audiencias. La única situación que se ha presentado trata sobre la organización del personal del Despacho y tiene que ver directamente con la figura centralizada del Juez, a quien corresponde supervisar las dos audiencias.

Acerca de ese punto algunos sostienen que sólo el Juez Agrario debe supervisar las dos audiencias, sobre todo porque es de esta forma como podrá cumplir con la responsabilidad probatoria de ir preparando el juicio hacia la audiencia de fondo que se celebra en el lugar del conflicto. Otros se inclinan por la tesis de que si los asistentes o jueces adjuntos presiden



la audiencia intermedia se podrá contar con un punto de vista distinto que sólo resolverá las cuestiones procesales y no el fondo. En particular prefiero que sea el Juez Agrario, el Juez Natural quien cumpla con las dos responsabilidades puesto que en este tipo de proceso la preparación del juicio en el aspecto probatorio durante la audiencia preliminar es decisiva. No olvidemos las razones por las cuales se ha incluido una audiencia de fondo en el sitio del conflicto, entre otras la más importante es que se logra una relación determinante entre el Juez y la prueba (inmediación). No es lo mismo ni se aprecia igual el testimonio de una persona que habla sobre su entorno que se encuentra lejos, frente a otro que se presenta ante el Juez y en el mismo escenario va describiendo, señalando e ilustrando cada una de sus afirmaciones. Igual en el caso de las opiniones periciales que en el papel no logran explicar una realidad que si se aprecia por medio de la sustentación fáctica del perito durante la audiencia de fondo.

Por otro lado, tampoco se puede descartar el valor de la determinación de los hechos a probar, otra de las responsabilidades del Juez durante la audiencia preliminar, que para nosotros se constituye en una razón más para que sea el mismo Juez quien atiende las dos audiencias. Es así, porque durante el proceso de fijación de los hechos, el Juez marca de inmediato una zona de debate sobre la cual debe girar la prueba, más para el demandante por el conocido principio de carga de la prueba (artículo 784 CJ). Lógicamente

si la audiencia la presiden jueces distintos será muy difícil armonizar esa correlación entre la fijación del objeto del debate y la proyección de la prueba que se practicará en la audiencia de fondo. En este proceso depurativo, el Juez eso es ni más ni menos lo que hace, realiza un estudio preliminar del conflicto y lo subsume en uno o pocos hechos que a su criterio representan el punto medular del pleito...

Aclarado nuestro punto de vista sobre quién debe presidir las dos audiencias, analizaremos las distintas responsabilidades del Juez en la audiencia preliminar:

1. Instar a las partes a someter su controversia a un medio alternativo de solución de conflictos

Con la puesta en boga de los medios alternativos de solución de conflicto, en el procedimiento agrario también se quiso ofrecer esa oportunidad a las partes, siguiendo la propuesta original del proyecto del año 2000, tal como afirma Tristán Donoso (Tristán Donoso, 2012). Sobre todo por la naturaleza y proyección social del proceso agrario que generalmente involucra a familiares y vecinos. De esta forma es como se incluye todo un Título, el V del Libro Segundo para reconocer la aplicación de los medios alternativos de resolución de conflictos en el artículo 200. Luego, en el artículo siguiente, se aclara que los medios aceptados son la conciliación, la mediación y el arbitraje. Pero realmente es en el artículo 202 el que taxativamente pone



la guía de aplicación cuando señala: *El juez agrario procurará conciliar a las partes y, en todo caso, propondrá en la audiencia preliminar que sometan su conflicto a los Centros Alternos de Resolución de Conflictos del Órgano Judicial. La utilización o proposición de estos métodos alternos de solución de conflictos no serán causales de recusación ni de impedimento.*"

De esta iniciativa lo más importante es que el propio Sistema de Justicia, ha puesto en funcionamiento los centros alternativos en miras de facilitar y acceder al uso de los *métodos preambulares*, como los nombra el autor nacional citado con anterioridad (Tristán Donoso, 2012). No es lo mismo invitar a las partes a que arreglen sus diferencias por la vía del diálogo y de la negociación, que derivar el caso y señalarle a las partes el camino procesal y material hacia los Centros que existen en la actualidad para que puedan resolver las diferencias. A destacar también, que contrario a varios ordenamientos, en el procedimiento agrario se permite el uso de las vías alternas de solución de conflictos en cualquier fase del proceso, lo que representa una ventaja para las partes porque como todos sabemos resulta mejor un "mal acuerdo que un buen pleito."

Eso lo decimos porque hoy día se debate en materia penal acusatoria si las vías alternas de solución del conflicto pueden utilizarse antes de la audiencia de imputación, por aquello de que es a partir de ese momento que surge vinculación formal al proceso.

Sin embargo, nosotros siempre hemos planteado la idea que para solucionar el conflicto por medio de la utilización de las alternativas que ofrece el ordenamiento, debemos alejar la rigidez de criterios y el formalismo procedimental, dando paso al verdadero sentido de la Ley que, al tiempo que reconoce como baluarte del nuevo modelo de juzgamiento la posibilidad de utilizarlos, insta a las partes a que ejerciten su voluntad dispositiva del conflicto.

Volviendo al tema del acceso a los métodos alternativos es digno de aplauso la iniciativa de poner a funcionar los Centros en cada cabecera de Provincia, pero mejor aún es que se haya dado la capacitación y la información necesaria, no únicamente a las partes involucradas en un pleito sino al propio Juez a quien corresponde remitir los procesos. Hay que reconocer que en un principio hubo mucha resistencia a derivar las causas, pero hoy día, afortunadamente, todos los servidores están conectados con las bondades y las ventajas que ofrecen las vías negociadas de solución de problemas.

2. Sanear el proceso

Para mejor entendimiento de las palabras de la Ley, debemos desentrañar el sentido que el legislador ha querido reconocerle al verbo *sanear* que según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (Lengua), significa reparar o remediar algo. Claro que en este caso el concepto va ligado al uso del verbo en proyección



al proceso, razón por la cual resulta más atinado referirnos al *saneamiento del proceso*. Y por este conocido concepto de derecho debe entenderse: Fianza o aseguramiento de reparar un posible daño. | Reparación del mal padecido. | Obras que procuran a un edificio o terreno las condiciones deseables frente a la humedad y filtraciones inconvenientes de aguas; mejoras útiles siempre en el campo y necesarias en lo urbano (Cabanellas). Es por lo que en este caso sanear o el saneamiento del proceso reviste un afán de limpiar o depurar la suciedad que en cierta forma aleja el reconocimiento de los derechos consignados en la Ley sustancial que, es ni más ni menos, el objeto del proceso (artículo 469).

A través de esa responsabilidad se busca depurar la litis desahogando las cuestiones relativas a la legitimación procesal, los requisitos y presupuestos de la demanda, de la contestación, la conexidad, la litispendencia, y la cosa juzgada, entre otras cuestiones, centrando el pleito en la pretensión, en el fondo. En otras palabras se quiere depurar el procedimiento respecto de anomalías relacionadas con presupuestos procesales que, por tratarse de una cuestión de interés y de orden público, el juzgador tiene la obligación de examinarlas en esta etapa del juicio, previniendo la más remota posibilidad de un fallo inhibitorio.

3. Determinar los hechos a probar

Esta importante facultad del Juez, en nuestra legislación no es

nueva. Como antecedente figura en el proceso laboral en el artículo 959 y los procesos ordinarios de menor cuantía, en el artículo 1243 del Código Judicial, la obligatoriedad que tiene el administrador de justicia de tratar de conciliar a las partes y, si no lo consigue, tendrá la responsabilidad de fijar los hechos que hay que comprobar en la demanda, en la reconvencción y hasta en las excepciones alegadas.

A nuestro modo de ver esta herramienta tiene bien delineados dos horizontes. Por un lado busca que el Juez asuma un rol más protagónico y de inmediato vaya empapándose en los puntos medulares de la controversia. Concentrado en el escenario fáctico el Juez logra focalizar el radio de comprobación probatoria y se encontrará en mejor disposición para cumplir con el proceso de admisión de pruebas. Si y solo si el Juez es quien realiza esta operación, podrá adelantar el proceso de conocimiento que le permitirá decidir si, acorde con la identificación de los hechos, la prueba aportada por las partes es legal, conducente y oportuna. Adicionalmente, cuando el Juez puntualiza los hechos, de una vez puede ir preparando el debate probatorio que se realizará en la audiencia de fondo.

La figura también tiene una proyección aclaratoria hacia las partes, en particular hacia los apoderados judiciales, quienes son los que hablan a nombre de sus clientes, ensayando y organizando las estrategias que luego concretizan en las demandas, contestaciones y en toda clase de



gestiones. Esta apreciación surge de la experiencia dado que por regla general las demandas, reconveniones y otras articulaciones abundan en argumentos y consideraciones que en puridad de verdad no son *hechos*. Y cuando por excepción se puntualizan y se presentan *hechos*, entonces se peca en la exageración y en la redundancia, repitiendo la misma situación no una sino varias veces.

De manera que la bendita facultad de determinar los hechos a probar, lo mismo que las anteriores, viene a complementar la función saneadora y clarificadora del proceso, en la medida que permite una identificación precisa de los puntos medulares del debate y por añadidura un ejercicio probatorio concentrado en el principio de carga de la prueba (Artículo 784) que al final trasciende positivamente en el reconocimiento de los derechos de las partes, que es en esencia el espíritu del derecho de acceso a la Justicia (artículos 230- 469).

4. Presentar o aducir nuevas pruebas

Explicamos anteriormente que ligada a la facultad de precisar los hechos sujeto a comprobación, se encuentra la preparación de la dinámica probatoria. Lógicamente si se realiza un estudio previo sobre la confrontación de posiciones o *litis contestatio*, el Juez contará con la información necesaria para que, al tiempo que depura las pretensiones y reduce los hechos a lo mínimamente relevante, examina las pruebas presentadas de forma tal

que la admisión no sólo se limitará a la formalidad de declarar si la prueba aportada es legal y oportuna sino también a determinar si resulta idónea o conducente. Claro, eso no significa que el Juez adelantará un juicio de valor o de fondo sobre las pruebas presentadas durante la audiencia, sino que lo que realiza es un estudio preliminar, una proyección o expectativa de prueba, determinando si a través del medio aportado por las partes se puede llegar a la comprobación del hecho.

Un ejemplo puede ilustrar mejor al proceso del que hablamos. Si después de la determinación de los hechos el Juez admite una inspección judicial porque es una prueba legal y oportunamente presentada durante la audiencia, por pura lógica también habrá concebido que a través de la prueba pericial puede esclarecerse el hecho sujeto a comprobación, o sea que ha considerado la posibilidad que la pericia le ayude a resolver el caso.

5. Resolver los incidentes, si considera que se encuentran acreditados, salvo los que por su naturaleza puedan o deban resolverse inmediatamente se formulen

La facultad de resolver incidentes en la audiencia preliminar debe entenderse en términos amplios y no literales, puesto que como lo dicen los artículos 697 y 698 del Código Judicial, todas las controversias o cuestiones accidentales o accesorias de un proceso entran en esta categoría



y deben resolverse. De manera que bien puede decirse que antes y durante la audiencia preliminar el Juez está potestado para propiciar un debate y luego resolver las cuestiones accidentales o accesorias tales como nulidades procesales, falta de capacidad, representación y postulación indebida, acumulación de pretensiones, reconvencción, litispendencia y excepciones.

Con esta iniciativa lo que se busca es apartar la brusca que en ocasiones incomoda y molesta la visión del juzgador y no le permite centrarse en el fondo del asunto. Es una realidad que los incidentes alargan y atrasan los procesos, constituyéndose en un factor interno de rezago judicial. Bien lo decía Juan Materno Vásquez (Vásquez, 1980) a principios de 1980, los incidentes pueden y deben eliminarse, tal como lo ha hecho el Código Brasileño. Y como alternativa vigente aún pese al paso del tiempo, señalaba que *si se estableciese el despacho saneador o la audiencia preliminar para determinar que se dan los presupuestos procesales, entraría al debate sólo para decir la cuestión de fondo*. Para enfrentar los abusos en la presentación de cuestiones procesales accesorias se apuesta por incluir la responsabilidad saneadora, pero para que en verdad se sienta la bondad del instituto debe abogarse por un manejo debido de las incidencias. Y la primera guía de aplicación para cumplir con estos propósitos surge del contenido del artículo 231, que limita el plazo dentro del cual se puede presentar las incidencias hasta cinco (5) días antes de la audiencia preliminar. Ese

plazo permite que el opositor tenga la oportunidad de enterarse con tiempo del fundamento del incidente y pueda organizar los argumentos y preparar las pruebas para refutarlo.

Para otras situaciones parecidas el Juez tiene a su merced todos los mecanismos de control y manejo de los incidentes que se encuentran en los artículos 700, 701, 702, 703, 706 y 708 del Código Judicial. No olvidemos que por remisión del artículo 257 en materia agraria se aplican las disposiciones complementarias del Código Civil y del Procedimiento Civil.

A fin de cuentas el Juez debe convertirse en un celoso y diligente administrador del debate y de la audiencia para que, por regla general, siempre resuelva las incidencias que se plantean. Sobre todo si las cuestiones son de puro derecho y no forman parte de la misma controversia que se resolverá en la audiencia de fondo.

De esta forma podrá centrarse en la discusión de fondo y emitir la sentencia en el mismo acto de audiencia de fondo.

6. Resolver las objeciones y admisión de las pruebas y contrapruebas.

A nuestro modo de ver esta facultad se encuentra intrínsecamente ligada a la de admisión de pruebas, por lo cual bien se pudo incluir dentro o bien con posterioridad a esa fase. Ponerla aparte sugiere un proceso distinto o independiente al que



realiza el Juez cuando decide sobre las pruebas presentadas y no es así, por cuanto que se trata de un mismo ejercicio. Cuando el Juez resuelve sobre las pruebas presentadas y sobre las objeciones y contrapruebas realmente realiza un mismo juicio de valor en cuanto a la legalidad, oportunidad y conducencia de la prueba. La decisión sobre las pruebas surge del ejercicio que, en primer lugar toma en cuenta la identificación de los hechos y es luego de considerar el punto que el Juez valora los demás aspectos.

En fin, no le encuentro razón de ser a describir una facultad que es propia del ejercicio de admisibilidad de las pruebas.

7. Ordenar la práctica de las pruebas que, por su naturaleza, deban verificarse anticipadamente.

Según el nuevo Código Agrario en el proceso se realiza dos audiencias, la primera es la preliminar, preparatoria y depurativa y la otra es la de fondo. Y cuando el legislador incluyó en este apartado la posibilidad de adelantar las pruebas no se refería a los institutos de prueba anticipada o pruebas prejudiciales sino a la buena práctica de coordinar o preparar la concreción del proceso en la audiencia de fondo. Eso supone –como ya lo hemos dicho– una proyección de prueba que no es otra cosa que relacionar el hecho sujeto a verificación con los medios de pruebas admitidos de modo tal que aseguran su sustentación en el acto de audiencia oral.

En otras palabras, en materia agraria la facultad de admitir la prueba, permite, incluso que los peritos nombrados por las partes vayan realizando estudios preliminares o inspecciones a los lugares del conflicto para ganar tiempo y de este modo poder sustentar el resultado de las averiguaciones durante la audiencia de fondo. Igual considero – como en el caso anterior – que bien se pudo incluir un solo apartado que comprendieran todos los aspectos relativos a la prueba.

8. Fijar fecha para la audiencia de fondo, la cual deberá verificarse dentro de los treinta días hábiles siguientes.

Y en esa secuencia de cuestiones que se juntan para facilitar la expedición de la sentencia, destaca entre las potestades del Juez en la audiencia preliminar, la obligatoriedad de fijar la audiencia de fondo e incluso se le impone un plazo fatal de hasta 30 días. Dos cuestiones sobresalen de la facultad. La primera es que durante el mismo acto de audiencia preliminar las partes quedan enteradas de la fecha de la celebración de la audiencia de fondo, lo que les permite organizarse y preparar sus pruebas. La segunda es que ya no quedará al arbitrio del Tribunal la fijación de la fecha de audiencia, lo que en ocasiones crea un malestar entre las partes por aquello de que no se respeta un orden de tramitación en los procesos, fijando las diligencias de acuerdo a criterios subjetivos, sino que ahora es por ministerio de la propia Ley que se determina el orden y el plazo dentro del cual se debe celebrar la



audiencia de fondo.

9. De no poderse evacuar todas las diligencias previstas en esta audiencia preliminar se fijará una nueva fecha para su continuación

Más que una facultad la considero un comodín para beneficio de las partes. Constituye una disposición complementaria dirigida a que el Juez puede completar todas y cada

una de las responsabilidades que comprenden la audiencia preliminar. Y eso es así porque hay que reconocer que son múltiples las consideraciones y decisiones que se expiden durante el acto, mas en los casos donde son varios los demandantes o demandados, una característica presente en buena cantidad de procesos agrarios donde por regla general los protagonistas son familiares, vecinos o colindantes.

CONCLUSIONES

- 1- La audiencia preliminar es un instituto procesal recomendado por la Doctrina especializada que ha calado satisfactoriamente en el ordenamiento procesal agrario panameño.
- 2- En la concepción de audiencia preliminar armonizan varios principios procesales cuya orientación asegura los derechos y garantías de las partes (oralidad, itinerancia, inmediatez, concentración, contradicción e igualdad de oportunidad de las partes)
- 3- Si los administradores de justicia hacen uso debido de la diligencia, contarán con una herramienta poderosa para enfrentar el rezago de los procesos al tiempo que aseguran una justicia efectiva para los involucrados en un conflicto agrario.
- 4- Conforme al nuevo diseño de proceso agrario surge la necesidad de que en los juzgados se realice una reingeniería del modelo de gestión tradicional, enfocándose en las dos audiencias (la preliminar y la de fondo).
A tales propósitos no sólo se deben reacondicionar las viejas estructuras (reacomodando salones de audiencia) sino dotar a los juzgados de los equipos y del personal necesario para concretar una justicia agraria real y efectiva.-

BIBLIOGRAFÍA

- Barrios De Angelis, D. (1975). "La audiencia preliminar". *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, número 1, pp. 11-12.
- Cabanellas, G. *Diccionario Jurídico*.
- *Diccionario Jurídico Digital*.
- Gelsi Bidart, A. y. (Montevideo, 1974.). *Bases uniformes para la reforma de la legislación procesal civil de los países*



Latinoamericanos. Instituto Uruguayo de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

- Martín, M. A. (2013). *El Despacho Saneador. Universidad Central de Venezuela.*
- Tristán Donoso, S. (2012). *Apuntes de Derecho Agrario. Panamá: Universal Books.*
- Vásquez, J. M. (1980). *El Proceso Civil*

panameño. Panamá: Imprenta Volca S.A.,

- Vescovi, E. (México, 1978.). *Elementos para una Teoría General del Proceso Civil Latinoamericano. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas.*
- Vescovi, E. (1984). *Teoría General del Proceso. Bogotá, Colombia: Editotial Temis Librería.*



JUAN FRANCISCO CASTILLO CANTO

fecha). Facilitador certificado del programa de motivación Franklin Covey, noviembre de 2003. Facilitador del Curso de Inducción para abogados en trámite de Idoneidad. Profesor de Maestría en Derecho Procesal en la Universidad Latina, sedes de Santiago, Penonomé y Chitré desde 2008 hasta la fecha. Profesor de Maestría en la Universidad de Panamá, Centro Regional Universitario de Los Santos y Santiago de Veraguas.

Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Panamá; profesor de Derecho Especialista en Educación Superior. Posee además una Maestría en Derecho Procesal Civil y Patrimonio de la Universidad Internacional de Andalucía, España (Título convalidado por la Universidad de Panamá).

Como docente, se ha desempeñado como profesor de Derecho en las Universidades Tecnológica de Azuero (1992-1995); en la Universidad Latina de Azuero (1994-1995), Centro Regional Universitario de Azuero (1991 – 2003). Fue Coordinador de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (1996-2000) y es capacitador de Escuela Judicial de Panamá (desde 1988 hasta la

Con 32 años de experiencia en el sistema de Administración de Justicia, el licenciado Castillo ha ejercido como Escribiente, Asistente y Secretario de Sala Civil del Tribunal Tutelar de Menores de Panamá (1983-1988), Juez Primero Municipal Civil de Panamá (1988), Juez Municipal Mixto de Chitré (1988 -1994), Juez Primero del Circuito de Herrera (1994 -2003), Magistrado Suplente de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia (desde enero de 2005, hasta diciembre de 2007), Coordinador General de Implementación del Sistema Penal Acusatorio, desde julio de 2010, hasta el 3 de febrero de 2012. Actualmente, es Magistrado del Tribunal Superior del Segundo Distrito Judicial, cargo obtenido por concurso desde el 9 de enero 2003.



Prueba Ilícita en el Proceso Penal Acusatorio (Regla de Exclusión)



Mario Alberto Batista

Magistrado del Tribunal Superior de Apelaciones del Segundo Distrito Judicial

Correo electrónico: maalbago6320@hotmail.com

PRUEBA ILÍCITA EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO (REGLA DE EXCLUSIÓN)

Resumen

La doctrina de la Prueba Ilícita impide que se valoren en el Proceso Penal, las pruebas obtenidas o practicadas violando los derechos y garantías fundamentales, es decir de manera ilícita. Con el surgimiento del Estado de Derecho y consecuentemente el reconocimiento a nivel constitucional de los derechos y libertades del ciudadano, no se tolera que la verdad sea obtenida de cualquier modo, a cualquier costo, pues resulta incompatible con esos derechos, por tanto, ante la tutela de los derechos y libertades ciudadanas no se debe reconocer eficacia jurídica a las pruebas obtenidas lesionando los derechos y libertades, con independencia de la trascendencia que pueda tener esa prueba para resolver un caso concreto.

Summary

The evidence obtained or performed in violation of the fundamental rights and guarantees are considered unlawful, they should not be allowed as evidence in a Criminal Procedure. With the emergence of the rule of law and consequently the recognition of the rights and freedom of citizens, it's unlawful to gather the truth from just any place, or at any cost, therefore, any evidence obtained by causing injury should not be allowed to solve a case.

Palabras Claves

Prueba Ilícita, Prueba Irregular, Código Procesal Penal, Derechos Fundamentales, Estado de Derecho, Doctrina del Árbol Venenoso, Regla de Exclusión, Fuente Independiente, Buena Fe, Descubrimiento Inevitable.

Keywords

Illicit test, Irregular test, Criminal Procedure Code, Fundamental Rights, Rule of Law, Doctrine of the Poisonous Tree, Exclusionary Rule, Independent Source, Good Faith, Unavoidable Discovery.



1. INTRODUCCIÓN

Hablar de Prueba Ilícita, no es nada sencillo, por el contrario es uno de los tantos temas complejos y polémicos, sobre el cual se ocupa la doctrina, la jurisprudencia y más recientemente las Constituciones y Leyes ordinarias, debido al impacto e incidencia que supone el tema en materia Procesal y Procesal Penal, pero de manera especial en materia Constitucional, ya que cuando se aborda el tema, incursionamos en derechos fundamentales.

Solo la terminología utilizada para referirse a la Prueba Ilícita, es motivo de debate, pues si bien, en la jurisprudencia parece existir bastante consenso; en la doctrina se utilizan diversos términos para referirse a ella: prueba ilícita, prueba ilegal, prueba prohibida, prueba inconstitucional, prueba espuria, prueba nula, prueba viciada, prueba irregular, entre otras; lo que no solo implica una diferencia de términos, sino también de conceptos. En la doctrina no existe unanimidad, como suele ocurrir con los temas jurídicos, acerca de lo que debe entenderse por Prueba Ilícita.

2. CONCEPTO DE PRUEBA ILÍCITA EN LA DOCTRINA

Autores como Gimeno Sendra y Pedraz Penalva, distinguen entre Prueba Ilícita y Prueba Prohibida: La primera es la que infringe cualquier Ley, no solo la Ley Fundamental, sino también la ley ordinaria; mientras que Prueba Prohibida es la que

surge, con violación de las normas constitucionales, tuteladoras de los derechos fundamentales. Para otros autores como Picó Junoy, Prueba Ilícita y Prueba Prohibida, no son excluyentes, pues ésta última expresa de manera gráfica las consecuencias o efectos prohibitivos de la prueba ilícita, es decir la prohibición de admisión y prohibición de valoración (MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. El Concepto de Prueba ilícita y su Tratamiento en el Proceso Penal. 2a. Edición. J.M. Bosch Editor. Páginas 18 y 19).

Otro sector de la doctrina distingue entre Prueba Ilícita y Prueba Irregular (DELGADO DEL RINCÓN, Luis E. La Regla de Exclusión de la Prueba Ilícita, Excepciones y Eficacia pág. 1). Nos detenemos un momento en esta distinción, porque nos parece que nuestro Código Procesal Penal, acoge la misma.

Se considera PRUEBA IRREGULAR, la prueba aducida o propuesta, obtenida o practicada, infringiendo las normas procesales que regulan el procedimiento probatorio, de manera particular los términos, plazos u oportunidades señaladas en la Ley ordinaria, pero sin afectar, violar o vulnerar, directamente los derechos fundamentales, previstos en la Constitución Nacional, en Los Tratados o Convenios Internacionales. Considero que a ella se refiere la primera parte del artículo 378 del C.P.P., cuando, bajo el título de oportunidad y relevancia de la prueba nos dice: "Para que sean apreciadas en el proceso las pruebas deberán aducirse, admitirse,



diligenciarse e incorporarse dentro de los términos u oportunidades señalados en este Código...”.

La Prueba se aduce, por parte del Fiscal al formular la acusación y revelación de las evidencias en la audiencia de Fase Intermedia (artículos 340 ordinal 5 y 346 C.P.P., respectivamente); la víctima o querellante al surtir el traslado de la acusación, adhiriéndose o presentando acusación autónoma (artículo 341 C.P.P.) y la defensa en la audiencia de Fase Intermedia (artículo 342 ordinal 7 y 346 C.P.P.).

La prueba se depura y admite en la audiencia de Fase Intermedia (artículo 347 C.P.P.), se practica o desahoga en el Juicio Oral (artículo 369 C.P.P.); salvo los casos de Anticipo jurisdiccional de pruebas en caso de urgencia (artículo 279 C.P.P.); tratándose de prueba documental y evidencias materiales se incorporan conforme a los artículos 340 ordinal 5, 379 y 420 C.P.P.

Recordemos, que en el nuevo modelo de enjuiciamiento penal de corte acusatorio, toda la prueba se practica en el Juicio Oral (artículos 17 y 369 C.P.P.), salvo la prueba anticipada en caso de urgencia (artículo 279 C.P.P.), pues durante la fase de investigación (conocimiento) el debate no es probatorio, sino argumentativo, con lealtad y buena fe, sobre las evidencias que recaba el Ministerio Público, en una investigación objetiva, ya que no se practican pruebas propiamente tal (artículos 18, 24, 278 y 280 C.P.P.).

En consecuencia, toda prueba que no se aduzca, depure, admita, practique o incorpore conforme a las normas antes citada, será una Prueba Irregular, portanto, no podrá ser valorada en juicio, o no podrá ser apreciada en el proceso, tal como lo establece el artículo 380, en concordancia con la primera parte del artículo 378 del C.P.P. ya que la última parte de esta última norma que establece: “... y deberán referirse, directa o indirectamente, al objeto del hecho investigado y ser de utilidad para descubrir la verdad”, parece referirse a la pertinencia o conducencia de la prueba, que son reglas de inadmisibilidad de la prueba, a la luz del artículo 347 del mismo Código, no sobre valoración y/o exclusión.

A pesar que el artículo 378 del C.P.P. contiene varias posibilidades (aducirse, admitirse, diligenciarse e incorporarse), la norma le advierte al Juez que no puede valorarla o apreciarla, que es la labor que debe hacer el Juez, con fundamento en la sana crítica, luego de practicar la prueba y una vez agotados los alegatos de conclusión en el Juicio Oral (artículos 375 y 380 C.P.P.). Sin embargo, considero que en caso que el Juez o Tribunal de Juicio valore una prueba infringiendo esa norma, quien se considere agraviado podrá interponer un Recurso de Anulación, por error de hecho en cuanto a la existencia de la prueba que hubiere influido en lo dispositivo del fallo, pues esta causal se configura cuando la sentencia se fundamenta en una prueba que no figura en el proceso, no fue debidamente incorporada al juicio o se ignora u omite valorar una que si



fue debidamente incorporada (artículo 172 ordinal 4 C.P.P.). o bien un Recurso de Casación por infracción de garantías del debido proceso (artículo 181 ordinal 2 C.P.P.), tal como efectivamente ocurrió en la sentencia fechada 21 de diciembre de 2012, dictada por La Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, que casó una sentencia del Tribunal de Juicio de Coclé al considerar que valoró elementos que figuraban en la carpeta del Fiscal, pero no fueron aducidos e incorporados en debida forma al juicio.

PRUEBA ILÍCITA, por su parte, es la prueba obtenida o practicada lesionando o violando los derechos y libertades fundamentales, lo que impide a los Jueces valorarlas o fundamentar una decisión judicial en base a las mismas.

Un Estado de Derecho se fundamenta en la vigencia y respeto de los derechos y garantías fundamentales, por tanto, cuando se violan esos derechos Constitucionales de una persona en particular, la colectividad corre el mismo riesgo. La doctrina de la Prueba Ilícita impide que se valoren en el Proceso Penal, las pruebas obtenidas o practicadas violando esos derechos, es decir de manera ilícita. La prueba ilícita entonces implica la protección, tutela o respeto de los derechos y garantías Constitucionales.

3. DOCTRINA DE LA PRUEBA ILÍCITA

El Derecho Penal mantiene un constante choque, una constante lucha entre dos intereses jurídicos, protegidos

constitucionalmente: por un lado la búsqueda de la verdad material por medio del proceso, donde el Estado ejerce el *ius puniendi*, y por otro lado los Derechos y libertades individuales, que en un Estado Democrático de Derecho constituyen límites a la actuación de los poderes públicos, es decir a ese *ius puniendi*.

Históricamente se impuso el interés público de la búsqueda de la verdad material en el proceso, justificando así la validez y eficacia de la prueba. Con independencia del modo o forma de obtención, el Juez valoraba la prueba, aun cuando se hubiese lesionado los derechos y libertades ciudadanas, es decir, el fin justificaba los medios.

Con el surgimiento del Estado de Derecho y consecuentemente el reconocimiento a nivel constitucional de los derechos y libertades del ciudadano, simplemente no se tolera que la verdad sea obtenida de cualquier modo, a cualquier costo, pues resulta incompatible con esos derechos, por tanto, ante la tutela de los derechos y libertades ciudadanas no se debe reconocer eficacia jurídica a las pruebas obtenidas lesionando los derechos y libertades, con independencia de la trascendencia que pueda tener esa prueba para resolver el caso concreto y por supuesto aunque ello signifique que no se sancione el delito o quede en libertad la persona acusada.

En conclusión, es la importancia, la posición preferente, de supremacía que tienen los derechos fundamentales,



en el sistema constitucional, en un Estado de Derecho, lo que no permite que se imponga la búsqueda de la verdad, por el contrario, se debe optar, por los derechos fundamentales, descartando la Prueba Ilícita.

De la prueba ilícita se ocupó primero la doctrina y la jurisprudencia, luego la norma jurídica, Panamá no fue la excepción, La Sala Segunda de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, ya desde la década del noventa se venía refiriendo al tema, en sentencia de 10 de octubre de 2000, manifestó:

“...nuestro ordenamiento procesal no define que constituye prueba ilícita, de la interpretación sistemática del mismo, verbigracia el artículo 769 del Código Judicial, se puede inferir que serán pruebas ilícitas todas aquellas pruebas que están prohibidas por la ley, violan derechos humanos, contrarían la moral o el orden público”.

La misma Sala Penal en sentencia del 11 de mayo de 2010, luego de recalcar lo expresado en la sentencia de 10 octubre de 2000, en el sentido que en nuestro ordenamiento no existía una norma que nos definiera prueba ilícita, agregó:

“Doctrinalmente, en palabras del jurista Orlando Alfonso Rodríguez, en su obra “Prueba Ilícita Penal”, el proceso de obtención y la producción de la prueba debe estar sustentado

sobre procedimientos inmaculados, sometidos al régimen constitucional de respeto a los derechos y libertades fundamentales. Este es un límite infranqueable para los organismos oficiales-legislativos y judiciales- en su deber constitucional de obtención y práctica de la prueba penal, de no lesionar, vulnerar o afectar negativamente estos derechos y libertades que se constituyen en intangibles...”

Con la entrada en vigencia del Código Procesal Penal, aprobado por la Ley 63 de 28 de agosto de 2008, que privilegia los principios, garantías y reglas (artículos 1 y 2 C.P.P.) si contamos con un concepto legal de prueba ilícita, pues a ella se refiere el artículo 17 del C.P.P. que establece “Solo tienen valor las pruebas obtenidas por medios lícitos y practicadas ante los organismos jurisdiccionales. No tiene valor la prueba obtenida mediante torturas, amenazas o violación de los derechos fundamentales de las personas...” y el artículo 377 que señala “Los elementos de pruebas solo pueden ser valorados si han sido obtenidos por un medio lícito y conforme a las disposiciones de este Código”.

4. REGLA DE EXCLUSIÓN

La regla de exclusión de la prueba ilícita, cumple una finalidad de protección de derechos fundamentales de las personas, por ello tiene un carácter general, es decir es aplicable



a cualquier proceso, civil, penal, administrativo, etc.; sin embargo, por la incidencia que tiene el Derecho Penal, sobre los derechos individuales del ciudadano, por la potestad del Estado sobre la persona humana en ejercicio del ius puniendi, o facultad del juez de imponer penas severas de prisión, parece ser el Derecho Penal el ámbito de aplicación natural de la Prueba ilícita.

Existe una opinión generalizada en reconocer que la regla de exclusión de la prueba ilícita se originó en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, no por disposición expresa de su Constitución, sino por interpretación de la IV y V enmienda de su Constitución, en los que se proclaman los derechos a no sufrir registros e incautaciones irrazonables y a no declarar contra sí mismo o no auto-incriminarse, proclamando la doctrina: “Toda prueba que se obtenga por las fuerzas del orden público vulnerando los derechos constitucionales reconocidos en alguna de las mencionadas enmiendas, carecen de eficacia y no podrán ser valoradas por el juez en el proceso penal para declarar la culpabilidad o inocencia del acusado cuyos derechos fueron violados”. Desde allí se extendió a los demás países, a nivel de la jurisprudencia (Italia, España, Panamá) y a las normas con rango Constitucional (Portugal, Brasil, México).

La Sala Penal, en la sentencia que citamos anteriormente acoge dicha teoría, sobre la base que la prueba ilícita viola derechos y garantías de rango constitucional y por tanto resulta

inadmisible:

“En cuanto al tema en examen y para fines didácticos, en la doctrina extranjera, se ha reconocido que la prueba ilícita infringe los derechos y garantías consagradas en la Carta Magna de los países, por ejemplo en el Derecho Constitucional de Estados Unidos, existe un principio legal llamado “Regla de Exclusión”, el cual señala que la evidencia recogida o analizada en violación a la Constitución de los Estados Unidos, es inadmisibile ante el Tribunal en un expediente penal”.

En definitiva, la regla de exclusión implica que no podrá utilizarse en el proceso penal la prueba obtenida o practicada en violación de garantías constitucionales.

El artículo 381 del C.P.P., consagra las reglas de exclusión cuando establece: “La prueba obtenida con inobservancia de las formas y condiciones establecidas en este Código o que implique violación de derechos y garantías del imputado previstos en la Constitución Política, los tratados internacionales ratificados por la República de Panamá y este Código no tendrá valor ni servirá como presupuesto para fundamentar una decisión judicial”.

El título Tercero de la Constitución Nacional, consagra los Derechos y Garantías fundamentales



de los ciudadanos, entre los que se encuentran la libertad, inviolabilidad del domicilio, correspondencia, comunicaciones, asociación, reunión, etc. (artículos 17 a 55 C.N.), teniendo presente que según lo precisa el artículo 17 de la misma Constitución deben ser considerados mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de las personas, idea que recalca el artículo 14 del C.P.P.

4.1. DOCTRINA DEL ÁRBOL VENENOSO

Según esta teoría toda prueba obtenida mediante el quebrantamiento o violación de una norma de rango constitucional, aun cuando sea por efecto reflejo o derivado, también será ilícita, tal como la violación que la origina. Es decir de acuerdo con esta teoría la regla de exclusión de la prueba alcanza o incluye no solo la prueba en sí misma, sino la del fruto de dicha prueba, todo lo cual recalca la supremacía que debe prevalecer en torno al respeto de los derechos fundamentales.

Esta doctrina, de origen jurisprudencial norteamericano, traslada la ilicitud, por tanto la invalidez de la prueba a la prueba derivada del acto ilícito, extiende la ilicitud probatoria a la prueba derivada de la prueba ilícita inicial, pues si el procedimiento inicial de obtención de la prueba es violatorio de garantías constitucionales, parece lógico que la que se deriva de ella también lo sea, que todos los actos que sean consecuencia, se vean alcanzados por la misma ilicitud.

Esta teoría también fue adoptada por la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, en Fallo del 8 de octubre de 1999, reiterada en la misma Sentencia que venimos comentando:

“Así se observa que en el año 1914, cuando se resuelve el caso *Weeks Vs. Estados Unidos*, se emitió un fallo en el que se invalidó la prueba obtenida en violación al Cuarta Enmienda, limitándola a los asuntos de competencia de la justicia federal; sin embargo, el progreso continuó con los casos “*Silverthone Lumber Co. Vs. Estados Unidos*, del año 1920”, y “*Nardone*” del año 1939, en estos no solo se declaró ineficaz la prueba obtenida ilegalmente, sino también las derivadas, doctrina que pasó a ser conocida universalmente como “Los frutos del árbol venenoso.”

Este Tribunal de Casación en un número plural de fallos ha adoptado el criterio esgrimido por la doctrina anglosajona, en ese sentido, en fallo de 8 de octubre de 1999, dentro de un proceso penal donde se desconocieron las formalidades establecidas para la realización de una operación encubierta señaló: “Cabe advertir que el anterior razonamiento encuentra apoyo en la doctrina de los frutos del árbol venenoso la cual establece que “son inválidas las probanzas derivadas o que sean consecuencia de otra obtenida



ilegítimamente” (SAGUES, Néstor Pedro. Elementos de Derecho Constitucional. Tomo II. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1993, pág.345). En consecuencia, debe prescindirse sobre la valoración de las pruebas a las que se refiere el recurrente, pues fueron obtenidas a partir de una diligencia viciada. Se reitera entonces que la invalidez de la diligencia de operación encubierta se extiende a las pruebas que le son derivadas y que son consecuencia inmediata de la infracción...

Al confrontar los fallos citados, con el examen a este proceso, podemos concluir que cualquier diligencia judicial que se apruebe y realice vulnerando los procedimientos determinados para su realización, constituye una prueba ilícita que no tiene eficacia en el proceso y las subsiguientes diligencias de investigación con fundamento en este acto procesal tampoco son pruebas legítimas y por ende, no revisten de validez”.

A esta doctrina hace referencia la última parte del artículo 17 del C.P.P. que nos enseña: “No tienen valor la prueba obtenida mediante torturas, amenazas o violación de los derechos fundamentales de las personas, **ni la obtenida en virtud de información originada en un procedimiento o medio ilícito**”.

Esa idea se destaca de manera particular a propósito de allanamientos

en casos de urgencias, realizados sin control previo, que luego al ser sometidos al control posterior de un Juez de Garantías, no se justifique dicha urgencia (artículo 306 C.P.P.) y para el caso de documentos que den cuenta de actuaciones o diligencias declaradas nulas por vulnerar garantías fundamentales (artículo 420 del C.P.P.).

4.2. EXCEPCIONES A LA DOCTRINA DEL ÁRBOL VENENOSO

Gracias al impacto social que causó la doctrina del árbol venenoso en los Estados Unidos, la jurisprudencia de su Corte Suprema introdujo una atenuante o excepción a esa doctrina que se denominó “**Teoría de la Fuente Independiente**”, que consiste en la posibilidad que la Fiscalía pudiese demostrar que la evidencia alegada como contaminada o envenenada fue producto de una fuente independiente u obtenida por otros medios distintos a los ilícitos, entonces la evidencia será admisible; pero teniendo claro que no basta la posibilidad, sino que lo acredite de manera concreta.

La autonomía de la fuente independiente exige la existencia de otras vías de investigación que permitan llegar a la obtención de medios de pruebas que demuestren el hecho delictivo, constituyendo una verdadera excepción.

Así por ejemplo se podría declarar que un reconocimiento judicial de un imputado, luego de una aprehensión ilícita, no será fruto del árbol envenenado si la fiscalía prueba,



que al momento de la aprehensión ya la Policía tenía información suficiente sobre la identidad del imputado, siendo que el testigo reconocedor y ese reconocimiento sí cumplió con todas las formalidades del reconocimiento. Igual ocurriría si producto de una declaración ilícita del imputado en la fase de investigación declara donde escondió el producto del delito o alguna otra evidencia, pero además se cuenta con otra declaración lícita que suministra la misma información. En ambos casos se podría introducir como prueba lícita por existir una fuente independiente (sobre este aspecto puede consultarse la Sentencia de 29 de mayo de 2014, del Tribunal Superior de Apelaciones del Segundo Distrito Judicial, en el caso No.2012 0000 3883).

Otra excepción es la **Buena Fe**, según la cual cuando la Fiscalía prueba que la Policía en el desarrollo de las investigaciones actúa de buena fe, bajo la creencia que su comportamiento se ajustaba al orden jurídico y no violaba ningún derecho fundamental, no procedía la exclusión, excepción que parece inadmisibles en nuestro medio, donde la exclusión es una garantía constitucional de naturaleza procesal, derivada de la supremacía o posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico y de su condición de inviolable.

El **descubrimiento inevitable** es otra de las excepciones producto de la elaboración de la jurisprudencia norteamericana, es como una especie de la fuente independiente, en virtud de la cual se admite la utilización

de aquellos elementos probatorios obtenidos ilícitamente, ya que se habrían obtenido inevitablemente por otros medios o vías legales, lo que en todo caso requiere que la Fiscalía acredite de manera fehaciente que la prueba obtenida como resultado de una violación constitucional, hubiese sido descubierta, irremediablemente, por medios legítimos e independientes de la prueba ilícita. Su mayor crítica es que se basa en lo que pudo haber pasado, pero no pasó, es decir se basa en conjeturas e hipótesis, que pueden vulnerar el principio de presunción de inocencia, que solo debe ser desvirtuado con pruebas más allá de toda duda.

5. PROHIBICIÓN DE ADMISIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITA

En la práctica, tradicionalmente, existió una tendencia casi generalizada de dejar todo lo relativo al análisis de la Prueba Ilícita para el momento de dictar sentencia, es por ello que todo el aporte de la jurisprudencia ha sido en ese importante momento procesal; es más, aun cuando al referirse a Prueba Ilícita el artículo 17 del C.P.P. expresa “solo tienen valor” y el artículo 378 del C.P.P. dice “solo pueden ser valorados”, consideramos que no necesariamente se hace alusión al momento de apreciar o valorar las pruebas en el juicio oral (artículos 375 y 380 C.P.P), pues nuestro actual modelo de enjuiciamiento penal expresamente establece otros momentos procesales donde se puede hacer ese ejercicio y en consecuencia excluir Pruebas Ilícitas.



El artículo 347 del C.P.P., establece la audiencia de Fase Intermedia donde se develan, depuran y admiten las pruebas, señala que en ella se debatirá sobre la exclusión de pruebas por razones de ilicitud, decisión que es apelable por parte del Fiscal (artículo 169 ordinal 3 C.P.P.).

El artículo 306 del C.P.P., establece el control posterior, del allanamiento realizado sin control previo por motivo de urgencia, permite el debate de exclusión probatoria, ante el Juez de Garantías, en un plazo de 48 horas.

El artículo 317 del C.P.P. a propósito de incautación de datos, operaciones encubiertas y entregas

vigiladas que requieren de control posterior, ante un Juez de Garantías, en un plazo no mayor de 10 días, permite también el debate de ilicitud y consecuente exclusión.

Si a pesar de todos esos controles surge la necesidad de excluir una prueba por ilícita al momento de dictar sentencia, el Tribunal o Juez, debe necesariamente cumplir con el deber de excluir toda prueba ilícita, según las reglas de la sana crítica (artículo 380 y 427 ordinal 5 C.P.P), pero si persiste alguna vulneración con motivo de una prueba ilícita, queda el recurso de anulación o casación, como remedio para la parte agraviada (artículos 172, 180 y 181 C.P.P.).

BIBLIOGRAFÍA

- DELGADO DEL RINCÓN, Luis E. La Regla de Exclusión de la Prueba Ilícita, Excepciones y Eficacia.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. El Concepto de Prueba Ilícita y su Tratamiento en el Proceso Penal. 2a. Edición. J.M. Bosch Editor.
- Constitución Política de la República de Panamá. Sigma Editores Ltda, Primera Edición, abril 2014, Armando Fuentes Rodríguez.
- Código Procesal Penal, Sigma Editores Ltda, Primera Edición, abril 2014, Armando Fuentes Rodríguez.





MARIO ALBERTO BATISTA

Penal Acusatorio. Santiago, Chile.

Ingresó al Órgano Judicial el 1 de marzo de 1990. Desde el mes de abril de 1994, hasta agosto de 2011, Juez de Circuito, Ramo Civil y Penal, en los Circuitos de Bocas del Toro y Chiriquí. Ingresó a la Carrera Judicial el 24 de septiembre de 1997, mediante concurso. Magistrado del Tribunal Superior del Tercer Distrito Judicial, David-Chiriquí, Suplente Especial. Magistrado del Tribunal Superior de Apelaciones del Segundo Distrito Judicial (Coclé y Veraguas), desde septiembre de 2011.

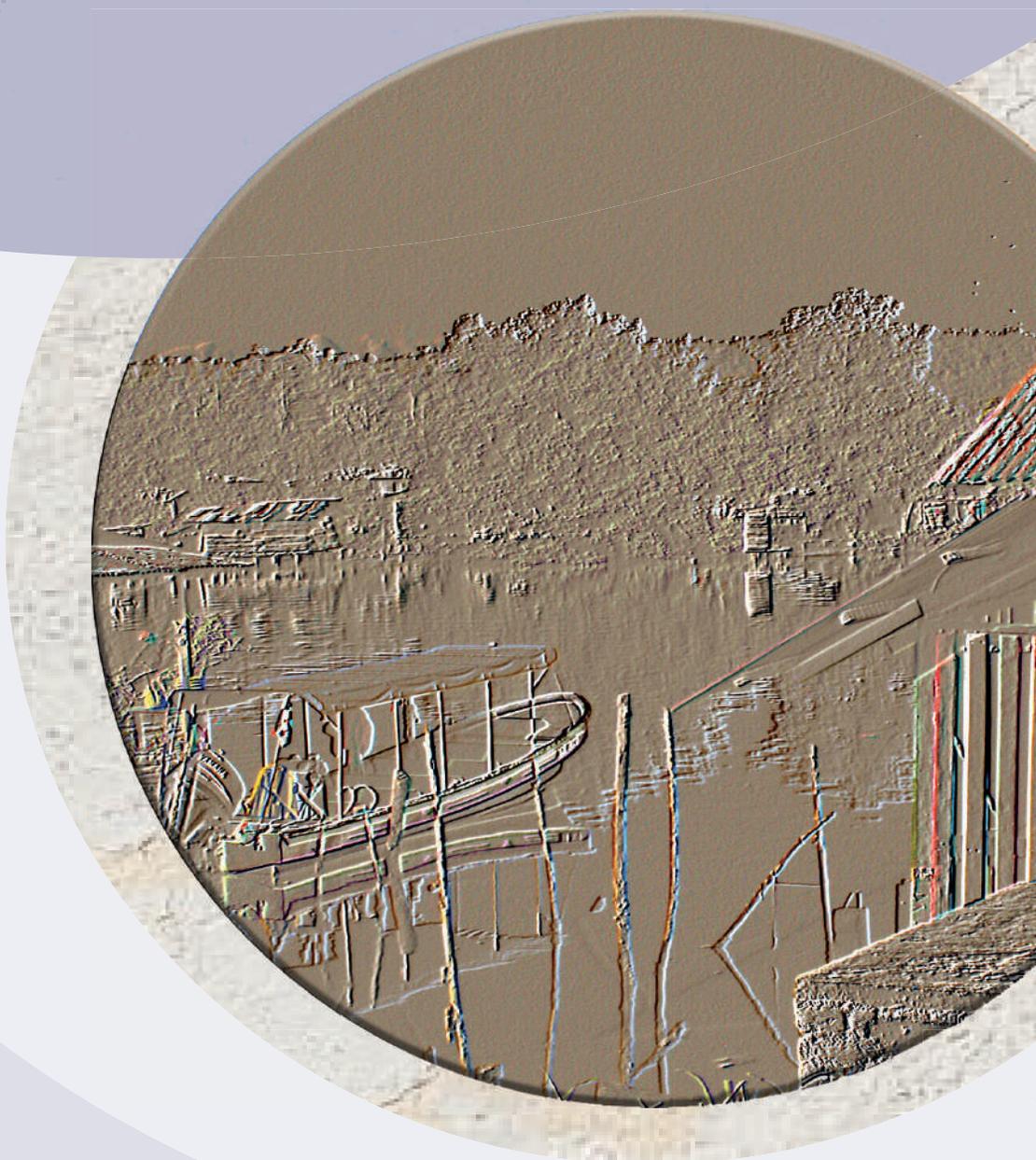
Profesor de Derecho Procesal Civil y Procesal Penal, USMA, David, Chiriquí. Universidad Latina, Chiriquí, Columbus University – David, Chiriquí y Universidad Autónoma de Chiriquí. Facilitador de la Escuela Judicial del Órgano Judicial en diversos Seminarios y Cursos.

Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá. Posgrado en Responsabilidad Extra-Contractual en el Siglo XXI, Universidad De Castilla La Mancha, Toledo, España. Posgrado en Mediación y Conciliación, Universidad del Istmo. Diplomado en Sistema Penal acusatorio, Universidad de Panamá. Posgrado en Derecho Penal Acusatorio, INEJ. Maestría en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal, INEJ. Curso Inicial para Operadores del Sistema Penal Acusatorio (Curso Habilitante). Pasantía en Derecho

“La Ley No.63 de 2008 de la República de Panamá adoptó un nuevo sistema de enjuiciamiento penal. Se trata del Sistema Acusatorio que ofrece justicia transparente y rápida.”



Problemática Sobre la Interpretación del Trabajo Comunitario Como Sustitutivo de Pena



Idalides Pinilla

Magistrada del Tribunal Superior del Segundo Distrito Judicial

Correo electrónico: ipinilla@cwpanama.net

PROBLEMÁTICA SOBRE LA INTERPRETACIÓN DEL TRABAJO COMUNITARIO COMO SUSTITUTIVO DE PENA.

Resumen

El trabajo comunitario fue incorporado en nuestra legislación penal, como sustitutivo de pena a partir de 2007, sin embargo la forma como aparece regulado ha dado lugar a diversas interpretaciones, muchas veces en perjuicio del sentenciado violando el principio de interpretación restrictiva, que fundamenta el derecho penal y el derecho humano al trabajo, como medio de sustento personal y familiar, al rebasar en algunas ocasiones el tiempo establecido en la pena principal impuesta y en otros supuestos le impide al reo obtener los ingresos necesarios para si y sus dependientes, afectando de alguna forma el fin resocializador de la pena.

Summary

Community work was incorporated to our criminal law, as a substitute for punishment since 2007. However, due to how it appears regulated, it has given to several interpretations often in detriment of the accused, violating the principle of restrictive interpretation, underlying the criminal law and the human right to work, as a means of personal and family support; sometimes exceeding the time set in the main sentence and in other cases preventing the defendant to obtain the necessary income for themselves and their dependents, affecting somehow the rehabilitating purpose of the punishment.

Palabras Claves

Trabajo comunitario, pena de prisión, sustitutivo de pena, fin de la pena, principio de interpretación restrictivo, interpretación teleológica, derecho del trabajo, horas extraordinarias, dignidad del sentenciado, rehabilitación, readaptación social.

Keywords

Community service, imprisonment, substitute punishment, purpose of the punishment, principle of restrictive interpretation, teleological interpretation, labor law, overtime, dignity of the accused, rehabilitation, social rehabilitation.



INTRODUCCIÓN

Ante el debate que se ha venido planteando desde que se instituyó la figura del Trabajo Comunitario, con el nuevo Código Penal de 2007, como un medio alternativo de pena, me veo abocada a adentrarme en el estudio de dicha institución a fin de poder entender su naturaleza jurídica haciendo acopio de la doctrina sobre los **finés** de la pena, así como de los mecanismos de **interpretación teleológica** como lo es la *ratio legis* y el derecho comparado, elementos auxiliares válidos para interpretar la ley, teniendo claro que nuestra normativa penal resulta un tanto ambigua sobre este tema en concreto, lo que ha dado motivos para que se interprete y aplique la ley de manera tan amplia, hasta caer en la violación del principio de “interpretación restrictiva”, que resulta ser uno de los tantos principios que rigen el derecho penal, al percatarnos que en ciertas ocasiones, cuando los juzgadores hacen la conversión siguiendo una interpretación literal e incluso extensiva, se llega hasta traspasar los límites de la pena principal, resultando al final más abusiva que la originalmente impuesta.

Las consideraciones que expongo más ampliamente las sostuve en una fallo emitido por el Tribunal Superior donde funjo como Magistrada, en la que actúe como ponente, ante la preocupación que sentimos de que no existía una interpretación uniforme y que en muchos casos se estaba cometiendo,

a nuestro criterio, una arbitrariedad al sustituir la pena principal de prisión a la pena sustitutiva de trabajo comunitario enviando a los supuestos “beneficiados” con esta sustitución a que se fueran a trabajar hasta siete (7) horas, todos los días laborables, a una institución pública, como un empleado más, sin recibir gratificación o salario alguno, pues la ley así lo establece. Es decir, el trabajo comunitario se debe realizar en forma voluntaria a favor de la comunidad, pero sin recibir a cambio remuneración alguna.

El punto sobre la prohibición de salario no es objeto de debate alguno, pues eso es parte de la naturaleza de esa figura penal, lo que resulta cuestionable y objeto de discrepancias es lo referente al horario de trabajo, pues de aceptarse la tesis, de que va a desempeñar un trabajo como un empleado más, dentro del horario regular de la institución asignada, nos lleva a preguntarnos entonces, ¿de qué va a vivir dicho sujeto, ¿cómo se va a mantener él y su familia?. Concluyendo que si ese es el criterio a seguir, lo aconsejable sería que mejor continúe privado de libertad en un recinto carcelario, donde al menos tiene asegurado un techo y sus tres comidas diarias.

Estas consideraciones nos llevaron a adentrarnos al estudio doctrinal y legal de dicha figura, las cuales someto a consideración de los lectores, teniendo claro que el derecho se aplica interpretándolo y en este tema las técnicas de interpretación juegan un papel preponderante.



CONSIDERACIONES LEGALES

La nueva legislación panameña, siguiendo las modernas corrientes doctrinales sobre la desprisonalización, ha incorporado además del reemplazo de las penas cortas de privación de libertad, las penas sustitutivas tal como aparecen contempladas en el artículo 50 del Código Penal y reguladas en los artículos 63 y subsiguientes, entre las cuales se consagra expresamente el Trabajo Comunitario.

En dicho articulado se estipula de manera específica un cómputo de tiempo que interpretado en forma amplia y en perjuicio del condenado haría imposible la utilización de dicha figura penal, al señalar que "Se computará a favor del sentenciado un día de prisión por cada cinco días de trabajo" (art. 65). Por otro lado, nos encontramos con otra norma que, al regular de manera general el incumplimiento de penas, pareciera que es más favorable, al establecer el artículo 62 que:

Artículo 62. En caso de incumplimiento de las penas, el Juez de Cumplimiento deberá aplicar las siguientes reglas:

1.
2.
3.
4.
5. Un día de prisión por un día de trabajo comunitario.
- 6.....

De dicha norma se deduce que si el sentenciado se le ha impuesto la pena de trabajo comunitario y la incumple, deberá convertírsele un día de trabajo comunitario no cumplido por un día de prisión y *a contrario sensu* podría pensarse que esta opción pareciera una alternativa más viable para aplicar el sustitutivo solicitado en esta ocasión. Sin embargo, la estipulación prevista en el artículo 65 del Código Penal es más específica y si se sabe interpretar en forma restrictiva y a favor del sentenciado como lo prevén los principios generales de derecho procesal penal es, a nuestro entender totalmente aplicable, pero considerándola de manera contraria, ***a fin de poder ajustarse a la pena máxima impuesta y no rebasarla más allá de lo dispuesto.***

Es esta la interpretación que hemos preferido al considerar que con ello se cumplen los ***finés de la pena*** y la ***prevalencia de los principios*** por encima de las normas jurídicas siguiendo el criterio doctrinal que: *"No hay pues ni puede haber normas jurídicas contrarias a los principios normativos porque estos son para ellas el fundamento imprescindible de su validez y obligatoriedad. Lo propio de un principio jurídico es excluir o negar las normas que albergan valores de sentido contrario"*¹

La realidad es que, al proceder a efectuar la conversión de la pena, en algunos ocasiones los juzgadores han considerados que la pena de prisión se

¹ Hernández Carrasquilla, Juan. Principios y Normas Rectoras del Derecho Penal. Grupo Editorial Leyer . 2a. Edición. Pág. 81



debe reemplazar por la misma cantidad de días de trabajo comunitario. De tal manera que si convertimos, por ejemplo, cinco (5) años o sesenta (60) meses de prisión a trabajo comunitario serían mil ochocientos (1,800) días de trabajo comunitario, que al hacerlos efectivos, considerando que trabaje como mínimo cinco días a la semana, serían en total mas de seis (6) años y medio de trabajo comunitario. Frente a esa posición somos del criterio, que dicha interpretación tan amplia sobre la normativa aplicable al caso, violenta a todas luces el *principio de interpretación restrictiva* que constituye uno de los principios rectores del derecho penal, al establecer la norma procesal penal aún vigente (art. 1948 C.J.) que **“*Toda norma que limite la libertad personal... será interpretada restrictivamente.*”** así como el nuevo Código de Procedimiento Penal de corte acusatorio (art. 21 CPP) al prever que: **“*Las disposiciones de este Código que restrinjan la libertad de la persona investigada e imputada y las que limiten sus derechos fundamentales serán aplicadas de modo restrictivo.*”**

Es cierto que la norma que regula el trabajo comunitario no establece, como si sucede en los supuestos de las penas principales, un máximo ni un mínimo, tal como lo prevén también otras legislaciones, pero lo que resulta incuestionable, es que, si lo que se busca es cumplir con los fines de la pena, dicha sustitución jamás podrá ser en menoscabo del sentenciado, por ende, ***no debería rebasar la pena***

principal impuesta. Por otro lado, si la norma señala que deberá computarse cada cinco días de trabajo por un día de prisión y además, es el Juez de Cumplimiento el que deberá señalar ***los días, el modo y el tiempo en que deberá cumplir esa pena,*** ello implica que es potestad discrecional del Juzgador que va a realizar esa sustitución de pena, señalar o establecer cuántos serán los días de trabajo comunitario, además del modo y lugar donde la realizará, teniendo claro lo que si contemplan otras legislaciones, como por ejemplo España, que: *“Para determinar la duración de la jornada y el plazo en que deberán cumplirse se tendrán en cuenta las cargas personales o familiares del penado, así como en su caso, sus circunstancias laborales”..²*

En cuanto a la competencia de los Jueces de Cumplimiento, que incluso consideramos ya debería estar funcionando en toda la República, como se hizo en el Segundo Distrito Judicial, pues no se requiere que entre en vigencia el nuevo modelo procesal de corte acusatorio, para que realicen su labor en esa fase de ejecución de las penas y medidas de seguridad, los artículos 65 y 67 del Código Penal vigente contemplan que:

“Artículo 65. El trabajo comunitario podrá ser aplicado por el Juez de Conocimiento o por el Juez de Cumplimiento a quien ha sido condenado o esté cumpliendo una pena que no exceda de cinco años de prisión.

² BLAY GIL, Ester. La Pena de Trabajo en Beneficio de la Comunidad. Tesis doctoral. Universidad Autónoma de Barcelona. Pág.207



En el segundo supuesto, será necesario el visto bueno de la Junta Técnica Penitenciaria.

Artículo 67. Antes de iniciarse la ejecución del trabajo, el Juez establecerá las condiciones y los días en que deba prestarse.

El Juez de Cumplimiento podrá suspender el trabajo comunitario si el sentenciado viola las condiciones establecidas sobre el tiempo, modo y lugar en que deba prestar el servicio; en consecuencia, el sentenciado tendrá que cumplir el resto de la pena que le fue impuesta.”

De la normativa anterior se desprende, ante todo, que dicha decisión jurisdiccional es una facultad discrecional del Juzgador por lo que deberá esbozar las razones que lo llevan a conceder o negar el sustitutivo de pena solicitado. Por otro lado, está la exigencia legal, que ya no depende del Juzgador sino del querer del legislador y de los convenios internacionales de derechos humanos, que para otorgar dicha medida es imprescindible que el sentenciado a beneficiarse con dicha medida, **exprese por escrito que acepta ese sustitutivo de pena**, para evitar que el mismo se convierta en una especie de trabajo forzado, totalmente prohibido por los convenios internacionales antes aludidos, tal como lo prevé el párrafo segundo del artículo 65 antes citado al estipular que:

“Todo trabajo comunitario requerirá del consentimiento escrito del beneficiario y solo se realizará en instituciones públicas

de salud o educativas o en casos de calamidades.”

De igual forma, se requiere que la pena a sustituir no exceda de cinco (5) años de prisión, pero si ya está cumpliendo pena se requiere adicionalmente que la Junta Técnica Penitenciaria emita su apreciación sobre dicha solicitud.

Si el sentenciado se encuentra en libertad en razón de alguna medida cautelar alterna a la prisión preventiva que le fuera concedida por las autoridades judiciales competentes no se requiere del visto bueno de la Junta Técnica Penitenciaria, pero lo que si se exige es el consentimiento expreso del sentenciado para que se le sustituya la pena de prisión impuesta por el Trabajo Comunitario, el cual deberá llevarlo a cabo en instituciones públicas de salud, educativas o en otros áreas que hayan sido afectadas por algún tipo de calamidades, tal como lo contempla la ley.

Sobre ese punto no hay mayores discrepancias, el problema radica en la conversión de la pena principal a dicha pena sustitutiva, lo que nos lleva a adentrarnos al examen minucioso y pormenorizado de la naturaleza jurídica de esta nueva figura penal, atendiendo principalmente a la doctrina y al derecho comparado.

NATURALEZA JURÍDICA

Partimos señalando que el Trabajo Comunitario es una sanción punitiva que como tal tiene que



fundamentarse en los fines de la pena, por ello al atender cada caso en particular el Juzgador deberá considerar la posibilidad que el sentenciado pueda tener la oportunidad de pagar su pena en una forma menos gravosa para él y su familia que, de una u otra forma, se verá afectada con su privación de libertad en un centro carcelario, teniendo presente que existen otras opciones que le permitan al reo cumplir con el compromiso generado con su actuar delictivo frente a la sociedad que se ha visto afectada directa o indirectamente con el hecho punible cometido y a su vez recapacitar sobre las consecuencias que provocó con dicha acción, a fin de poder ser reincorporado a la sociedad con plena conciencia de que debe enmendar su comportamiento futuro.

Así lo han considerado algunos estudiosos de esta materia al señalar que esta forma de sanción permite que *“el condenado al tiempo que realiza el trabajo en beneficio de la comunidad adquiera o desarrolle hábitos de trabajo y habilidades que le permitan obtener un empleo o resolver adecuadamente situaciones de conflicto social. En el peor de los supuestos imaginables, al menos facilitaría el contacto del condenado con personas que, por la función que cumplen en la sociedad, pueden encarnar modelos prosociales y, de esa forma, evidenciar ante los ojos del condenado otras formas más constructivas de convivencia social que el mismo puede experimentar mediante la realización de una prestación en beneficio de la comunidad que contribuya a cambiar sus*

*actitudes y comportamientos.”*³

Con esta finalidad se establece en nuestra normativa penal la figura del Trabajo Comunitario, que al principio era poco utilizada por los juzgadores, pero en la actualidad se está solicitando con mayor frecuencia por los defensores, en aras de cumplir la pena en aquellos casos que la ley permita, fuera del recinto carcelario, dejando de ser el reo una carga más para el Estado y, a la vez que mantiene el vínculo con su familia le sirve a la comunidad que se vio afectada con su actuar ilícito.

No obstante, el problema de esta figura penal se produce cuando se debate sobre el *quantum* de los días de trabajo comunitario que debe imponerse al beneficiario con esta medida, pues somos conscientes que dicho tema no está debidamente desarrollada en su ejecución, por lo que insistimos debemos adentrarnos a comprender su naturaleza jurídica y consiguiente viabilidad en nuestro medio, teniendo presente lo previsto en el Manual de Principios Básicos y Prácticas Prometedoras en la Aplicación de Medidas Sustitutivas del Encarcelamiento, preparado por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) cuando al referirse a este tipo de pena señala que: *“Si la ley prevé algún tipo de trabajo comunitario como condena no privativa de la libertad debe también exigir que el juez determine el número total de las horas que han de trabajarse y, si el poder judicial no ha aprobado un protocolo*

³ González Tascón, María Marta. Estudio Teórico y práctico de la pena de trabajo en beneficio de la comunidad. Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado <http://publicacionesoficiales.boe.es> Pág.223



adecuado (que cumpla las reglas y normas sobre derechos humanos), debe también limitar el número máximo de horas de trabajo que puede exigirse a una persona sometida a una condena de este tipo por día y semana.”

Históricamente el trabajo comunitario fue planteado como un sustitutivo que se aplicaría cuando el sentenciado a días multa no podía cumplir con ese pago. Es decir, que se estableció originalmente como sustitutivo de la multa total o parcialmente insatisfecha, en aquellos supuestos donde quedaba acreditado que cuando el reo no podía pagar la multa impuesta o solamente podía cubrir una parte de ella, ésta sería “sustituida por la prestación de trabajo no remunerado a favor de instituciones públicas educativas o de asistencia social”. De esta forma, cada día de trabajo saldaría un día multa.

Ahora bien, el trabajo en favor de la comunidad, que “constituye una novedad en nuestro derecho penal”, no se trata, evidentemente, de trabajos forzados, sino de una medida que beneficia directamente al reo y a la sociedad. En otros términos, la sustitución no es una gracia que el Juzgador puede conceder o negar libremente al infractor, sino un medio para satisfacer las necesidades de la readaptación social, no menos que las correspondientes a la seguridad y la paz pública, así como a los intereses legítimos del ofendido. Todo eso deberá tomar en cuenta el Tribunal a la hora de decidir sobre la sustitución en cada caso concreto, teniendo presente

cuál es el fin de la pena y, si al aplicar un sustitutivo de pena a cada caso en particular, se cumple con ese fin, tal como lo prevé nuestra Carta Magna al establecer en su artículo 28 que **“El sistema penitenciario se funda en principios de seguridad, rehabilitación y defensa social. Se prohíbe la aplicación de medidas que lesionen la integridad física, mental o moral de los detenidos.”**

Este principio exige que todas las acciones que impliquen sanción se dirijan precisa y claramente a la readaptación social del sujeto. Si bien no existe disposición clara, cuál es el máximo de trabajo comunitario que se puede imponer en reemplazo de la pena a sustituir, de los principios generales, la interpretación integral de la normativa penal relativa al régimen de las penas, así como la lógica jurídica nos permiten inferir que la duración extrema del tratamiento penitenciario: **no podrá exceder de la correspondiente a la pena de prisión sustituida.** Es inconcebible e ilógico que el juzgador o la autoridad ejecutora puedan seguir ejerciendo autoridad cuando ha transcurrido el tiempo previsto en la condena.

El trabajo en favor de la comunidad consiste en la **prestación de servicios no remunerados, en instituciones públicas de salud y educativas o en aquellos supuestos en que por razón de una calamidad se requiera un servicio especial por parte del Estado.** Esta disposición contiene varios elementos relevantes. Se trata de una actividad laboral,



una “prestación de servicios”, no una actividad recreativa o educativa personal: es preciso, entonces, que haya dos sujetos en una relación: el reo que presta el servicio, es decir, quien cumple el trabajo, y la persona (institución, pero a la postre individuos, beneficiarios inmediatos o mediatos del trabajo) en cuyo favor se desempeña ese servicio, aquél a quien se sirve. El reo no percibe remuneración alguna por su trabajo, a diferencia de lo que puede suceder en los supuestos de libertad bajo tratamiento o semilibertad.

Además, no puede ser beneficiaria del servicio cualquier persona, puesto que se trata de un trabajo “en favor de la comunidad”, con determinadas limitaciones y características propias de dicha institución penitenciaria. Se quiere, en suma, que la actividad laboral sea útil para la comunidad en la que vive el reo y que no implique explotación alguna o aprovechamiento lucrativo del trabajo del sujeto. Por eso el legislador optó por reducir el espacio de los servicios a las instituciones públicas (no particulares, aunque preste el mismo servicio) de salud o educativas y aquellos supuestos que, por razón de una emergencia nacional requieran los servicios de las instituciones del Estado.

Resulta también de suma importancia considerar que el trabajo ordenado por la autoridad judicial penal, que, como se ha dicho, es gratuito, permita al interesado -que se mantiene en libertad- la obtención de recursos necesarios para su propia subsistencia y la de sus dependientes

económicos y lo más relevante, que no vulnere la dignidad de condenado, tal como lo dispone la propia norma al señalar expresamente que **“El trabajo no atentará contra la dignidad del sentenciado”**, no es explotarlo por su condición de reo, ni exhibirlo como tal, es aprovechar su potencial, su capacidad laboral y por otro lado crearle conciencia que tiene un compromiso con la comunidad a la que afectó con su actuar ilícito a la que deberá reinsertarse libremente y convencido que deberá sujetar su vida y su comportamiento a las normas que la sociedad le impone.

Por tanto, si el trabajo comunitario conlleva que, primero debe asegurarse que el sentenciado se provea de los recursos necesarios para su propia subsistencia y la de sus dependientes económicos y luego cumpla con su deber para con la comunidad, resulta entonces necesario determinar cuál sería el tiempo máximo para que el reo cumpla con la pena impuesta y cuáles son las condiciones y modo como deberá cumplir con esa pena. Para ello, en atención al derecho comparado, como uno de los elementos auxiliares de la interpretación de las normas jurídicas, se podría válidamente utilizar el criterio en que se fundamentó la legislación mexicana al regular esta materia, al disponer, por ser lo más justo, que debía atenderse lo que regulaba el Código de Trabajo en materia de tiempo extraordinario, regulación que nos parece no solo viable sino totalmente justa, por tratarse del mismo tipo de pena sustitutiva.

En efecto, según la reforma de



1983, el Código Penal Federal de ese país en el artículo 27 al regular esta materia dispuso que el trabajo comunitario se llevase a cabo “en jornadas dentro de periodos distintos al horario de las labores que representen la fuente de ingreso para la subsistencia del sujeto y su familia, sin que pueda exceder de la jornada extraordinaria que determine la ley laboral”. Asimismo, “la extensión de la jornada de trabajo será fijada por el juez tomando en cuenta las circunstancias del caso”.

Dicha legislación tomó en cuenta lo dispuesto en el apartado A) del artículo 123 de su normativa constitucional donde se estipulaba que “en ningún caso el trabajo extraordinario podrá exceder de tres horas diarias, ni de tres veces consecutivas”. Este mismo criterio se mantuvo en el Código Penal del Estado de México al estipular el artículo 39 que: “El trabajo en favor de la comunidad consiste en la prestación de servicios no remunerados, preferentemente en instituciones públicas educativas y de asistencia social o en instituciones privadas asistenciales y se desarrollará en forma que no resulte denigrante para el sentenciado, **en jornadas de trabajo dentro de los periodos distintos al horario normal de sus labores, sin que exceda de la jornada extraordinaria que determine la ley laboral** y bajo la orientación y vigilancia de la autoridad ejecutora.” (el resaltado es nuestro)

Tal como lo venimos planteando, nuestra normativa penal no contiene mayores detalles sobre la forma y presupuestos que debe tomar en cuenta

el Juzgador para aplicar el sustitutivo de pena de trabajo comunitario, pero le deja al Juez la facultad para hacerlo, por lo que no vemos inconveniente que, de igual forma que la legislación comparada se tome en cuenta los derechos humanos y en especial **el derecho de todo individuo a gozar de un trabajo remunerado que le permita satisfacer sus necesidades básicas y la de su familia (art. 66 C.N.)** y de igual forma cumplir con la pena impuesta por el hecho cometido pagando, en un horario adicional, con trabajo al servicio de la comunidad, para lo cual deberá considerarse que esa jornada extraordinaria deberá ajustarse a lo dispuesto en nuestras normas laborales, lo que nos lleva a atender lo dispuesto en el artículo 36 del Código de Trabajo, que en su numeral 3º estipula que “**No se puede trabajar más de tres horas extraordinarias en un día ni más de nueve en una semana**”, lo que implica que no puede trabajar más de tres veces a la semana.

Así las cosas, para aplicar el sustitutivo solicitado se hace necesario que se produzca un reenvío penal a la ley laboral, que a su vez, como norma aplicable al trabajo extraordinario en general, impone una restricción considerable al trabajo en favor de la comunidad. La letra de estas disposiciones nos lleva a una conclusión: sólo se puede realizar el trabajo en favor de la comunidad durante tres horas diarias. En consecuencia, ésta deberá ser la jornada que menciona el ordenamiento penal, para los efectos del cómputo de las sanciones, **atendiendo a las necesidades de descanso,**



convivencia familiar y recreación del trabajador -que se hallan en el fundamento de estas restricciones- y, por ende, sólo sería posible trabajar en favor de la comunidad **tres veces en una semana y durante tres horas diarias máximas**, como regla general. Es decir, que esta jornada de labor a favor de la comunidad se integra con tres horas de trabajo, después de las horas ordinarias de trabajo del sentenciado, independientemente que tales horarios podrían ajustarse dependiendo del tipo de trabajo y de la jornada que tenga cada trabajador en particular, pues algunos trabajan medio tiempo o de manera independiente.

De no considerar estos aspectos las consecuencias serían iguales a los que se han vertido en la doctrina al plantearse que: *“su ejecución prolongada puede aparejar la pérdida del puesto de trabajo del cual el condenado y los suyos derivan el sustento, amén de tornarla un castigo inhumano. Por eso es preferible que solo se ejecute durante el tiempo libre del infractor después de su jornada laboral, los días de fiesta y a los fines de semana, sin descontarle al penado su horario religioso -como tiene que suceder en un país pluralista en materia de creencias de esta índole- como se dispone en el derecho inglés”.*⁴

Lo que si consideramos importante es fijar criterios justos y generales como marco de referencia dentro de los cuales deberá ajustarse la jornada de trabajo en la que el sentenciado deberá cumplir

la pena sustituida, debidamente vigilado y supervisado por el Juez de Cumplimiento, tal como lo prevé el artículo 66 del Código Penal, al disponer que:

Artículo 66. Para la aplicación de lo establecido en el artículo anterior, la autoridad competente velará por el cumplimiento de las siguientes condiciones:

1. La ejecución se desarrollará bajo la supervisión del Juez de Cumplimiento, quien solicitará informes periódicos sobre el comportamiento del sentenciado y el desempeño del trabajo a la administración, entidad pública o asociación en que se preste el servicio.
2. El trabajo no atentará contra la dignidad del sentenciado.

Se consigna de manera clara que el trabajo comunitario se desarrollará “bajo la supervisión del Juez de Cumplimiento”. El tratamiento se realiza bajo la vigilancia, orientación y cuidado de la autoridad ejecutora. No sobra destacar, ahora y siempre, que la buena supervisión de las medidas en libertad constituye la piedra fundamental del nuevo sistema de penas establecidas en nuestra legislación penal, siguiendo las modernas corrientes doctrinales sobre esta materia. De allí la importancia de dotar a estos Tribunales con el personal adecuado que los apoye en esa labor resocializadora, pues, tal como lo han señalado los expertos, si no se cuenta con definiciones claras sobre las

⁴ VELÁSQUEZ V, Fernando. Manual de Derecho Penal. Parte General. 5a. Ed. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. Bogotá. 2013. pág. 692



medidas, con el apoyo y supervisión competente por parte de la autoridad, el régimen de sustitución no alcanzará el éxito que se necesita.

Ahora bien, contrario al cómputo que hemos observado realizan algunos juzgadores para sustituir la pena de prisión por el trabajo comunitario consideramos que la fórmula a aplicar siguiendo la propia norma especial que señala que **“Se computará a favor del sentenciado un día de prisión por cada cinco días de trabajo”** dicha sustitución deberá efectuarse a favor del procesado, por ende, en aquellos supuestos donde la pena impuesta sea, por ejemplo de 60 meses -que es el máximo de la pena de prisión que permite el reemplazo por Trabajo Comunitario- los que en concepto de días representan 1800 días de prisión, nuestro criterio es, por ser lo mas favorable, entendible y lógico que no se multipliquen sino que se proceda a dividir, quedando los días de trabajo comunitario a cumplir en 360 días, ya que de incumplir dicho sustitutivo, tendría que volver a pagar con días de prisión (los originalmente impuestos), en base a la tabla de equivalencia **que**

asimile un día de prisión por cada cinco días de trabajo. De usarse esa fórmula que es, la que hemos utilizado como Tribunal de segunda instancia, en esa fase de ejecución, a razón de tres (3) días por semana darán un total de 120 semanas, lo que totaliza dos años y medio que el sentenciado deberá trabajar en favor de la comunidad, de lo cual deberá descontarse los días de prisión que estuvo en detención preventiva, si así fuere el caso.

Ese ha sido el criterio y la ponderación que como juzgadores hemos sostenido por considerar que solo así se cumple con el fin de la pena, que debe ser el norte que debemos atender cuando imponemos cualquier tipo de sanción punitiva. No es sustituir por sustituir una pena, sin atender las consecuencias, no solo jurídicas sino reales o prácticas de lo que dicho instituto penal se espera, teniendo presente que a la sociedad lo que le interesa es la certeza del castigo que la severidad de las penas. De nada vale, para los fines de prevención general un sistema con penas severas que no se cumplen.

CONCLUSIONES

Al final de lo expuesto podemos colegir que el Trabajo Comunitario surgió en otras legislaciones como España y México, como un sustitutivo de pena de días multa, al no poder cumplir con el pago de multa impuesta, sin embargo nuestra legislación la acogió principalmente para sustituir la pena de prisión, en aquellos delitos

cuya pena no rebasara los cinco años (5) años de prisión, pero al final tiene como fundamento el mismo fin de la pena: evitar que el sentenciado tenga cumplir la pena principal impuesta en un recinto carcelario con todos las consecuencias que de ello se derivan.

Es un hecho innegable que nuestra



legislación penal al establecer la figura del Trabajo Comunitario presenta algunas situaciones que podrían catalogarse como contradictorias, lo que ha motivado la confusión en su aplicación, por lo que el juzgador, a quien le corresponde aplicar la ley debe examinarla en base a los principios y técnicas de interpretación que doctrinalmente conocemos como lo son: la interpretación teológica donde están incluidos, la *ratio legis* y el derecho comparado, así como el principio de *interpretación restrictiva* que aparece como uno de los principios rectores del derecho penal, recogido expresamente en nuestra legislación.

De allí entonces que al aplicar el trabajo comunitario como sustitutivo de pena es necesario considerar

que nunca debería rebasar la pena principal impuesta y además debe reunir los requisitos exigidos como el hecho de ser voluntario, por tanto requiere el consentimiento expreso del sentenciado, porque de lo contrario sería trabajo forzado, prohibido en todos los convenios internacionales de derechos humanos, que se trata de un trabajo a favor de la comunidad, sin remuneración alguna, por tanto debe realizarse fuera de las horas laborables que le permitan al reo atender sus necesidades personales y el de sus dependientes económicos, por tanto deberá asimilarse a las horas extraordinarias y para ello deberá acogerse lo dispuesto en el Código de Trabajo nacional en concordancia con las normativa constitucional e internacional del derecho al trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

- BLAY GIL, Ester. La Pena de Trabajo en Beneficio de la Comunidad. Universidad Autónoma de Barcelona. Tesis doctoral. 2006. Disponible electrónicamente en <http://www.tdx.cat/bitstream/10803/5084/1/ebg1de1.pdf>
- GONZÁLEZ TASCÓN, María Marta. Estudio Teórico y Práctico de la Pena de Trabajo en Beneficio de la Comunidad. Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado. Disponible electrónicamente en <http://publicacionesoficiales.boe.es> http://www.institucionpenitenciaria.es/web/export/sites/default/datos/descargables/publicaciones/Estudio_textrico_y_prxctico_de_la_pena_de_TBC_acc.pdf
- HERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. Principios y Normas Rectoras del Derecho Penal. Grupo Editorial Leyer. 2a. Edición. Santa Fe de Bogotá. Colombia. 2000.
- VELÁSQUEZ V, Fernando. Manual de Derecho Penal. Parte General. 5a. Ed. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. Bogotá, Colombia. 2013.
- OFICINA DE NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA y EL DELITO. Manual de principios básicos y prácticas prometedoras en la aplicación de medidas sustitutivas del encarcelamiento. Serie de Manuales



- de Justicia Penal. Noviembre de 2010.
- Constitución Política de la República de Panamá. Reformada por los actos reformativos de 1978, Acto Constitucional de 1983 y Actos Legislativos de 1993, 1984 y julio y octubre de 2004.
- Código Penal de Panamá. Modificada por la Ley 1 de 2011. Editorial Mizrahi & Pujol S.A.. Actualizado en marzo de 2011.
- Código Procesal Penal aprobado por la Ley 63 del 28 de agosto e 2008.
- Código Penal Federal de México. (Adicionado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 13 de enero de 1984)
- Código Penal del Estado de México.



IDALIDES PINILLA GUZMÁN

en Derecho Procesal con Mención de los Principios Constitucionales que fundamentan el Sistema Acusatorio; Curso de Capacitación Virtual sobre Tribunales de Tratamiento de Drogas Centro de Estudios de la Justicia de las Américas (CEJA JSCA).

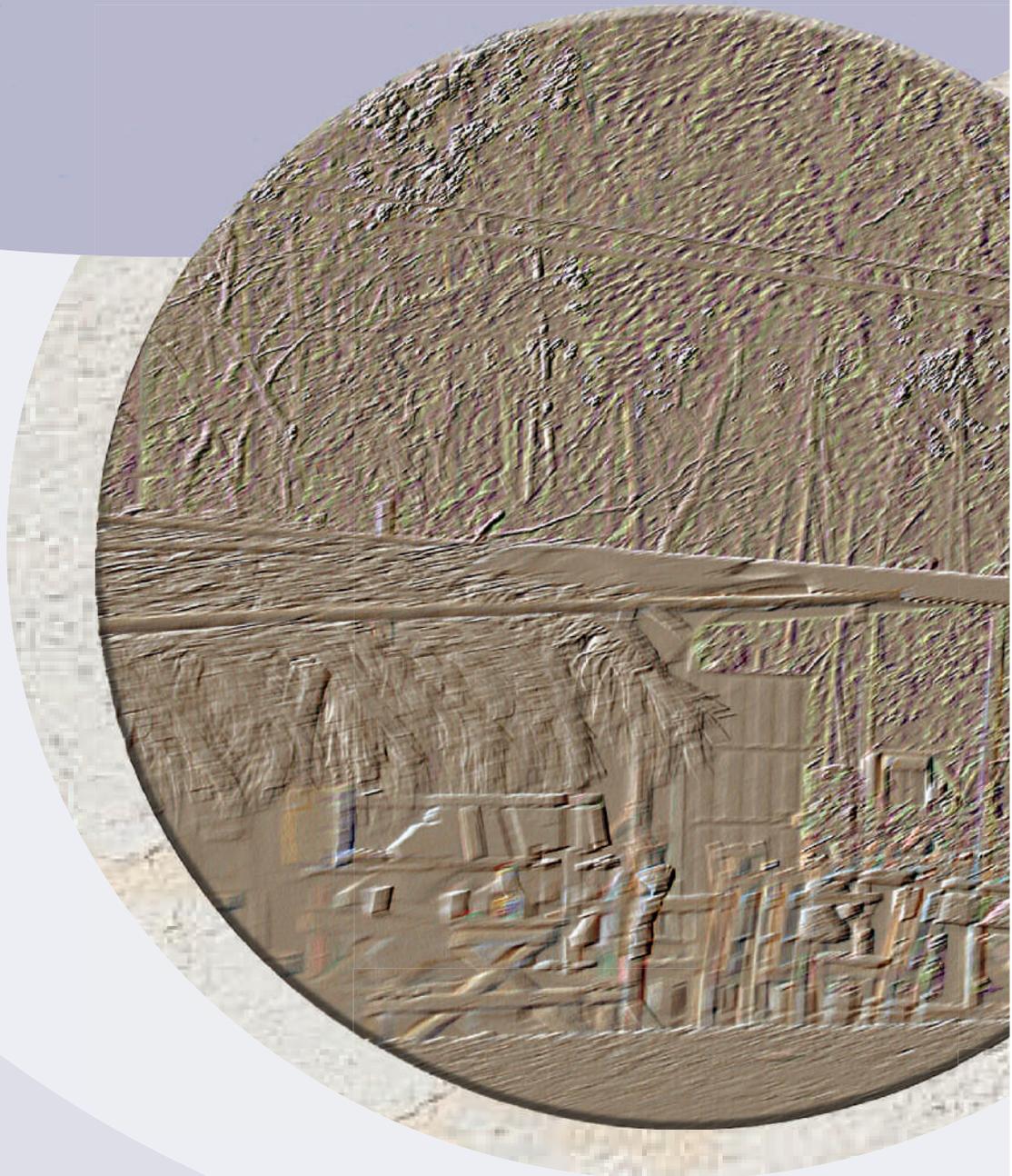
Ha ejercido la profesión de abogada de manera privada y en el Órgano Judicial desempeñó diversos cargos. Actualmente es Magistrada del Tribunal Superior del Segundo Distrito Judicial (Civil y Penal) -Por concurso de mérito-

Es profesora de Derecho en la Universidad de Panamá, Sede Coclé y en otras universidades; Coordinadora Ad-Hoc de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá, Sede Coclé; Miembro de la Comisión Técnica encargada de la Revisión de los Códigos Penal y Procesal Penal de la República de Panamá y conferencista en distintos foros.

Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Panamá, y Profesora de 2a Enseñanza con Especialización en Derecho y Ciencias Políticas; Postgrado en Docencia Universitaria. Magistra en Derecho con Especialización en Ciencias Penales, y en Nuevos Delitos Penales por la Universidad del Salvador. Buenos Aires, Argentina convalidado por la Universidad Complutense de Madrid, España; Diplomado de Metodología y Técnicas de Investigación a Nivel Superior; Posgrado



El Archivo Provisional en el Proceso Penal Acusatorio



Ismael González

Magistrado del Tribunal Superior de Apelaciones del Segundo Distrito Judicial
Correo electrónico: ismael.gonzalez@organojudicial.gob.pa

EL ARCHIVO PROVISIONAL EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO

Resumen

El Archivo Provisional es la facultad que se otorga a la Fiscalía para archivar aquellas investigaciones en las que no aparecieran antecedentes que permitan desarrollar actividades y diligencias para el esclarecimiento de los hechos, la posible vinculación de una o más personas a esos hechos o cuando la acción no constituya delito alguno, instituto que recoge el Código Procesal Penal, cuyo control corresponde al Juez de Garantías en audiencia, cuando la víctima o querellante se opone oportunamente a esa medida procesal.

Summary

The Provisional Archive is the power granted to the Prosecutor's office to file those investigations which contains no record that will allow them to carry out activities and measures to clarify the facts, the possible connection of one or more persons to those events or if the action does not constitute a crime, institute that collects the Criminal Procedure Code, controlled by the supervising judge, when the victim or complainant timely opposes such procedural measure.

Palabras Claves

Archivo provisional, sistema penal acusatorio, instituto procesal, Código Procesal Penal, Juez de Garantías, Tribunal Superior de Apelaciones, Fiscal, víctima, querellante, audiencia, plazo, debido proceso, principio de legalidad, tutela judicial efectiva.

Keywords

Provisional file, adversarial criminal justice system, institute proceedings, Code of Criminal Trial Judge, Superior Court of Appeals prosecutor, victim, complainant, audience, time period, due process, rule of law, effective judicial protection.



ASPECTOS GENERALES

En la última década, nuestro país dio inicio a un proceso de cambio de políticas públicas destinadas a la modernización y adecuación del sistema judicial, particularmente en materia penal, a los principios básicos y fundamentales propios de un Estado de Derecho Democrático, buscando incorporar los derechos humanos y los estándares internacionales relativos al proceso penal, a los sistemas de administración de justicia, así como adecuarlos al desarrollo social, económico, político y cultural experimentado por la sociedad panameña.

Con ese norte, se promulgó la Ley 63 de 28 de agosto de 2008, por medio de la cual se adoptó el Código Procesal Penal, con la finalidad de implementar un sistema de justicia criminal que tiene como ejes centrales a la eficiencia, transparencia, imparcialidad, accesibilidad y el respeto por los derechos fundamentales de las personas sometidas a un proceso penal, incluyendo la víctima y todos los demás intervinientes en determinada causa penal.

La Reforma Procesal Penal significó un cambio de paradigma respecto al antiguo modelo de justicia criminal vigente en el país, de corte inquisitivo, que se caracterizaba por ser predominantemente escrito y secreto, con un fuerte predominio del principio de legalidad, que implicaba el deber de ejercer la acción penal pública cada vez que se tuviera

noticia de un hecho que revistiere los caracteres de delito y de proseguir con el procedimiento iniciado, mientras no se hubiere acreditado la existencia del mismo, ni concurrieren razones legales que extinguieran o excluyeran la responsabilidad del imputado; donde la investigación, acusación y decisión de un caso penal estaba carente de la oralidad, contradicción, bilateralidad, inmediación, publicidad y concentración, entre otros principios, porque abogaban la doctrina, las principales reformas penales de Latinoamérica y la jurisprudencia más reciente.

Contrario a ese régimen de enjuiciamiento penal, nace el nuevo Código Procesal Penal, que consagra un sistema predominantemente acusatorio y adversarial, en el que la investigación y acusación de los hechos constitutivos de delitos, se encuentran en manos del Ministerio Público, en su calidad de organismo autónomo encargado de la persecución penal del Estado (art.220 C.N y arts. 68 y 276), con control jurisdiccional de sus actos de investigación (previo o posterior) del Juez de Garantías, con amplia y eficiente protección del derecho de defensa en favor del indiciado, imputado o acusado; pero tomando en cuenta los derechos de la víctima, con marcada tendencia a la aplicación efectiva de los métodos alternos de solución del conflicto penal, facilitando así la restauración de la armonía y la paz social, privilegiando el principio de mínima aplicación del derecho penal, es decir, cuando no es posible usar otros mecanismos de control



social, quedando la pena como última ratio, bajo criterios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad de la misma, conforme lo establecen los artículos 2, 3, 6 y 7 del Código Penal.

Una de las innovaciones fundamentales del nuevo sistema de justicia penal, estriba en abandonar el estricto e incondicional apego al principio de legalidad absoluta, propio del sistema inquisitivo, toda vez que se le conceden facultades discrecionales al Ministerio Público para gestionar de manera adecuada, su carga de trabajo y racionalizar el uso de los recursos del sistema penal. Así, se establecieron ciertos institutos procesales, que tienen inmersas facultades discrecionales, entre ellos, el llamado principio de oportunidad reglado o criterio de oportunidad (art. 212), los acuerdos (art. 220) y el archivo provisional (art. 275), todos instituidos con la finalidad de focalizar la persecución penal en hechos punibles que, en realidad, tengan cierta relevancia penal y social (art. 2 C.P.).

Y es que, sobre el punto de la racionalización del uso de los recursos propios de la justicia penal, se debe ponderar y reconocer que existe un presupuesto económico limitado y que la justicia criminal siempre estará enfrentada a más delitos de los que puede investigar, por tanto, deben valorarse los posibles daños a la sociedad que producen esos delitos, así como la conveniencia que esos hechos se aclaren y sean sancionados sus autores, sin que ello se traduzca en la no vigencia del principio de

legalidad que enmarca el artículo 31 de la Constitución Política, los artículos 4, 9 y 13 del Código Penal y 2 del Código Procesal Penal.

EL ARCHIVO PROVISIONAL

En la doctrina podemos encontrar diversos autores que desarrollan el instituto procesal del Archivo Provisional en materia penal, no obstante, nos interesa la definición que brindan Mauricio Duce y Cristián Riego, en su obra Derecho Penal, Editorial Jurídica, pp.177, desde la perspectiva de la legislación chilena, indicando que: *“el archivo provisional es facultad discrecional del Ministerio Público, que tiene una directa incidencia en la selección de casos que se realice en aras de la eficiencia y eficacia del sistema, demanda una decisión que, en parte significativa, debe hacerse en momentos tempranos de la persecución penal”*.

En este caso, nos importa desarrollar el instituto procesal del Archivo Provisional, acorde a su regulación en el artículo 275 del Código Procesal Penal, el que ofrece al Fiscal la potestad de disponer el archivo del caso, previa motivación de las razones que lo inducen a ese archivo, acorde a los artículos 22 y 73 del mismo Código, ante los supuestos siguientes :

- Si no ha logrado individualizar al autor o partícipe del hecho investigado.
- Cuando sobreviene la manifiesta imposibilidad de reunir elementos de convicción



para determinar el hecho y la vinculación de una o más personas con ese ilícito.

- Si se determina que el hecho investigado no constituye delito.

Del texto de la norma aludida se desprende que en los dos primeros supuestos, se podrá reabrir la investigación, si con posterioridad, surgen nuevos elementos que permitan identificar o individualizar a las personas vinculadas con el hecho punible, esto es, que se incorporen a la investigación sus generales personales (entre ellas, nombres, apellidos, documentos de identidad personal, nombres de sus padres, fecha de nacimiento, así como sus señas físicas y particulares), de forma tal que no exista duda alguna sobre su identidad, lo que según el artículo 96 del Código Procesal Penal, puede darse a instancia de testigos u otros medios de prueba útiles y válidos, haciendo eco del principio de libertad probatoria a que aluden los artículos 17, 376 y 377 del referido Código.

En caso que el cierre provisional de la causa se haya dado en virtud de la imposibilidad de reunir los elementos de convicción indispensables para poder realizar la imputación y la acusación de la que hablan los artículos 280 y 340 del Código Procesal Penal; subsiste la posibilidad de obtener elementos probatorios que sean conducentes y pertinentes a la determinación de la ocurrencia del hecho punible y la plena individualización de sus autores, partícipes o instigadores de ese ilícito, mismas que por alguna razón fundada

no pudieron incorporarse a la causa y que con posterioridad al archivo, surge la posibilidad lícita de obtenerlas con miras a su reapertura.

En la práctica las personas afectadas por los archivos del proceso en los dos primeros supuestos que establece el artículo 275, optan por postular su inconformidad ante el Juez de Garantías, cuando consideramos que por la propia redacción de esa norma, la posibilidad de control ante dicho Juez, pareciera que sólo es aplicable cuando el Fiscal ordene el archivo bajo la premisa que el hecho no constituye delito. Nótese que el artículo 275, al que nos hemos referido, textualmente dice así:

“Artículo 275. Archivo provisional. El Fiscal puede disponer el archivo del caso, motivando las razones, si no ha podido individualizar al autor o partícipe o es manifiesta la imposibilidad de reunir elementos de convicción. En este caso, se podrá reabrir la investigación si con posterioridad surgen elementos que permitan identificar a los autores o partícipes.

Asimismo, dispondrá el archivo, si estima que el hecho no constituye delito, desestimando la denuncia o las actuaciones. Su decisión será revisada por el Juez de Garantías si la víctima lo solicita.” (el subrayado es nuestro)

Reconocemos que llevar a



control del Juez de Garantías, la decisión del Fiscal de ordenar el archivo del proceso en todos los supuestos que determina la norma precitada, es una interpretación que privilegia el principio de igualdad procesal y tutela judicial efectiva, donde la víctima obtiene siempre una respuesta jurisdiccional a su pretensión. Es importante destacar además, que existen sendos controles internos en el Ministerio Público, tal cual se infiere de la Resolución No.36 de 30 de agosto de 2012, de la Procuraduría General de la Nación, por medio de la cual se adoptó el Modelo de Gestión para los Despachos del Ministerio Público en los Distritos Judiciales donde se implemente el Sistema Penal Acusatorio, tema sobre el cual se destaca la opinión jurídica vertida por el licenciado Agustín Pimentel, en su calidad de Fiscal Adjunto de la Provincia de Coclé, que en lo medular indicó:

“Un primer control es el que se hace internamente por parte del Fiscal Superior Coordinador, a quien le corresponde, de acuerdo con el artículo cuarto del Modelo de Gestión, supervisar la calidad de los servicios brindados por el Ministerio Público para la resolución de conflictos, la persecución de los delitos, la protección de los intereses y derechos de la víctima y garantizar el respeto a los derechos del acusado. Por tanto, debe establecer los criterios para la aplicación de los Archivos, para asegurar la unidad de criterios de los Agentes del Ministerio Público. Este Fiscal es

quien decidirá si en definitiva una causa se archiva o no, estando facultado para desestimar la decisión del Fiscal del caso, o incluso ordenar la práctica de diligencias de investigación para el caso concreto.

Un segundo control es el contenido en la propia norma (artículo 275 del Código Procesal Penal) que contempla las posibilidades que tienen las víctimas de efectuar solicitudes y reclamos respecto a la decisión de archivo provisional. Primero, la víctima puede oponerse a la decisión adoptada por el Fiscal del caso y solicitarle la reapertura de la causa y la realización de diligencias de investigación. Segundo, de la negativa del Fiscal a la petición de la víctima, ésta puede elevar un reclamo administrativo ante el Fiscal Superior Coordinador quien luego de revisar todas las actuaciones del caso puede ordenar la modificación del archivo.”(Disponible en:<http://ministeriopublico.gob.pa/minpub/Portals/7/Articulos/ELARCHIVOPROVISIONAL.pdf>.)

Cosa distinta ocurre, cuando esa medida procesal (el archivo) se origina, en el caso que a criterio del Fiscal de la causa, la conducta endilgada a la persona denunciada o querellada, no configura delito, en los términos que exigen los artículos 13 y 24 del Código Penal, para proseguir investigando los hechos puestos en su conocimiento como posible infracción de la ley penal.



Ante ese panorama procesal, el Agente de Instrucción debe desestimar la denuncia o las actuaciones, según sea el caso; sin embargo, como se advierte que esa decisión lleva intrínseca, la imposibilidad de proseguir con la investigación, ante semejante escenario o circunstancia procesal, el legislador patrio estableció un mecanismo de control legal externo a la facultad de los fiscales de archivar provisionalmente, toda vez que el propio artículo 275 del Código Procesal Penal, en su segundo párrafo, dispone que su decisión será revisada por el Juez de Garantías, si la víctima lo solicita, dada las reglas de competencia que le ofrece el artículo 44 del mencionado instrumento legal (Cfr. fallo de 6 de julio de 2015, del Tribunal Superior de Apelaciones del Segundo Distrito Judicial).

PROCEDIMIENTO

En nuestra opinión, si la víctima o querellante hace uso de su derecho a oponerse al archivo, la Oficina Judicial deberá agendar una audiencia donde se debatirá la procedencia o no, del archivo decretado por el Fiscal, acorde lo instituye el artículo 128 del mismo Código, esto es, respetando los principios de oralidad, igualdad procesal de las partes, intermediación, publicidad, contradictorio y derecho de defensa (artículos 2,3,5,6,9,10,14,19,20,80 y 98 del Código Procesal Penal). La decisión del Juez de Garantías, deberá limitarse a la pretensión planteada y los asuntos debatidos en audiencia, dando validez al principio de congruencia, así como motivando y fundamentando su resolución, es decir, expresando los

respectivos razonamientos de hecho y derecho que la sustentan, tal como se lo exigen las disposiciones legales contenidas en los artículos 22 y 134 del precitado Código.

El artículo 275 del Código Procesal Penal que hemos venido comentando, establece que la decisión de archivo, será revisada por el Juez de Garantías, si la víctima lo requiere, pero no fija el plazo dentro del cual pueda hacer dicho requerimiento.

Considero que ante la inexistencia de un plazo determinado para que la víctima o el querellante proponga su oposición al archivo de la causa decretada por el Fiscal del caso, deberá concederse un plazo de 15 días, tal como ocurre en los casos relacionados a la aplicación del criterio de oportunidad y los sobreseimientos definitivos, donde esas medidas procesales están sujetas al control del Juez de Garantías, denotando que respecto al primero, corresponde al Ministerio Público notificar a la víctima o al querellante, acorde con la reglas de notificación estatuidas en los artículos 153 y 154 del Código Procesal Penal, de manera que tengan la oportunidad de objetar dicha medida, contando para ello, con el plazo de 15 días, tal como nos enseña el texto del artículo 214 *ibídem*.

En caso que se trate de un sobreseimiento, el artículo 352 del Código Procesal Penal, establece con meridiana claridad que el Juez de Garantías tiene la obligación de notificar a la víctima o al querellante,



con miras a que dentro de los 15 días siguientes al acto de comunicación, anuncien sus objeciones. Si se presenta oposición, corresponderá realizar la audiencia de ley, donde el citado Juez se pronunciará si procede el reenvío que habla el artículo 354 del mismo Código.

Decimos lo anterior, toda vez que ambos institutos procesales tienen características y fines que guardan similitud con el archivo provisional, en cuanto a prescindir de seguir investigando un hecho denunciado o querrellado como delito, por tanto, ante carencia de una norma que regule el plazo legal que redunde en acatar los principios del debido proceso, tutela judicial efectiva y seguridad jurídica que deben imperar en todas las actuaciones judiciales que son propias de una encuesta penal, somos de la creencia que se debe hacer uso de la facultad que ofrece al Juez o Magistrado, el artículo 144 del Código Procesal Penal, esto es, fijar plazos donde la ley no los haya

establecido, previa consideración de la naturaleza del proceso y la importancia del acto o diligencia, garantizando el derecho de las partes intervinientes y que ese plazo no resulte excesivo para los fines deseados.

Si se trata del archivo provisional o definitivo de una investigación, deviene justo y equitativo determinar que el plazo para anunciar las objeciones a esa medida sea fijado, igualmente, en 15 días, a partir de la notificación que, en este caso, debe corresponder al Juez de Garantía, tal como se estatuyó para el criterio de oportunidad y el sobreseimiento, de forma que en audiencia, el Fiscal sustente razonablemente los motivos y fundamentos del archivo de la investigación, la censura que le hace la víctima o el querellante a esa medida y se facilite al Juez de Garantías la información de calidad que necesita para decidir la procedencia o inviabilidad del citado archivo.

CONCLUSIÓN

En conclusión, la normativa contenida en el artículo 275 del Código Procesal Penal, autoriza al fiscal del caso para disponer el archivo provisional o definitivo del proceso, tomando en cuenta que de la investigación no resultan los suficientes elementos que permitan desarrollar actividades probatorias conducentes al esclarecimiento de los hechos, la vinculación de determinada persona a los mismos o que la conducta

investigada no configure delito alguno, de manera que se potencien las posibilidades de éxito de dicha investigación, con la finalidad de evitar la inversión de recursos humanos y económicos que, no obteniendo resultados positivos, a la postre desmotivaría no sólo a quien realiza las pesquisas de investigación, sino que, además, ocasionaría frustración a las personas afectadas por esos hechos.



BIBLIOGRAFÍA

- BINDER. Alberto M. "Introducción al Derecho Procesal Penal". 2da Edición actualizada y ampliada. Editorial AD – HOC. Buenos Aires. Agosto 2005.
- DUCE JULIO, Mauricio, "Selección de casos en el nuevo proceso penal", en Revista Chilena de Derecho, Santiago, Chile, Vol. 29 N° 2, 2002,
- HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián, Derecho Procesal Penal Chileno, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005
- MERA, Jorge, "Discrecionalidad del Ministerio Público, calificación jurídica y control judicial", en Informe de Investigación, Centro de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, N° 12, Año N° 4,
- RIEGO, Cristian y DUCE, Mauricio, "La etapa de investigación en el nuevo proceso penal", en Nuevo Proceso Penal, Editorial Conosur, Santiago, Chile, 2000.
- RIEGO, Cristian y DUCE, Mauricio, Mauricio Duce y Cristián Riego, "Derecho Penal", Editorial Jurídica, Santiago, Chile, 2002
- CONSTITUCIÓN POLITICA DE PANAMA, Sigma Editores LTDA., Primera Edición, abril de 2014, Armando Fuentes Rodríguez
- CÓDIGO PROCESAL PENAL, Sigma Editores LTDA., Primera Edición, abril de 2014, Armando Fuentes Rodríguez.



ISMAEL GONZÁLEZ

Acusatorio en Chile y Costa Rica.

Ingresó al Organo Judicial el 5 de junio de 1989, como Juez Municipal de Tonosí, Fue Juez Municipal del Distrito de Las Tablas, Juez Penal del Circuito de Los Santos, Juez Civil del Circuito de Coclé, Defensor Penal de Adolescentes de Herrera y Los Santos, Magistrado Suplente del Tribunal Superior del Segundo Distrito Judicial. Actualmente es Magistrado del Tribunal Superior de Apelaciones del Segundo Distrito Judicial (Coclé y Veraguas). Profesor en la Universidad de Panamá. Sede Los Santos y en la Universidad del Istmo- Las Tablas (UDI).

Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá. Posee Posgrado en Derecho Penal Acusatorio, INEJ y Maestría en Derecho Penal y Procesal Penal, INEJ. Curso Inicial para Operadores del Sistema Penal Acusatorio. Realizó Pasantías en Derecho Penal



El Órgano Judicial presenta...

Colección

SAPIENTIA

2010-2014



La Acción de Habeas Corpus en el Sistema Penal Acusatorio



Samir Tejeira

Magistrado Presidente del Tribunal Superior de Apelaciones del Segundo Distrito Judicial

Correo electrónico: samir.tejeira@organojudicial.gob.pa

LA ACCIÓN DE HABEAS CORPUS EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

Resumen

La acción de habeas corpus, constituye uno de los procesos constitucionales de naturaleza subjetiva que tutela el derecho fundamental de la libertad personal ante posibles órdenes de detención arbitrarias o cualquier medida que amenace o restrinja la libertad ambulatoria. Sin embargo, ante la adopción del sistema penal acusatorio, como nuevo modelo de enjuiciamiento criminal, resulta oportuno conocer el tratamiento que, jurisprudencialmente, se le ha dado a esta institución de garantía, desde la visión del Tribunal Superior de Apelaciones del Segundo Distrito Judicial.

Summary

Habeas corpus is one of the constitutional processes of subjective nature that protects the fundamental right of personal freedom, against possible arbitrary detention orders or any measure that may threaten or restrict freedom of movement. However, before the adoption of the adversarial criminal justice system, as a new model of criminal procedure, it is appropriate to find out the action taken by the High Court of Appeals for the Second Judicial District on this case Law.

Palabras Claves

Acción de habeas corpus, sistema penal acusatorio, institución de garantía, orden de detención, Tribunal Superior de Apelaciones, Código Procesal Penal.

Keywords

Habeas corpus, accusatorial criminal system, guarantee institution, detention order, Superior Court of Appeals, Criminal Procedure Code.

GENERALIDADES

El modelo de enjuiciamiento penal que ha regido en Panamá de corte inquisitivo o, para algún sector, de naturaleza mixta, comenzó a ser reemplazado por la recién creada Ley

No.63 de 28 de agosto de 2008, que adoptó el nuevo Código Procesal Penal, de corte acusatorio, cuya entrada en vigencia ha sido de manera progresiva en los distintos Distritos Judiciales en los que se compone nuestro país, a partir del 2 de septiembre de 2011.



Lo anterior, con la finalidad de mejorar la administración de justicia penal, contando con un sistema respetuoso de los derechos y garantías fundamentales de la persona imputada, la víctima y demás sujetos intervinientes en el proceso penal, logrando que las causas puedan ser resueltas en el menor tiempo posible o dentro de un plazo razonable, procurando con ello la solución del conflicto penal y recomponiendo la armonía y la paz social.

Ahora bien, siendo que el proceso penal acusatorio es y será el nuevo modelo de enjuiciamiento penal que se utilizará para tramitar o procesar las causas penales, surge de inmediato la interrogante de cuál será la función que cumple o seguirá cumpliendo el habeas corpus, como acción tuteladora de la libertad personal.

EL HABEAS CORPUS

Conocido es que el habeas corpus, pese a proteger la libertad personal ante posibles órdenes de detención arbitrarias, no constituye un proceso penal, sino que, por el contrario, es un proceso de naturaleza constitucional que forma parte de los llamados Procesos de Jurisdicción Constitucional Subjetiva o, conjuntamente con la acción de amparo y el habeas data, de Las Instituciones de Garantía.

En tal sentido, el habeas corpus es una acción constitucional o institución de garantía que resulta procedente contra aquellas órdenes

de detención arbitrarias, o amenazas ciertas que restrinjan o amenacen la libertad personal o ambulatoria de las personas, emitidas por servidores públicos, incluso, cuando las condiciones en las que se encuentre privada de libertad la persona, afecten su dignidad humana, integridad física, mental, moral o infrinja su derecho de defensa, o bien, cuando se encuentre detenida fuera de la circunscripción sede para conocer su causa, conforme lo establece el artículo 23 de la Constitución Política, consagrándose así en nuestra legislación, los distintos tipos o modalidades del habeas corpus, como lo son: el habeas corpus reparador, preventivo y correctivo. Por tanto, la acción de habeas corpus sólo le concede competencia al Tribunal de habeas corpus para pronunciarse sobre la legalidad o constitucionalidad de la orden restrictiva o amenaza cierta de esa libertad ambulatoria o, en atención al supuesto de ilegalidad que se alegue.

Más allá que desarrollar conceptos, clases o características de esta acción constitucional, lo que se busca es conocer el tratamiento que se le ha dado una vez entró a regir el sistema penal acusatorio. Así, por ejemplo, en el Segundo Distrito Judicial, el Tribunal Superior de Apelaciones ha indicado que, al examinar específicamente la legalidad o no de una orden de detención provisional, por ejemplo, a través de una acción de habeas corpus, debe tenerse en cuenta el contenido de los artículos 21 y 22 de la Constitución Política, pero en relación con el artículo 237 del Código Procesal Penal, para



ello desarrolló aquellos presupuestos procesales que deben analizarse. En tal sentido, ha manifestado dicho Tribunal de Apelaciones que:

“En ese sentido y, conjugando el examen de esta iniciativa constitucional protectora de la libertad personal con las disposiciones que ahora rigen dentro del sistema penal acusatorio, debemos resaltar que el estudio de la acción de habeas corpus debe recaer sobre lo que, al efecto, establecen los artículos 21 y 22 de la Constitución Política, así como lo establecido por el artículo 237 del Código de Procedimiento Penal, específicamente en cuanto a:

1. Que exista una orden de detención provisional escrita o dictada en audiencia de argumentación oral.
2. Que la orden de detención provisional haya sido emitida por una autoridad competente, en principio, por el Juez de Garantías.
3. Que la orden haya sido emitida de acuerdo a las formalidades legales.
4. Que se establezca el hecho punible imputado y que éste tenga pena mínima superior a los cuatro (4) años de prisión.
5. Los elementos de convicción existentes para la determinación del hecho punible.
6. Los elementos de convicción

existentes que vinculen a la persona cuya detención provisional se ordenó, con el hecho punible investigado.

7. Que exista la posibilidad de fuga, desatención al proceso, peligro de destrucción de pruebas o que pueda atentar contra la vida de la víctima o contra sí mismo” (Sentencia de 9 de agosto de 2012).”

Vemos entonces que, el análisis de esta institución de garantía se circunscribe, cuando se cuestiona una orden de detención provisional, a aspectos puntuales sobre la orden de detención en sí, como los referentes a la existencia del hecho punible, pena, vinculación y otras exigencias relevantes como la necesidad y proporcionalidad, que justifiquen la restricción de la libertad personal, a través de esta medida.

Sobre lo anterior, debe plantearse también que la acción de habeas corpus, en ningún caso, debe suplir el control de legalidad que, bajo las reglas del proceso penal acusatorio, tiene que realizar el Juez de Garantías, respecto al examen de la aprehensión, imputación y medida cautelar, por lo que la procedencia del habeas corpus, va a depender también del momento procesal en el que se interpone, si es que se produce a consecuencia de la posible comisión de un hecho punible o dentro de un proceso penal. Y es que, el Tribunal Superior de Apelaciones del Segundo Distrito Judicial también se ha pronunciado al respecto, al manifestar que:



“En este nuevo sistema de enjuiciamiento penal, como lo señalamos anteriormente de corte acusatorio, la persona una vez es aprehendida debe ser sometida a los controles que establece nuestro Código Procesal Penal. En el caso que nos ocupa, vemos que se trata de una aprehensión policial prevista en el artículo 233 del referido Código de Procedimiento Penal, que permite aprehender a una persona, aún sin una orden judicial, cuando haya sido sorprendida en flagrancia, o sea perseguida inmediatamente después de la comisión de un hecho punible, o se haya fugado de otro lugar de detención.

Así, vemos que el indiciado fue aprehendido por la Policía Nacional a las 12:45 p.m., y puesto a órdenes del Fiscal a las 4:57 de la tarde. Lo anterior, denota que la aprehensión que padece el indiciado se encuentra dentro del plazo de 24 horas con el que cuenta el Ministerio Público, para poner a órdenes del Juez de Garantías a la persona aprehendida, de acuerdo al artículo 23 de la Constitución Política y del artículo 235 del Código de Procedimiento Penal, término con el que el Ministerio Público cuenta y que deberá someter al control jurisdiccional la situación jurídico penal del indiciado, sin que se entienda que la resolución de esta acción de habeas corpus, supla dichos controles.

En consecuencia, hasta este momento este Tribunal Superior de Apelaciones, si bien a simple vista evidencia que no existe una orden de detención provisional, proferida por un Juez de Garantías, al indiciado no se le ha vulnerado ningún derecho, ni garantía fundamental, consagradas en la Constitución Política, ni las garantías, principios y reglas que rigen nuestro ordenamiento procesal penal de corte acusatorio, especialmente las contenidas en el Capítulo I, Título I, del Libro I del Código de Procedimiento Legal.

Vemos entonces y así lo consideró este Tribunal Superior de Apelaciones al conocer de esta acción de naturaleza constitucional, porque ciertamente existía una posible afectación de la libertad ambulatoria del indiciado, si bien no estamos en presencia de una detención provisional con fundamento en los artículos 222, 224, 227 y 237 del Código de Procedimiento Penal, que harían viable entrar a considerar otros elementos o circunstancias, revisiones que son propios del nuevo Sistema Penal Acusatorio una vez se ejerzan los controles de ley.

En consecuencia, como aún no se han ejercido los controles de ley del Sistema Penal Acusatorio y que se encuentra dentro de este término legal, este Tribunal Colegiado considera



que la Acción de Habeas Corpus deviene en no viable y así procede a declararlo" (Sentencia de 11 de mayo de 2012).

Lo anterior tiene su razón de ser, ya que el Código Procesal Penal está diseñado para que todos los controles sobre la legalidad de una aprehensión y el control de esos plazos, sean realizados por el Juez de Garantías, conforme al artículo 44 del referido Código, sin perjuicio que, excepcionalmente, pueda entrar a considerarse ciertos aspectos de ilegalidad, inconstitucionalidad o violaciones a los derechos y libertades de una persona, por medio de una acción de habeas corpus, cuando resulten evidentes los vicios demandados.

COMPETENCIA

Como acción constitucional, el habeas corpus debemos recordar que encuentra su regulación en el Libro IV, De Las Instituciones de Garantía, del Código Judicial, estableciéndose en el artículo 2611, que son competentes para conocer esta acción los Jueces Municipales, Jueces de Circuito Penal, Tribunales Superiores de Distrito Judicial y el Pleno de la Corte Suprema de Justicia. Ello, en razón que el Código Procesal Penal únicamente regula el proceso penal de corte acusatorio. Pese a lo anterior, en materia de competencias, el Código Procesal Penal contiene dos (2) disposiciones que guardan relación con el habeas corpus. Así, el numeral 6 del artículo 40 de dicho Código, le confiere ahora la competencia a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, para conocer

"Del recurso de apelación contra las resoluciones dictadas en las acciones de hábeas corpus". Por su parte, el numeral 1 del artículo 41 también del Código Procesal Penal, es el que establece que los Tribunales Superiores de Apelaciones de Distrito Judicial, conocerán "De la acción de habeas corpus".

Por lo tanto, debe entenderse que, a partir de la entrada en vigencia del sistema penal acusatorio el 2 de septiembre de 2011, en el Segundo Distrito Judicial y así progresivamente en los siguientes Distritos Judiciales; los Tribunales Superiores de Apelaciones son los competentes para conocer de las acciones de habeas corpus cuando el acto censurado proceda de funcionarios con mando y jurisdicción en una provincia o en un distrito de su circunscripción, ante la desaparición de los Juzgados de Circuito Penales, con fundamento en una interpretación integral del artículo 2611, numerales 2 y 3 del Código Judicial, en relación con el numeral 1 del artículo 41 del Código Procesal Penal, cuya decisión será apelable a la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, manteniendo entonces los Jueces Municipales su competencia (Cfr. Sentencia de 20 de marzo de 2015, Tribunal Superior de Apelaciones del Segundo Distrito Judicial). Y es que, a propósito de competencia de acciones de habeas corpus, el Tribunal Superior de Apelaciones del Segundo Distrito Judicial, ha señalado que:

"Una interpretación integral de esas normas de índole



constitucional y legal, permite distinguir que si bien el artículo 46 del Código Procesal Penal que determina la competencia de los Jueces Municipales no hace alusión a la acción de Habeas Corpus, ello no es óbice, para soslayar que estamos frente a una institución de garantía que no tiene que ver, ni está integrada al Código Procesal Penal (el artículo 29 establece que la jurisdicción penal es la facultad de administrar justicia en asuntos de naturaleza penal o delitos que recoge el Código Penal vigente); sino que se trata de una acción de naturaleza Constitucional cuya regulación, procedimientos y competencias, se encuentran totalmente vigentes conforme a lo establecido en el Código Judicial (artículo 2574 y siguientes).

En otras palabras, este Tribunal de Apelaciones considera que en materia de acciones de Habeas Corpus se deben aplicar las reglas de competencia consignadas en el artículo 2611 del Código Judicial, en correlación con lo estatuido en el artículo 41 del Código Procesal Penal, normativas que determinan que cuando una acción constitucional va dirigida contra una privación de libertad decretada por un funcionario administrativo, con mando y jurisdicción parcial en un distrito, corresponde a los Jueces Municipales Penales o Mixtos, según sea el caso, conocer de la

misma. Si se trata de las causas que recogen los ordinales 2 y 3 del precitado artículo 2611, le corresponderá a este Tribunal Colegiado asumir dicha tarea de corte constitucional, al ser un hecho notorio que los Jueces de Circuito Penales desaparecieron y se constituyeron en los denominados Tribunales de Juicio (ver artículos 30 y 42)” (Sentencia de 1 de diciembre de 2011).

Concluimos entonces en este punto, que a partir de la vigencia del sistema penal acusatorio, son tribunales competentes para conocer de la acción de habeas corpus, los Jueces Municipales, Tribunales Superiores de Apelaciones y la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, según sea el caso.

PROCEDIMIENTO

Tal como se ha comentado, el tratamiento que se le ha dado a la acción de habeas corpus, bajo la vigencia del proceso penal acusatorio, ha sido una fusión o interpretación integral de reglas y principios generales que rigen dicho sistema procesal penal, con las disposiciones legales adjetivas propias que regulan esa institución de garantía, tomando en cuenta que, en el sistema penal acusatorio, todas las peticiones se formulan y resuelven en oralidad, es decir, en audiencias de argumentación oral.

Por tanto, en la práctica, siempre que se promueva una acción de habeas corpus en favor de una persona y, una vez girado el mandamiento de habeas



corpus, se acredite que, en efecto, se encuentra detenida provisionalmente o amenazada su libertad o integridad física, se ordena de inmediato la realización de una audiencia para que, en esta, el accionante sustente las causas o razones en las que fundamenta la ilegalidad de la orden cuestionada, acorde a los artículos 3 y 128 del Código Procesal Penal, en relación con el primer párrafo del artículo 2599 del Código Judicial.

Ahora bien, un aspecto importante que debe resaltarse y que, de inmediato hace surgir otra interrogante es, quiénes participan en el acto de audiencia de argumentación oral, pues al ser este un sistema adversarial, debe existir un peticionario o accionante cuya ilegalidad demanda, por ejemplo, de una detención provisional y, por el otro, tiene que existir alguien que defienda la legalidad de esa orden, a fin de mantener incólume la vigencia no solo del principio de oralidad, sino de contradicción. Decimos lo anterior, porque, en principio, en el sistema penal acusatorio las órdenes de detención provisional son dictadas por los Jueces de Garantía, lo que haría suponer que estos deben participar en la audiencia, en defensa de la legalidad de su decisión de aplicación de esa medida cautelar personal en particular.

En el Segundo Distrito Judicial, el Tribunal Superior de Apelaciones ha mantenido el criterio que en la audiencia de argumentación oral, debe participar el accionante y el beneficiario de la acción, en caso que sea una persona distinta que promueva

el habeas corpus, pero acompañado de su abogado defensor y, de no tener, se le designa un defensor público, con la finalidad que el profesional del derecho pueda sustentar mejor los motivos en los que se fundamenta la supuesta ilegalidad de la orden de detención provisional, privilegiando de esta manera los derechos y garantías fundamentales del privado de libertad y, en respeto igualmente del derecho de defensa que le asiste, a tenor de los artículos 10 y 98 del Código Procesal Penal.

En este acto oral y, en caso, por ejemplo, que la detención hubiese sido ordenada por un Juez de Garantías, dicho funcionario no participa en la audiencia, amén que solo se le solicita que conteste, dentro del término legal, el mandamiento de habeas corpus, referente a si ordenó o no la detención, los motivos en los que se fundamentó para hacerlo y si lo tiene bajo su custodia, que lo ponga a órdenes del Tribunal de Apelaciones. Lo anterior, con la finalidad de seguir manteniendo su imparcialidad dentro del proceso penal, acorde al artículo 6 del Código Procesal Penal.

No obstante lo anterior, quien participa en la audiencia en defensa de la legalidad de la orden de detención, lo es el Ministerio Público, pues si esa privación de libertad fue decretada por un Juez de Garantías en virtud de una causa penal, quien realmente debe estar interesado en que dicha medida se siga manteniendo, lo es el Fiscal que adelanta la investigación, en vista que esa detención provisional debió



ser adoptada en virtud de petición o a requerimiento del Ministerio Público, según lo establece el primer párrafo del artículo 225 del Código Procesal Penal, como detentador de la acción penal del Estado, según el artículo 220 de la Constitución Política. De esta manera, se sigue manteniendo la vigencia del principio de contradicción, antes mencionado y, a la vez, el Tribunal de Apelaciones, en función de Tribunal de Habeas Corpus, puede obtener la suficiente información, en vista que no existe expediente, a fin de poder emitir una decisión acorde a derecho, debidamente motivada, según los artículos 22 y 134 del Código Procesal Penal, en cumplimiento de un debido proceso, acorde al artículo 3 del mismo Código y el artículo 32 de la Constitución Política. Al respecto, el Tribunal de Apelaciones del Segundo Distrito Judicial al conocer de una acción de habeas corpus donde se cuestionó que la ilegalidad de la detención provisional, sobreviniera por el hecho que el Ministerio Público no formuló acusación dentro del plazo legal, señaló lo siguiente:

“Aprovechamos la oportunidad para reiterar que bajo el nuevo modelo de enjuiciamiento penal de corte acusatorio, todas las solicitudes se resuelven en audiencia, artículos 3 y 128 del Código Procesal Penal, en base a la argumentación o información de calidad expuesta con lealtad y buena fe, con sustento en los elementos de convicción que

reposan en la investigación, pues se observó por parte de la defensa que no suministró toda la información requerida, en cuanto a cuándo se imputó y ordenó la detención provisional, fecha en la que inicia a correr el plazo de investigación conforme el artículo 281, numeral 2 del Código Procesal Penal, plazo que fue el concedido y, por ende, cuándo vencía el plazo para formular la acusación.

De la misma manera, la Fiscalía no debe esperar a que le formulen un requerimiento, según el artículo 149 del Código Procesal Penal, para entonces formular la acusación, pues es su deber presentarla dentro del plazo legal y no argumentar que, en este caso, sólo ha transcurrido un mes aproximadamente en demasía” (Sentencia de 11 de marzo de 2015).

La metodología empleada por el Tribunal de Apelaciones del Segundo Distrito Judicial, es la que igualmente ha desarrollado la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, al conocer de los recursos de apelación contra decisiones de dicho Tribunal, es decir, que participa el activador constitucional, el beneficiario de la acción y el Ministerio Público, resolviendo todo en oralidad e intermediación de las partes intervinientes (Cfr. Sentencias de 25 de marzo de 2015; 6 de enero de 2015; 14 de mayo de 2013, de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, entre otras).



BIBLIOGRAFÍA

- Sentencia de 1 de diciembre de 2011, Tribunal Superior de Apelaciones del Segundo Distrito Judicial.
- Sentencia de 11 de mayo de 2012, Tribunal Superior de Apelaciones del Segundo Distrito Judicial.
- Sentencia de 9 de agosto de 2012, Tribunal Superior de Apelaciones del Segundo Distrito Judicial.
- Sentencia de 20 de marzo de 2015, Tribunal Superior de Apelaciones del Segundo Distrito Judicial.
- Sentencia de 11 de marzo de 2015, Tribunal Superior de Apelaciones del Segundo Distrito Judicial.
- Sentencia de 14 de mayo de 2013, de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia de 6 de enero de 2015, Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.
- Sentencia de 25 de marzo de 2015, Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.



SAMIR TEJEIRA

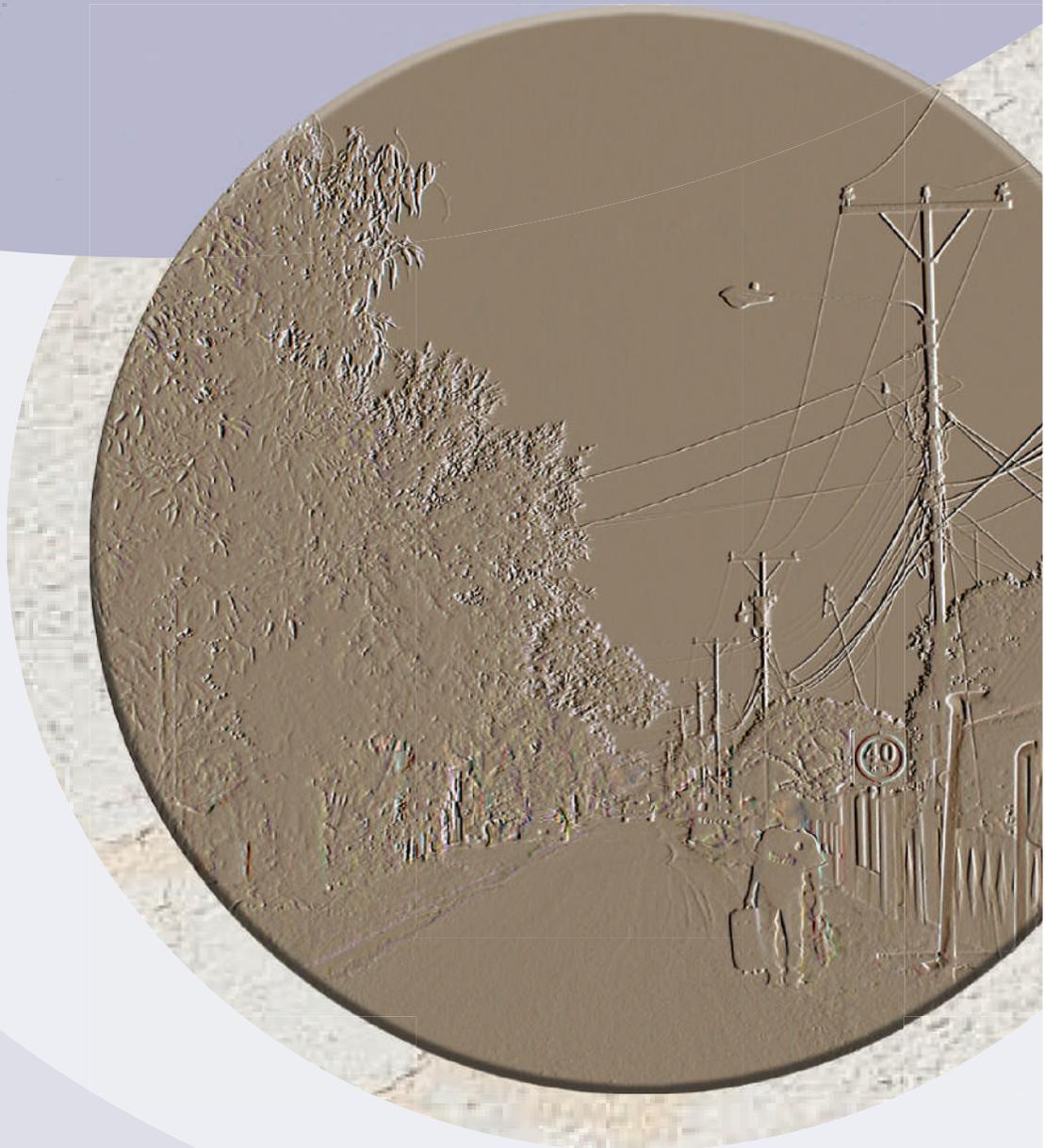
con Énfasis en Principios Constitucionales del Sistema Acusatorio, del Instituto de Investigación Jurídica INEJ (Nicaragua), Post Grado en Docencia Superior de ISAE Universidad; así como Diplomados en Sistema Penal Acusatorio; en Derechos Humanos; en Gestión de Recursos Humanos y Diplomado en Servicio Nacional de Facilitadores Comunitarios de la Organización de Estados Americanos, auspiciado por el Órgano Judicial.

Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Panamá. Posee Maestría en Derecho Penal y Procesal Penal del Instituto de Investigación Jurídica INEJ (Nicaragua), Maestría en Métodos Alternos de Resolución de Conflictos, con Énfasis en Arbitraje de la Universidad del Istmo. Cuenta con Post Grado en Mediación y Conciliación de la Universidad del Istmo, Post Grado en Derecho Procesal Penal

Actualmente es Magistrado Presidente del Tribunal Superior de Apelaciones del Segundo Distrito Judicial (Coclé y Veraguas) y Docente en distintas universidades a nivel de Licenciatura, Post Grado y Maestrías en Derecho Procesal y Procesal Penal.



La Imperiosa Necesidad de Contar Con Una Ley Integral en Pro del Adulto Mayor



Jennifer Saavedra

Juez Primera Municipal de Familia del Segundo Circuito Judicial de Panamá
Correo electrónico: jennifer.saavedra@organojudicial.gob.pa

LA IMPERIOSA NECESIDAD DE CONTAR CON UNA LEY INTEGRAL EN PRO DEL ADULTO MAYOR

Resumen

El presente artículo tiene como norte, dar un pantallazo respecto de las leyes que en pro de la tercera edad se encuentran en nuestra normativa nacional, a fin de ilustrar al lector sobre la importancia de crear una ley integral que ampare a este grupo humano, en atención a su vulnerabilidad y riesgo social. De igual forma, me propongo dar un vistazo al anteproyecto de ley, que existe sobre el tema, a fin que la población en general tenga conocimiento de las medidas legislativas que se pretenden adoptar a favor de la protección de este sector.

Summary

This article provides a glimpse with respect to the laws in our national legislation in favor of the elderly; in order to enlighten the reader about the importance of creating a comprehensive law to protect them due to their vulnerability and social risk. Similarly, I propose to take a look at the existing preliminary draft bill, so that the general public becomes aware of the legislative measures that will be adopted for the protection of this sector.

Palabras Claves

Adulto mayor; riesgo social; protección; tercera edad; vulnerabilidad

Keywords

Elderly; social risk; protection; senior citizen; vulnerability

INTRODUCCIÓN

Los ancianos son un grupo compuesto por aquellas personas que sobrepasan los 60 años, según lo establece la Organización de las Naciones Unidas; aumentando la edad a 65 años, al crecimiento de la expectativa de vida en los países desarrollados.

Así las cosas, es un hecho cierto y debidamente comprobado a través de las estadísticas generadas por la Contraloría General de la República de Panamá que, nuestra población día a día envejece (según estadísticas del MIDES, para este año habrán 406,645 adultos mayores en el país, lo que representa el 10.8% de la población total), aunado



a que es una verdad insoslayable la continuidad de problemas tanto sociales como sanitarios, que dicho envejecimiento conlleva, no solo para las personas como tal, sino para nuestra sociedad.

El actual Código de la Familia está conformado y configurado para proteger a la familia en general y a los menores en particular, pero de una forma u otra, los adultos mayores no cuentan con una protección específica, a excepción por supuesto de la colocación de ancianos y otras normas que se encuentran dispersas a lo largo de dicho conglomerado legal. Por tal razón, es posible indicar que los grandes olvidados dentro de la legislación nacional, ha sido aquel grupo que de forma coloquial es conocido como la Tercera Edad.

Marco Legislativo en Panamá

Nuestra Constitución, específicamente en el artículo 59, detalla que el Estado tiene el deber de proteger a la familia, incluyendo a ancianos y menores, a aquellos que se encuentren abandonados, en desamparo, peligro moral o con desajustes en su conducta. En el artículo 109 de este mismo compendio normativo, se destaca que los servicios de seguridad social, serán prestados en diversas situaciones en las cuales el panameño o panameña no pueda o no tenga los medios adecuados para trabajar, siendo la vejez una causal para la recepción de estos servicios. E incluso, será el Estado el encargado de proveer a estos sectores de la población, establecimientos encargados de

asistencias y previsión social.

Es importante entender que los servicios estatales se verifican en dos vías: la seguridad social y la asistencia social. En la seguridad social, los jubilados tienen derecho a que se les provea de un sustento económico (que si bien no es el 100% de su salario, en teoría debe ser una suma significativa que le permita seguir con el mismo estilo de vida que han tenido) por todo el tiempo que laboraron, ya sea en el ámbito público o en el privado. Es trascendental destacar que, desde siempre, se ha tenido la percepción que una vez se llega a la vejez, existe una disminución en la fuerza laboral de la persona, lo que a todas luces y de forma comprobada a través de la ciencia, es un hecho cierto a medias, pues, en la actualidad se ven muchas personas que se encuentran arriba de los 60 años de edad, que tienen vigor y cuentan con las capacidades mentales para seguir ejerciendo su profesión; no obstante, también se observa que a ciertas edades, merman, en algunos casos, las fuerzas físicas e incluso ciertas capacidades mentales, para el ejercicio de la profesión, por lo que, la jubilación viene a ser aquel descanso que permite a la persona, retomar la tranquilidad y reposo, que en sus primeros años de vida, disfrutó.

En cuanto a la asistencia social, es un hecho en nuestro país, que no todos los jubilados gozan de este privilegio, pues, en algunos casos, quienes pueden acceder a una atención médica y fondos de retiro privados, no precisan de los servicios de asistencia social



gubernamentales, mientras que otros si lo hacen en virtud que no tienen jubilaciones o si las tienen, la misma es tan exigua que requieren de ayuda para solventar su día. Un ejemplo claro de este tipo de programas, es "120 a los 65", el cual procura que un cierto sector de panameños que no tuvieron acceso a un empleo remunerado, puedan sufragar sus necesidades prioritarias, tales como alimentación y medicinas, de tal forma que no lleguen a la mendicidad.

Así las cosas, después de lo explicado en líneas precedentes, es fácil entonces dividir a la población de la tercera edad en Panamá, en dos grandes tipos: el jubilado, como aquel que tiene no solo acceso a un cheque del seguro social que le provee de una cuota parte de las rentas laborales trabajadas y el anciano, el cual, necesita ayuda del Estado para sostenerse.

Es trascendental destacar que, no es que el Código de la Familia no proteja a los ancianos, sino que la legislación es general, lo cual, a todas luces, no permite incidir de forma efectiva en la solución de los problemas que aquejan a este sector de la población. Así las cosas, el artículo 569 del compendio legal antes mencionado, propugna el desarrollo de políticas encaminadas a la protección de la familia y va mas allá, cuando determina en el artículo 571, que de no existir apoyo familiar, el Estado suplirá el mismo, a través de instituciones comunales y sociales, en los cuales quienes no cuentan con una familia o con familiares, pueden paliar sus carencias. Entonces, es posible afirmar que el Estado, protege a los más

vulnerables de la sociedad panameña, en este caso específico, los ancianos y jubilados.

Siguiendo dentro del Código de la Familia como tal, existen en dicho conglomerado jurídico, ciertas instituciones que buscan la protección del anciano, como por ejemplo, y brevemente mencionada en líneas precedentes, se tiene la colocación familiar, la cual es explicada de los artículos 364 a 371, e indica, que el anciano podrá ser ubicado en lugar distinto al de sus parientes, a fin de recibir atenciones adecuadas a sus necesidades, ya sea porque sus propios congéneres no se la puedan o quieran ofrecer, o porque el anciano se encuentra en una situación de peligro o abandono.

Además, el Código prevé la atención de la problemática económica social de los adultos mayores (ver el contenido de los artículos 607 a 625), en los cuales se destaca que tanto las instituciones de seguridad social como las educativas, estarán prestas para brindar sus servicios a favor de los sectores de la población menos favorecidos: en caso de salud, aquellas personas con capacidades especiales o que no se puedan valer por si mismos, y en el ámbito educativo, ofrecer a las personas de edad, acceso a una educación inclusiva, que tome en cuenta sus capacidades (tal cual se dispone en los artículos que van del 673 al 676 del Código de la Familia).

En esa línea, la normativa de familia, también dispone sobre los



requerimientos con los cuales debe cumplir el personal que labora en centros en los cuales, se atiende a ancianos (ver artículos del 721 al 726), todo con esto con apoyo del Ministerio de Desarrollo Social (MIDES).

De hecho, en la práctica, cuando se trata de problemas relacionados con ancianos, se procura que dicha institución, a través del Centro de Orientación y Atención Integral (de hecho, en la página web, se establece que el mismo tiene como norte "... los casos de hombres, mujeres, niños, niñas, jóvenes, personas con discapacidad y adultos mayores que presenten algún tipo de problema social que atente contra su integridad y su calidad de vida"), sea el canal mediador a fin que los procesos no tengan que llegar a las instancias judiciales o policiales, y usualmente, en la mayoría de los casos los resultados son efectivos. Por tanto, es posible indicar que el Estado, a través de dicha institución cumple con el deber impuesto en la Constitución, de salvaguardar a los ciudadanos más vulnerables.

Algunas regulaciones promovidas en favor de los ancianos son las siguientes, no sin antes advertir que muchas de ellas, no fueron necesariamente creadas para y por los ancianos, sino que también incluyen a otros sectores de la población:

▲ Ley No. 4 de 29 de enero de 1999, la cual crea la Red de Oportunidades para las Mujeres: el objetivo de esta Ley, es fomentar la igualdad de género y promover la independencia

económica de la mujer, a fin que logre por si misma y a través de sus propios medios, el sustento tanto para si como para sus hijos. Sobre este aspecto, es importante indicar, sin ánimo de crear un *apartheid* por géneros, que una mujer de la tercera edad, a la vista de las estadísticas sociales y financieras de los países, corre un mayor riesgo de vivir en una situación precaria, tomando en consideración que, aún en este siglo, la mujer sigue siendo vista como la principal proveedora de los servicios del hogar, sin que pueda realizarse en muchos casos a nivel profesional, ya sea por cuidar a parientes o a los hijos, o porque el dinero obtenido dentro del ámbito casero, se utiliza para el día a día y no se destina para la educación de la mujer.

▲ Decreto Ejecutivo No. 26 de 6 de agosto de 1999, mediante el cual se establecen las disposiciones que reglamentan los subsidios otorgados por el Estado: con esta ley, se busca que los fondos destinados para subsidios sociales, sean canalizados por las organizaciones dedicadas a dicha labor, de una forma eficaz y efectiva, de tal manera que los ciudadanos que tengan acceso a dichos fondos, reciban la ayuda necesaria y pronta. Sobre este decreto, es importante indicar que la misión del mismo, es loable desde el punto de vista social, pero lo cierto es que realmente no existe un control férreo respecto de las vías que se utilizan para ayudar a la personas vulnerables. Prueba de ello, es el programa "100 a los



65", el cual, como ya es un hecho público, ha requerido de varias depuraciones para lograr cumplir su final cometido: ayudar a aquellos ancianos que por diversas causas no tuvieron acceso a un empleo que le permita una jubilación y tienen escasos recursos para mantenerse, aunque sea de forma frugal.

- ♣ Decreto Ejecutivo No. 23 de 24 de junio de 1999, mediante el cual se crea el Consejo Nacional del Adulto (a) Mayor (CONAIM): un consejo autónomo y cívico, que propugna la realización de acciones tendientes a integrar a las personas de la tercera edad, en actividades que les beneficien. Sobre dicho consejo, me permito unas acotaciones personales: no fue hasta la elaboración de este artículo, que me percaté de la existencia de tal figura dentro de nuestra red normativa, lo que claramente me lleva a inferir que su papel respecto a la protección de la tercera edad panameña, no ha sido tan efectivo como se hubiera deseado. Dicho en otras palabras, ha carecido de aquella fuerza vinculante que le permite la toma de decisiones que realmente empoderen a este grupo social.
- ♣ Decreto Ejecutivo No. 3 de 28 de enero de 1999, por medio del cual se dictan Normas para la apertura y funcionamiento de los Centros de Atención Diurna, Hogares o Albergues para personas mayores: por medio de esta normativa, se busca que aquellos lugares

que sirvan para resguardo de los ancianos, cumplan con los requisitos mínimos para la atención, guarda y cuidado de dicho sector poblacional. Sobre esta norma, quizás, el ejemplo más emblemático sea el Hogar Bolívar de Ancianos, una institución que brinda un servicio ejemplar a los ancianos que no cuentan ni con las facilidades ni con los parientes (en la mayor parte de los casos), que les permitan tener acceso a cuidados profesionales (se les brinda los siguientes servicios: terapia ocupacional, rehabilitación física, actividades recreativas). Es trascendental destacar que, dicho centro se sostiene por donaciones, incluyendo un subsidio del Gobierno, aunque la realidad latentes es que, dichas sumas, no alcanzan para cubrir todos los gastos de los ancianos, a los que hay que alimentar y vestir, porque los inquilinos son en su gran mayoría, dependientes por completo (es decir, no tienen jubilaciones) que le ayuden a sostenerse.

- ♣ Decreto No. 57 de 19 de junio de 1978, por medio del cual, se establece la "Semana del anciano (a)", a celebrarse todos los años, en la tercera semana de noviembre. Una acotación sobre este punto es que, esta semana es desconocida, para el común de las personas. Dicha aseveración, hace inferir que el tema de los adultos mayores, aún no ha sido internalizado dentro de la conciencia social panameña.

Como se observa, las leyes que



actualmente amparan a las personas de tercera edad, si bien tratan de crearles un ambiente en el cual dicho grupo tenga acceso a servicios y puedan disfrutar con decencia de lo obtenido a lo largo de sus años laborales o paliarles de alguna manera las carencias que se encuentren atravesando, lo cierto es que no existe una normativa como tal, que realmente los tenga a ellos, como grupo principal y aunque ya se ha presentado una iniciativa sobre dicho tema (la diputada Ana Matilde Gómez presentó el anteproyecto de Ley No. 122 de 22 de septiembre de 2014 mediante el cual se “Crea la Ley del Adulto Mayor y el Instituto Nacional del Adulto Mayor, adiciona artículos al Código Penal y Dicta otras disposiciones) aún no es Ley de la República. Sobre este proyecto, es importante hacer comentarios, tal cual se verá en la próxima sección de este escrito.

Anteproyecto de Ley No. 122 de 22 de septiembre de 2014 mediante el cual se “Crea la Ley del Adulto Mayor y el Instituto Nacional del Adulto Mayor, adiciona artículos al Código Penal y dicta otras disposiciones.

Actualmente, este anteproyecto es el único que verdaderamente promueve la protección integral de los ancianos. Es posible, de una lectura a conciencia del mismo, dividirlo en dos partes: la visión del adulto mayor como un sujeto de derechos condicionado a su vulnerabilidad por la edad y la creación de un Instituto del Adulto Mayor, como una institución que proteja de forma integral a la tercera edad, a través del desarrollo de programas que realmente

no solo prevean el bienestar de dicho grupo, sino que les permitan alcanzar un desarrollo cónsono con su edad, la situación social y financiera de nuestro país.

En su primera parte, dicho anteproyecto plantea su finalidad y un glosario básico de los concepto utilizados, indicando como primordiales a nuestro juicio, una definición de adulto mayor y de la acepción, violencia contra los adultos mayores. Continúa con una lista de los derechos de los adultos mayores, entre los cuales, sin que esto bajo ninguna circunstancia signifique uno sea más importante que el otro, se especifica claramente “La atención hospitalaria inmediata, de emergencia, preventiva, clínica y de rehabilitación”, “La asistencia social, en caso de desempleo, discapacidad o pérdida de sus medios de subsistencia” y “La protección jurídica y psicosocial a los adultos mayores afectados por la violencia física, sexual, psicológica y patrimonial”.

Llamo la atención sobre estos tres (3) derechos, porque cada uno de ellos se concadena con el otro, pues, el primer esbozo de violencia que sufre un anciano, se verifica según las estadísticas y las noticias que diariamente se ven, dentro de su propio hogar, lo que obviamente lleva no solo a abusos psicológicos, sino hasta económicos, generando entonces que dicha persona quede envuelta en un escenario de carencias y desprotección, siendo víctima de situaciones que ponen en riesgo su integridad y patrimonio.



La segunda parte del anteproyecto, es la creación del Instituto Nacional del Adulto Mayor, una dependencia que nace (según el anteproyecto) del Consejo Nacional del Adulto Mayor, a fin de crear un organismo que realmente tenga un poder vinculante para la toma de decisiones respecto de dicho grupo etario. Cabe resaltar que se le dota de autonomía financiera, administrativa, presupuestaria, técnica y de gestión, escenario este que, lógicamente, permitirá mayor libertad a la hora de proponer, liderar y realizar políticas públicas en pro de los adultos mayores.

También se resalta entre las funciones de dicha institución, la gestión de programas en pro de brindar ayuda a las personas de la tercera edad, prefiriendo ante todo, la permanencia de estas, dentro de la familia y la comunidad que ya conocen y en la cual se desenvuelven diariamente.

Otro factor importante es que, se busca que entre dicha institución y otras dependencias (sobre todo dentro del ámbito estatal), exista coordinación y ayuda mutua respecto de la temática de los ancianos, para la ejecución de programas y proyectos.

En el anteproyecto, también se determina como estará conformada la Junta Directiva de dicho ente, al igual que sus causales de remoción, atribuciones y funciones.

Existe un importante capítulo, en cuanto a la función de los municipios como brazo ejecutor de los proyectos y

programas que provengan del Instituto Nacional del Adulto Mayor y a su vez, de la interrelación que debe existir entre las organizaciones no gubernamentales para la ejecución de planes en pro de la tercera edad.

Otra importante aportación de este anteproyecto de ley, es la creación de los Centros Municipales para el Cuidado Diurno de los Adultos Mayores, centros estos que pretenden brindar a este sector de la población, actividades que logren insertarlos en la sociedad, verificar su estado completo de salud (desde atenciones psicológicas y psiquiátricas, además de físicas) y alimentación a un costo reducido (es trascendental aclarar que, todos los servicios antes mencionados serán prestados de forma gratuita, excepción el de alimentación a bajo costo).

Siguiendo con el análisis, se observa que también se propugna la creación de beneficios a este grupo humano, tales como la devolución de la totalidad del impuesto de transferencia de bien inmueble de sus compras personales, una vez cumpla los 75 años de edad; la creación de lugares que sean cómodos y amigables para con la física de los adultos mayores (es preciso recordar que a esas edades, el cuerpo humano se encuentra de cierta forma deteriorada, por eso, son necesarias rampas, escaleras y pasamanos para hacer del diario vivir del anciano, un trayecto cómodo); en cuanto a la compra de viviendas de interés social, se propugna que los adultos mayores tengan igualdad de oportunidades para la consecución de las mismas;



otros beneficios, es el no pago de entrada general en todos los eventos de carácter cultural y la reducción del 50% sobre el pasaje individual en el transporte público, a nivel nacional.

Para terminar, el anteproyecto de ley, realiza modificaciones al Código Penal, tales como prisión de dos a cuatro años, a quien por acción u omisión, produzca menoscabo a la integridad física sin determinarse incapacidad, a un adulto mayor; prisión de uno a tres años, para aquel que, le haga proposiciones indecorosas o ademanes grotescos o mortificantes a un adulto mayor, con la salvedad que la pena aumentará de dos a cuatro años, cuando se verifiquen tocamientos

inmorales o actos de exhibicionismo, dentro del acoso sexual; prisión de uno a seis meses, cuando a través de presión psicológica se degrade o manipule las creencias y comportamiento de un adulto mayor, afectándole su salud psicológica y prisión de dos a cuatro años, para aquel que de hecho o de derecho, abusando de su situación de poder, induzca a un adulto mayor a disponer de sus bienes, derechos o recursos económicos, de forma que lo perjudique. En caso que a través de resolución judicial se compruebe la existencia de explotación para el adulto mayor, la sanción jurídica será la nulidad de lo actuado, además de las correspondientes sanciones penales.

CONCLUSIÓN

La tercera edad en nuestro país, a nivel legislativo, no ha sido tomada en cuenta de forma específica e integral, a pesar de la existencia de situaciones que a todas luces, vulneran el completo y cabal desarrollo de dicho grupo etario.

Por tanto, después de un estudio breve sobre la legislación actual existencia en aras de la protección de los ancianos, se observa con mucha aprehensión, que el Estado tiene un deber impostergable para con ellos,

de crearles una ley que realmente les proteja en virtud de su situación de riesgo social.

La necesidad es acuciante, y la espera se ha hecho larga, para darle una debida atención a este grupo humano, por lo que, este artículo es un llamado de atención a las autoridades, a fin que realmente se comprometan en ayudar de forma cabal a nuestro grupo de ancianos.



BIBLIOGRAFÍA

- www.asamblea.gob.pa: Anteproyecto de Ley No. 122 de 22 de septiembre de 2014 mediante el cual se “Crea la Ley del Adulto Mayor y el Instituto Nacional del Adulto Mayor, adiciona artículos al Código Penal y dicta otras disposiciones. Buscado el 5 de mayo de 2015.
- Ballesteros, R. S/A. *La Psicología de la Vejez*. Recuperado el 22 de mayo de 2015 de <http://www.encuentros-multidisciplinares.org/>
- <http://www.cepal.org>: Diagnóstico Nacional sobre la Situación de las Personas Mayores en Panamá (Capítulo 5: acciones dirigidas a las personas mayores en Panamá). Buscado el 2 de junio de 2015.
- <http://www.cepal.org/es/temas/envejecimiento>: Segundo foro Internacional sobre los Derechos Humanos de las Personas Mayores, Ciudad de México del 3 al 6 de junio de 2014. Buscado el 22 de mayo de 2015.
- <http://www.cepal.org/celade/noticias/documentosdetrabajo>: Los derechos de las personas mayores. Materiales de estudio y divulgación. Recuperado el 22 de mayo de 2015.
- Mora, M. *¿Existe protección real a los derechos humanos del adulto mayor? El discurso legal*. *Revista de Ciencias Sociales* 126-127: 123-134/2009-2010 (IV-1) Recuperado el 22 de mayo de 2015 de <http://www.revistacienciasociales.ucr.ac.cr>:
- www.mides.gob.pa: Protección Jurídica del Adulto mayor en Panamá: momento actual y proyección futura.
- Constitución Política de la República de Panamá. Reformada por los Actos reformativos No. 1 y No. 2 de 1978, respectivamente; por el Acto Constitucional de 1983; por los Actos Legislativos No. 1 de 1993 y No. 2 de 1994; y por el Acto Legislativo No. 1 de 2004. Impresa por la Defensoría del Pueblo. 160 páginas.
- Código de la Familia de la República de Panamá. Edición Actualizada 2013. Sistemas Jurídicos, S.A. 351 páginas.

*“Envejecer es como escalar una gran montaña;
mientras se sube las fuerzas disminuyen, pero la
mirada es más libre, la vista más amplia y serena.”*

Ingrid Bergman





JENNIFER C. SAAVEDRA N.

Universidad Interamericana de Panamá.

En cuanto al aspecto laboral, de 2007 hasta mayo de 2009 ejerció como Oficial Mayor en el Juzgado Primero Seccional de Familia del Segundo Circuito Judicial de Panamá; de mayo de 2009 hasta agosto 2013 como Asistente de Juez en el Juzgado Segundo de Circuito de lo Civil del Primer Circuito Judicial de Panamá; de agosto 2013 hasta diciembre de 2013, fungió como Asistente de Magistrado en el Primer Tribunal Superior de Justicia y desde enero de 2014, funge como Juez Primera Municipal de Familia, del Segundo Circuito Judicial de Panamá.

Obtuvo su Licenciatura en Derecho y Ciencias Políticas con grado Summa Cum Laude, en la Universidad Católica Santa María La Antigua en el año 2007 y su maestría en Derecho Procesal, con la distinción Cum Laude en el año 2011, en la

De la mesa de los Editores...

¿Qué es un ensayo jurídico?

El ensayo jurídico es uno de los principales recursos de la cultura forense de nuestros días. Es un escrito en prosa que analiza, interpreta o evalúa un tema, materia de estudio del derecho. El uso del lenguaje preciso y la claridad de las expresiones utilizadas dan al ensayo mayor coherencia en el tema tratado.

Su extensión puede variar de acuerdo al contenido, o a las características del documento en el cual será publicado.



El Órgano Judicial

participa en

XI FERIA
INTERNACIONAL
DEL LIBRO
DE PANAMÁ

ÓRGANO JUDICIAL



El Acuerdo de Pena en la Ley 63 de 2008: Nuevas Experiencias, Nuevos Paradigmas



Porfirio Salazar

Defensor Público del Sistema Penal Acusatorio de Coclé

Correo electrónico: porfirio98@hotmail.es

EL ACUERDO DE PENA EN LA LEY 63 DE 2008: NUEVAS EXPERIENCIAS, NUEVOS PARADIGMAS

Resumen

El Sistema Penal Acusatorio (SPA) desarrollado en la Ley 63 del 28 de agosto del 2008 representa un avance en la historia procesal penal de la República de Panamá. En dicho diseño, específicamente, se privilegian medios alternos de resolución de conflictos penales (como la mediación, la conciliación, la suspensión del proceso y el acuerdo de pena), entre otros. El acuerdo de pena evita un juicio y debe representar ventajas para el imputado en relación a la modalidad del tipo penal, el reconocimiento de atenuantes y la fijación de la pena. No siempre están presentes todas las ventajas, pero siempre debe el defensor tener como norte lograr lo mejor para su representado. En este ensayo nos ocupamos del acuerdo de pena establecido en el artículo 220 de la ley 63 del 2008 y tratamos su concepto, forma y otros abordajes vitales en su entendimiento.

Summary

The Adversarial Criminal System (ACS) amplified in Law 63 of August 28, 2008 represents a breakthrough in the Republic of Panama's procedural history. Specifically, in this layout, we find alternative means for resolving criminal disputes (such as mediation, conciliation, deferral of a case and a plea agreement, among others). The plea agreement avoids a trial, but should offer advantages to the accused in relation to the type of offense, mitigating circumstances and the sentence imposed. The advantages are not always present, but the defender should always try to achieve the best for this client. In this essay, we refer to the concept, form and understanding of the plea agreement referred to in Article 220 of Law 63 of 2008.

Palabras Claves

Delito, tipo penal, acuerdo de pena, entrevista Fiscal-Defensa, negociación, acusación, solución de conflictos, salidas alternas, juicio oral.

Keywords

Crime, penal nature, plea agreement, public prosecutor-defender interview, negotiation, prosecution, conflict resolution, alternative solutions, oral trial.



El Sistema Penal Acusatorio propugna por la solución de conflictos (artículo 26) y la menor judicialización penal de los procesos, y es que establece, formulada la imputación a la que se refiere el artículo 280 del Código Procesal Penal, la posibilidad de resolver el conflicto a través de los medios alternos (mediación, conciliación, suspensión condicional del proceso y acuerdo, entre otros más).

El acuerdo regulado en el artículo 220 del Código de Procedimiento Penal supone la negociación entre Defensa y Ministerio Público (en el derecho anglosajón se le denomina a dicha actividad: *plea bargaining*) a fin de que sean las partes y no el juez quienes produzcan la pena, con el propósito de evitar el congestionamiento del sistema judicial con causas que debieron, desde el principio, ser tratadas con la herramienta de la justicia consensuada.

Ahora bien, el tema de los acuerdos produce luces y sombras, y ha encontrado detractores y defensores. Esos defensores y detractores están vinculados a las ventajas y a las críticas que dicho mecanismo ha encontrado. En efecto, se señalan como ventajas las siguientes:

1. Las personas pobres que no cuentan con fondos económicos para costear una defensa efectiva que presupone el juicio, pueden verse beneficiadas con este mecanismo abreviado.
2. Se evita el costo económico de un proceso. Los juicios en el Sistema Penal Acusatorio son más complejos y costosos que en el Sistema

Inquisitivo Mixto.

3. La justicia penal transaccional, como se le denomina a los acuerdos, evita que un cierto número de culpables queden libres. Se evita que un inocente sea condenado.

Como críticas se arguyen las siguientes:

1. Se sacrifica uno de los ideales trazados por el Sistema Acusatorio, cual es la posibilidad de alcanzar la verdad histórico-material, por cuanto se renuncia a un juicio oral, público y contradictorio.
2. Se le sustrae al juez la determinación de la pena. El aparato persecutor del Estado y el defensor fijan la pena.
3. Los elementos materiales no son controvertidos oralmente y son presentados de forma escrita.
4. El acuerdo promueve el envío de personal a prisión bajo el contexto de un debate superficial y rápido de los elementos de convicción, que se producen dentro de los primeros días desde la ocurrencia del delito.
5. Hay admisión de culpabilidad sin que los jueces cuenten con suficiente información para determinar, racionalmente, la culpabilidad como probable.
7. El fiscal se convierte en juez en su propio caso.
8. Se trata de una justicia negociada. De hecho, *bargain* significa descuento.
9. Las sentencias emanadas del acuerdo podrían ser menos justas que aquellas emanadas de un juicio.

Nuestra experiencia como defensor revela, en un análisis de balanza, más aspectos positivos que



negativos, por cuanto el Acuerdo, desde la postura de la defensa, debe acarrear beneficios más que daños para los imputados, y es que en nuestra experiencia los Acuerdos que hemos realizado se han convertido en una justicia rápida, sin dilaciones, teniendo siempre como norte integrar beneficios para nuestros representados que han comprendido este método de solucionar el conflicto penal y, además, han podido entender, con explicaciones sencillas y razonables, que de enfrentar un juicio con los medios de prueba que maneja la Fiscalía, les hubiese producido una pena, en años, mucho mayor.

Es importante destacar que el Acuerdo, en la mayoría de los casos, se ha presentado como documento escrito, si bien el Código no señala este requerimiento, y es más una práctica que una norma signada por la ley. En tanto, los pasos de cada negociación no se hacen constar en acta escrita, simplemente se resalta el tipo penal o el delito objeto de la acusación, los medios de convicción, el requerimiento y la pena acordada para que el juez se pronuncie en su sentencia.

El asunto es delicado por cuanto la tendencia a considerar como Acuerdos a las actas consensuadas, acordadas y firmadas por las partes es creciente, cuando en realidad *se trata de proyectos de convenios y no de acuerdos propiamente*, pues para que lo sean requieren de la venia jurisdiccional.

Supongamos que Defensa y Ministerio Público celebren acuerdo

en los estrados del Ministerio Fiscal, con las firmas correspondientes, pero antes de la audiencia surgen elementos materiales que podrían variar el sentido del acuerdo. Respecto al acta, aunque esté firmada, la defensa podría oponerse al acuerdo si estima que las condiciones originales cambiaron en el sentido de que es posible que se haya producido un nuevo elemento material que amerita ser valorado para lograr más ventajas para el indiciado.

En efecto, las actas consensuadas sin anuencia judicial son proyectos de acuerdos, aunque la enunciación o denominación del documento sea: Acuerdos, pues así se le denomina en el código. En efecto, una vez el juez de garantías aprueba el acuerdo y el debate culmina con sentencia condenatoria estamos frente al instituto procesal enmarcado en el artículo 220.

La negociación, las conversaciones dialogadas, los debates prolongados intentan definir un preacuerdo, que aspira a integrar la anuencia judicial y ser el Acuerdo que las partes quieren constituir como instrumento procesal que se constituya en salida alterna.

Debemos mencionar que un acuerdo no es un contrato ni reviste el andamiaje conceptual de dicho instituto de naturaleza civil. Los contratos son actos por medios de los cuales una parte se obliga a dar, a hacer o no hacer algo y tiene como elementos: 1. El consentimiento; 2. El objeto; 3. La causa.

Firmar un contrato presupone



la legalización de voluntades. *Pacta Sun Servanta* se erige en una cláusula de obligatorio cumplimiento cuando se expresan voluntades en un contrato privado. No obstante, en los acuerdos del artículo 220 de la excerta legal citada no hay forma de evitar la retractación del acusado ni existen vías de acción que procuren su exigibilidad jurídica si no han sido judicializados.

Si un imputado desea someterse a juicio oral, esto presupone la aceptación de someterse a la audiencia intermedia. O sea, al formular la acusación (art. 346) el Fiscal deberá revelar al defensor la evidencia. La revelación significa poner los medios de prueba en conocimiento de la otra parte. La revelación de parte y parte obedece al Principio de Igualdad. Este asedio legal, ulteriormente, implica un principio rector: si las evidencias no son reveladas, no pueden ser incorporadas.

El artículo 220 promueve la realización de acuerdos, bajo dos parámetros identificados como ordinales 1 y 2 . El numeral 1 se refiere a la aceptación de los hechos de la imputación o acusación (vale detenernos y recordar el contenido de los artículos 5 y 340 del Código de Procesal Penal), o parte de ellos, así como la pena a imponer.

En cambio, el ordinal 2 se refiere a la colaboración eficaz del imputado para el esclarecimiento del delito, para evitar que continúe su ejecución, para evitar que se realicen otros delitos o cuando aporte información esencial para descubrir a sus autores o

partícipes. Esta última modalidad del acuerdo ofrece al imputado ventajas si colabora y establece condiciones para el esclarecimiento del hecho como realidad no sólo jurídica, sino material, con atribuciones propias del discurso probatorio, en todas sus modalidades y formas. Las ventajas para el imputado se supeditan a que la colaboración del indiciado se haga efectiva en juicio.

El defensor, en las negociaciones, debe estar conectado con la Teoría del Delito, es decir, debe poseer dominio de los tipos penales, de los atributos de dichos tipos penales y de los elementos descriptivos de aquellas conductas que el legislador ha tipificado como punibles.

Si bien es cierto que en las audiencias previas (por definición: *Control de aprehensión, Formulación de imputación, Medida cautelar y Plazo*), no se debaten pruebas, se deben analizar los elementos materiales por cuanto tienen vocación probatoria en dicha etapa preliminar que son usadas, incluso, para dejar detenidos en los casos más graves. Es preciso entonces que el defensor domine el catálogo penal y todo lo referente al delito como fenómeno social y penal, así como sus componentes esenciales: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

En efecto, el conocimiento, en detalle, por parte de los defensores de los tipos penales, de la estructura del delito, teoría del delito o cualesquiera forma definitoria del derecho penal en sus vertientes objetiva y subjetiva deben estar siempre presentes, pues



constituyen sendas herramientas de conocimiento que podrán ser utilizadas en beneficio de los defendidos, pues éstos, en entrevista, requerirán y exigirán las explicaciones del caso a fin de tomar la mejor decisión.

¿Qué podemos preacordar? La pena, la tipicidad, el dolo, la culpa o el elemento preterintencional, las circunstancias genéricas atenuantes o agravantes, el criterio de oportunidad, entre otros objetos de negociación. No debemos olvidar que la formas de negociación no son excluyentes. Ejemplo: si se acuerda tipicidad, podemos acordar la pena.

El tema genera un debate rico y circular, siempre fascinante, dentro del conglomerado de instituciones procesales que dan sentido al diseño acusatorio. El dominio del Derecho Penal en sus modalidades general y especial, procura un conocimiento vital a la hora de negociar y acordar.

El defensor no debe promover acuerdos que no entrañen ventajas sustanciosas a su defendido. Si acuerda sólo por acordar con miras a evitar la celebración del juicio (*recordemos a los cup out lawyers*), sin integrar ventajas para su indiciado, podría configurar su actuación negligente y mezquina falta grave. El espíritu de la celebración de los acuerdos para el defensor está signado por las ventajas que logre para su defendido, dentro de un contexto de favorabilidad y seguridad para el imputado.

La experiencia nos enseña

que los acuerdos de pena deben ser fruto de un razonado análisis de la carpeta fiscal, de su manejo integral y absoluto, así como de las circunstancias personales del autor (por ejemplo: si presenta antecedentes penales, si ha sido recientemente beneficiado con una suspensión del proceso o si bien está en marcha otra investigación en su contra) dado el caso de que la discusión Fiscalía-Defensa no siempre es fácil; por el contrario, representa uno de los puntos más delicados ya que siempre deben indicar una ventaja importante para quien renuncia a su derecho constitucional del juicio.

Otro aspecto relevante que debemos entender es que la firma del acuerdo, previo a su tratamiento jurisdiccional en audiencia, no constituye confesión. Esto quiere decir que firmado el acuerdo puede ser desconocido por el imputado antes de la audiencia, precisamente porque el acuerdo es un acto de voluntad libre, sin coacciones de ninguna índole; así, el incumplimiento del acuerdo no es causal para dictar sentencia condenatoria en contra ni es considerado circunstancia agravante de la pena, tampoco pueden emplearse coacción, violencia, engaño a la víctima o imputado ni mucho menos inducir a las partes a una solución por medios desleales (véase ordinales 5,7 y 8, artículo 204).

Puede ser que el imputado lo firme, pero luego estima, con la orientación de un letrado más experimentado y antes de la audiencia de acusación y acuerdo de pena, que le va mejor sometiéndose a los rigores



de un juicio oral, porque la prueba de la Fiscalía puede ser controvertida con éxito.

El escrito en cuatro copias contentivo del proyecto de acuerdo de pena, luego desconocido por el imputado, nunca, bajo ningún pretexto, constituye prueba judicial ni aceptación confesional de culpabilidad. El acuerdo conserva sus propiedades de justicia negociada cuando es judicializado

en audiencia, frente al juez, explicado a iniciativa del Fiscal y aceptado por defensor y acusado, quien expresa al juez que conoce el acuerdo, que lo acepta, que acepta sus participación en el delito, así como la pena a imponer. Asimismo, tiene que reconocer el hecho de que se producirá una sentencia condenatoria que aparecerá en forma de antecedente en su hoja de vida, así como también debe comunicar su renuncia al juicio oral.

CONCLUSIÓN

En conclusión: el acuerdo escrito no puede incorporarse como medio de prueba, así como tampoco pueden erigirse en medios de prueba aquellos que señala el artículo 384 de la Ley 63.

El acuerdo de pena genera un

debate circular por ser el baluarte emblemático del enfoque acusatorio, que tiene como regla la oralidad y como fundamento principios que deben ser tomados en cuenta cuando se analizan los diferentes elementos que conforman la investigación.

BIBLIOGRAFÍA

- Garzón, Alejandro. Negociación y preacuerdos. Tomo I. Ediciones Nuevas Jurídicas. 2007
- Granados, Jaime Enrique. Principios rectores y garantías fundamentales del Sistema Penal acusatorio, Tomos I y II, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2015.
- Meini, Iván. Teoría Jurídica del delito en el Sistema Penal acusatorio Panameño. Alianza ciudadana projusticia, 2012.





PORFIRIO SALAZAR

en 1999, con la obra: Ritos por la paz y otros rencores. Además, ha obtenido todos los premios de poesía otorgados en Panamá: Premio Municipal de Poesía León. A. Soto (Alcaldía de Panamá) en cuatro versiones (1992, 1993, 1997 y 2005); Premio Único Gustavo Batista en 1994 y 1995; Premio Luis Martinz Andersen en 1997; Premio Demetrio Herrera Sevillano, Universidad de Panamá en 1993, Premio Esther María Osse en 1996 y Medalla Maximiliano Valdés del Municipio de Penonomé en 1998, ciudad donde reside.

En febrero de 2005, representó a Panamá en el Festival de Poesía de la ciudad de Granada, Nicaragua, en el cual se celebraron los 80 años de vida del poeta Ernesto Cardenal. En dicho evento fue declarado Huésped Distinguido.

Ha dictado conferencias y recitales de poesía en España, Puerto Rico, República Dominicana, Nicaragua, Guatemala, Cuba, México y Estados Unidos. Ha publicado los libros de poesía *Los Poemas del Arquero*, 1991; *Selva*, I Edición -1995. II Edición -2007; *La Ascensión o la Muerte*, 1996; *Guitarra de Fe*, 1997; *Canto a las Espumas del Reino*, 1998; *No Reinarán las Ruinas para Siempre*, 1998; *Ritos por la paz y otros rencores*, 1999; *La Cítara del Sol*, I Edición -2000, con prólogo de Moravia Ochoa. II edición -2008, Editorial Norma; *Animal, sombra mía*, Premio Centroamericano Rogelio Sinán 2008; *Poesía: 1995-1998*, Editorial de la Universidad Tecnológica de Panamá; *El tiempo de la burbuja (100 haikus)*, Editorial del Instituto Nacional de Cultura. 2011. Además, los Ensayos *La Piel en la llama*, Premio Ricardo Miró de Ensayo 2009 y *El fuego despierto*, con prólogo de Pedro Rivera. Imprenta de la Universidad de Panamá.

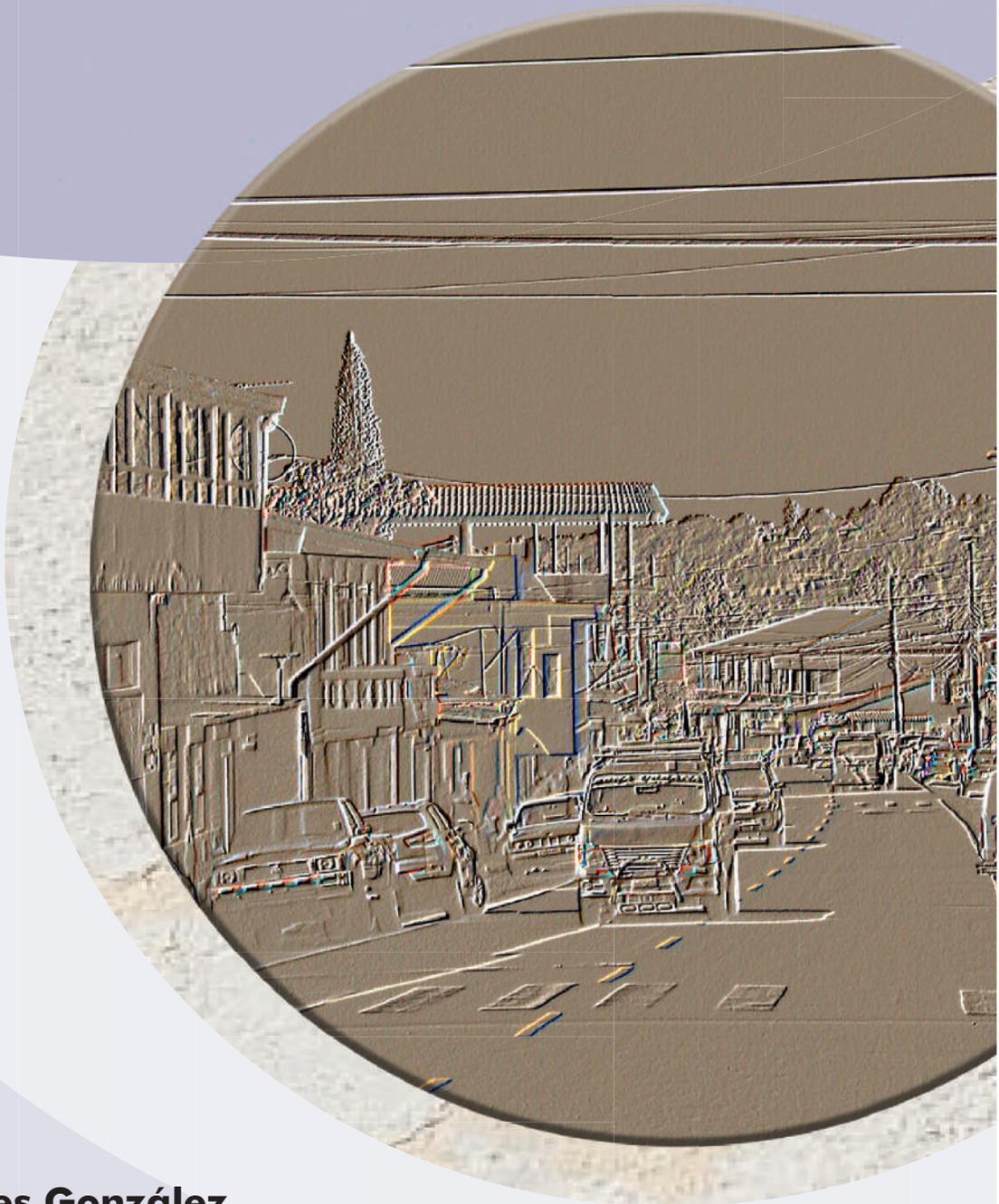
Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas y Máster en Derecho Procesal, ambos títulos por la Universidad de Panamá. Es Máster en Derecho Procesal Penal y Derecho Penal (INEJ). Actualmente, labora como Defensor Público del Sistema Penal Acusatorio de Coclé (desde julio del año 2011). Inició labores en el Sistema Judicial en 1994 y ha desempeñado los siguientes cargos: juez municipal y juez suplente civil de circuito, asistente de Magistrado de Tribunal Superior y juez ejecutor de comercio. Cursó estudios de lengua inglesa en Saint Petterburgo, Florida, Estados Unidos, (1998-1999).

En 1993, representó a Panamá en el Foro Joven: Literatura y Compromiso, celebrado en Málaga, España, ocasión en la que recibió conferencias de escritores de la talla de MARIO BENEDETTI, WOLE SOYINCA (Premio Nobel de Literatura en 1986), ARTURO ROA BASTOS (Premio Cervantes), ANA MATUTE (Premio Cervantes 2010), JORGE AMADO, JOSÉ SARAMAGO (Premio Nobel de Literatura en 1998), entre otros ilustres.

Es Premio Nacional de Poesía Ricardo Miró (el más importante reconocimiento de las letras panameñas) en 1998, con la obra: *No reinarán las ruinas para siempre*, y



Modalidades de Relaciones de Trabajo Disfrazadas o Ambiguas. Signos Distintivos (Énfasis en Trabajo Agropecuario)



Iturbides González

Juez de Trabajo de la Sección Sexta en el Órgano Judicial

Correo electrónico: igr_1867@hotmail.com

MODALIDADES DE RELACIONES DE TRABAJO DISFRAZADAS O AMBIGUAS. SIGNOS DISTINTIVOS (Énfasis en trabajo agropecuario)

Resumen

El ensayo que les presento para su estudio, nace de la experiencia que me ha permitido el cargo de Juez en causas laborales, en una región donde el sector primario de la economía, es el principal. Presenta los conceptos, tanto en las relaciones de trabajo en general, como en la relación especial del trabajo de campo, en la cual se hace énfasis. Los conceptos tratados no son más que situaciones de prestación de servicios, donde es difícil determinar si originan una relación amparada por el Derecho del Trabajo o no, para reconocer o negar los derechos consecuentes. La relación se muestra ambigua o se disimula o disfraza de diversas formas, pero existen elementos o signos que nos permiten identificarla y que no sólo se encuentran en la ley sino que se han ido desarrollando en la casuística, a partir también de otras fuentes de Derecho.

Summary

The essay presented for your review, was born from my experience as a Labor Judge, in a region where the main primary sector is the economy. The concepts which are emphasized in the essay, are merely labor relations related and especially in the work field. The concepts discussed to help recognize or deny the consequent rights are merely servicing situations, difficult to determine whether a relationship is covered by the Labor Law or not. The relationship appears to be ambiguous in various ways, but there are elements or signs that allow us to identify them, which are not only in the Law, but have been developed in the casuistry, from other sources of the law.

Palabras Claves

Relación de trabajo, prestaciones, situaciones ambiguas, signos determinantes, pruebas, servicio, subordinación, dependencia, principio de la realidad, trabajador, empleador, trabajo agropecuario, sociedad, parentesco.

Keywords

Working relationship, benefits, ambiguous situations, decisive signs, tests, service, subordination, dependence, reality principle, employee, employer, agricultural labor, society, relationship.



Como es sabido, en una relación o contrato de trabajo, el empleador o empresario tiene mayores cargas, obligaciones económicas, o de prestaciones, con sus trabajadores, que las que puede tener en otro tipo de relación que involucre prestación de servicios. Quizás por esa razón, es que con frecuencia, la relación laboral no se muestra claramente, sino disfrazada o disimulada. Así, aún tratándose de que se recibe un servicio que le beneficia, esa persona lo considera como una relación diferente a la laboral, generando en consecuencia un examen más riguroso de los elementos o signos distintivos para poder calificarla o reconocerla.

Son casos de prestación de servicios en las que resulta difícil determinar si se trata de una relación de trabajo subordinada y dependiente o no, para los efectos de reconocer o negar los derechos consecuentes, pues el empleador alega que se trata de servicios civiles, mercantiles o entre comerciantes, servicios profesionales, o bien, que se trata de una sociedad entre ambos, relaciones jurídicas en las que, normalmente, no existen tantas obligaciones para con el que presta el servicio.

De mucha importancia y vigencia en nuestra región, eminentemente dedicada al sector económico de la actividad agropecuaria, es lo que sucede en las labores de campo o agropecuarias, de ahí que centramos este estudio en la casuística de servicios en ese sector.

La relación de trabajo y sus elementos esenciales

Recordemos que hay relación de trabajo o contrato de trabajo, verbal o escrito, cuando una persona se obliga a prestar un servicio personal o ejecutar una obra a favor de otra, bajo la subordinación o dependencia de ésta, cualquiera sea el acto que le de origen (art. 62 Código de Trabajo).

Por subordinación jurídica tenemos, básicamente, cuando esa persona que recibe el servicio en su favor, ejerce o puede ejercer dirección al que lo presta, en lo que se refiere a la ejecución de ese trabajo. Es decir, fiscalización y poder disciplinario.

De ahí que, para desvirtuar que hay relación de trabajo, la persona que recibe el servicio dice que no hay subordinación en el mismo, no hay dependencia, no ejerce esa dirección, sino que la persona lo presta con autonomía, sin imponerle las reglas o condiciones, pudiendo prestarlo a su discreción y en la medida de sus posibilidades.

Y conforme a reglas probatorias, quien alegue esto, tiene la carga de demostrarlo con elementos que no dejen duda, que sean contundentes y convincentes, para poder determinarlo así y no reconocer derechos propios de una relación de trabajo.

Si se señala que se trata de servicios civiles, mercantiles o entre comerciantes, servicios profesionales o bien, que se trata de una sociedad entre



ambos, tendría que acompañar las pruebas de ese tipo de nexos. Se exige, preferiblemente, documentación que refleje el contrato u otros elementos que sirvan para deducirlo. No basta con decir que se dio una relación así y se presente el contrato civil o mercantil o de servicios profesionales o sociedad, hay que entrar a examinar los elementos intrínsecos en el mismo para verificar si este es procedente o eficaz o si en su contenido hay signos de relación laboral.

Modalidades que pueden disfrazar la relación de trabajo y los signos distintivos

Se dan casos en los cuales, en el contrato denominado por servicios profesionales o semejantes, se pactan o establecen directrices propias de un empleador a un subordinado, se imponen reglas, condiciones, restando autonomía de la voluntad al que presta el servicio y conllevando a que quede sujeto a prestarlo bajo esas reglas y a disponibilidad del contratante, no a su libre discreción; esas son características de una relación de trabajo.

Debe examinarse el caso, elemento por elemento, para determinar de que tipo de relación se trata y hacer los reconocimientos consecuentes, resaltando la aplicación del principio de **primacía de la realidad**, por medio del cual, se prescinde de las formas y denominaciones que al vínculo le den las partes, para verificar los elementos reales, bajo los cuales se presta el servicio. Para la determinación de la relación de trabajo, o de los sujetos de

la misma, se prescindirá de los actos y contratos simulados (art. 63 Código de Trabajo). Lo que se impone es lo que sucede en el terreno de los hechos.

Los principios generales del Derecho del Trabajo, como éste, son fuente supletoria para resolver, a tenor de la disposición del artículo 5 del Código de Trabajo. A estos fines, las Normas Internacionales del Trabajo (NIT), específicamente la Recomendación N° 198 (2006) de la Organización Internacional del Trabajo, plantea que: *“la existencia de una relación de trabajo debería determinarse principalmente de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador, sin perjuicio de la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo contrario, ya sea de carácter contractual o de otra naturaleza, convenido por las partes”*

Según GUILLERMO GUERRERO FIGUEROA (2008), lo decisivo es *“la verdadera situación creada, no el nombre que las partes hayan dado a la relación jurídica establecida entre ellas, y la posición que la persona calificada o calificable de trabajador ocupe realmente en la estructura de la empresa de otro. De esa situación debe inferirse que hay un patrón y que este asume cierta superioridad jerárquica dentro de la organización de la empresa, aun teniendo en cuenta las tareas o capacidades específicas del trabajador...”*⁴

Sobre la primacía de la realidad de los hechos sobre las denominaciones y las formas que las partes den a la relación, el autor JULIO



A. RODRIGUEZ O. (2001) resalta que: *“es criterio generalizado de la doctrina y la jurisprudencia que no se deba estar sólo a las denominaciones dadas por las partes, o por una de ellas, sino observar la naturaleza de la relación jurídica, respecto de las prestaciones de trabajo ejecutadas y de su carácter para definir lo esencial del contrato”.*ⁱⁱ

Nuestra Corte Suprema de Justicia, Sala Tercera, Casación Laboral, sobre los denominados servicios profesionales, ha sostenido mediante fallos de 24 de marzo de 2008 (Magistrado Ponente: Víctor Benavides) y de 8 de mayo de 2008 (Magistrado Ponente: Adán A. Arjona) que:

“Resulta entonces que la actividad procesal desplegada por la parte demandada no cumplió su cometido en demostrar que la relación que la unía a la señora ANA MARÍA MACHUCA AGUILAR, era de carácter profesional y no contractual.

Según el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, al igual, refiriéndose al estipendio por Servicios Profesionales, señala:

‘Es el ajuste, convenio, composición en un negocio o pacto. Estipendio o cosa que se da en virtud de ajuste, por el cual se presta un servicio determinado por una cantidad fija. Generalmente se emplea para designar el ajuste o pacto que se establece con médicos

o farmacéuticos en pequeñas y medianas poblaciones, mediante el cual unos y otros prestan sus servicios profesionales, recibiendo una cantidad en metálica o especie, que se hace efectiva una vez al año. En varios países suramericanos, el pacto de cuota litis.’

Es evidente que el supuesto contrato por servicios profesionales alegado por la demandada, es una mera apariencia para eludir la aplicación de las leyes laborales; es un medio de contratación simulada, cuando en el fondo la contratación es de carácter laboral...

En ese sentido, considera este Tribunal de Casación Laboral que son atinados los argumentos del juzgador de primer grado cuando señala:

‘la parte demandada aduce que entre las partes existía un contrato por servicios profesionales, no obstante no aporta al proceso dicho contrato, y las pruebas aportadas al proceso no permiten establecer que la relación existente entre la demandante Ana María Machuca Aguilar y la empresa demandada era por servicios profesionales.’

(Sent. de 24 de marzo de 2008. Ponente Mag. Benavides)

“... no hay constancia de un contrato por servicios profesionales, y ante la



ausencia de este y de algún contrato de trabajo, probada la prestación del servicio, operan las presunciones establecidas en los artículos 66 y 737, numeral 1, del Código de Trabajo, aunado a las pruebas testimoniales, que acreditan la existencia de un horario de trabajo, mismas que no fueron desvirtuadas por la empresa.”
(Sent. de 8 de mayo de 2008. Mag. Arjona.)

Gracias al principio analizado, no es suficiente actos como el que el que presta servicio gire facturas cobrando su retribución, sin ofrecer ningún otro elemento que refuerce que lo hacía por tratarse de servicios profesionales, en los que el prestador está en la libertad de fijar el monto de su retribución, es decir, que hay que demostrar, con un conjunto probatorio, no sólo uno, sino varios signos excluyentes de la relación de trabajo, para descartarla. La prueba ha de consistir también en acreditar la inexistencia de subordinación jurídica, o sea, la no dependencia del trabajador a las órdenes o disposición del patrono. El cumplimiento o no de un horario en la empresa es otro elemento a examinar.

El horario y la asistencia la exige el empleador, igualmente, no lo deja a libre asistencia del que presta el servicio.

Una situación ambigua lo es además, **la de contratos civiles o mercantiles**, que en el fondo no son más que verdaderas relaciones de trabajo. Se aprecia aquí para determinarla, si la persona que presta el servicio y que en documento aparece como “contratista”,

califica efectivamente como tal. En la ley laboral, es contratista, el que tenga capital, personal, equipo propio y con eso preste el servicio. En cambio, si se observa que no tiene autonomía técnica y directiva, sino que compromete su propia energía y está disponible en la empresa, califica como trabajador.

En una relación de trabajo subordinada, el trabajador no corre riesgo de perder capital, pues no lo aporta, tanto el lugar, como las herramientas de trabajo, las pone el empleador. Es de importancia entonces, verificar la propiedad de los medios de producción, para determinar el tipo de relación, pues tradicionalmente éstos son del empresario, no del que presta el servicio.

Otros elementos que entran en juego en la calificación del tipo de relación, es la retribución o remuneración que se da a cambio del servicio prestado y el lugar donde se va a prestar dicho servicio. En cuanto a la retribución, en una relación de servicios profesionales, por ejemplo, se pacta en igualdad de oportunidades y bilateralidad, se negocia, o las fija unilateralmente el contratista o servidor, comúnmente llamado “honorarios”, pero, si es fijada por la persona que recibe el servicio o contratante, de manera unilateral, eso es salario y es característica de una relación laboral.

Lo que ocurre en el trabajo agropecuario

En la actividad agropecuaria, nuestro Código de Trabajo dispone que,



hay relación de trabajo o es trabajador de campo, con todos los derechos que el mismo establece, cuando se ejecutan trabajos propios y habituales de la agricultura, de la ganadería o forestales, al servicio de uno o más empleadores.

Está regulado este trabajo de manera especial y supletoriamente regido por las disposiciones generales del código.

Como elementos del concepto, observamos que ha de tratarse de trabajos propios y habituales de una de esas actividades, así que por ejemplo, no entra en esta calificación, el construirle una casa al empresario agrícola o ganadero en su finca. El otro elemento es que, se permite calificar como trabajador de campo a la persona que presta el servicio, aunque lo haga en beneficio de uno o más empleadores, situación de mucha ocurrencia y muy propia de esta actividad.

Las reglas especiales para el trabajo de campo en el Código de Trabajo son que:

Serán tenidos como contratos de trabajo, los contratos de aparcería y de colonato, si hubiere dependencia económica.

El colonato, viene a ser el arrendamiento del predio y a su vez, la relación de trabajo de los que allí laboren durante el tiempo de contrato de arrendamiento, es con el arrendatario, pero si éste no dispone de elementos propios suficientes para cumplir las obligaciones con los trabajadores,

puede dirigirse y extenderse esa responsabilidad al propietario del predio o arrendador.

En cuanto a modalidades que se dan en esta actividad económica. Es común la practica de las denominadas "sociedades", en la lechería u ordeño, pactando que el ordeñador recibe un porcentaje de lo que se gana o genera al venderse la leche. Si ese porcentaje es un tercio o menos del 50%, no es una sociedad, no hay igualdad de ganancias, hay un mayor beneficio para la otra parte, ahí lo que tenemos presente es una relación de trabajo. El contratante es, además, dueño de la finca, del ganado, del cupo, es decir, del capital o medios de producción, mientras que el otro sólo aporta trabajo. Es de importancia entonces, verificar la propiedad de los medios de producción para determinar el tipo de relación.

Nuestros tribunales han sentenciado que en esos casos no hay sociedad alguna sino una relación de trabajo y que por ende hay que cumplir con los derechos de todo trabajador.

En los denominados AJUSTES, que son contratos por los cuales un empresario agrícola o ganadero contrata a otro para que le preste un servicio específico en su finca, bajo un precio establecido, hay que verificar si con esto no se encubre o disfraza una verdadera relación de trabajo. Elemento por elemento, ha de observarse, cuál es la labor encomendada, si es de necesidad permanente en la finca o no, quién fija el monto de la retribución, el tiempo de ejecución de la obra o



servicio, quién aporta medios, como herramientas, personal y quién los dirige; valorar de qué tipo de relación constan más signos distintivos o característicos.

Normalmente, estos ajustes se dan para limpieza del predio o fumigación y pueden calificar como **contrato civil** y no laboral, si es, por ejemplo, una o dos veces al año, si el monto de la retribución se pacta o lo fija el contratista, así como el tiempo en que va a ejecutar la tarea, y si es éste el que aporta el equipo y el personal y los dirige y paga, y una vez terminada la obra quede desligado del dueño de la finca. Pero, si al contrario, la persona sigue continuamente sirviendo en otras labores en la finca, podemos estar en presencia de un caso de querer encubrir una relación de trabajo en esa labor del ajuste, y así hay que considerarlo.

En mi criterio, procede este tipo de contrato civil para ese tipo de labores, como limpieza y fumigación, que normalmente se hacen una o dos veces al año y en épocas determinadas, cumpliendo esos elementos, y desligándose el contratista del contratante en cuanto entregue la obra; posición ésta que compagina con la doctrina y la tendencia de OIT, citada por GUILLERMO GUERRERO (ob. Cit.) cuando conceptúa al trabajador discontinuo o intermitente: *“son los que ejecutan labores entrecortadas por largos periodos de inactividad . Los trabajadores permanecen en sus puestos atentos a llamadas eventuales, pero sin prestar un verdadero trabajo. Según la O.I.T., la discontinuidad o intermitencia se*

*caracteriza por los siguientes factores: ‘1) el factor de atención, que es continuo; 2) el factor actividad, que no es continuo: la combinación de estos dos factores da al trabajo su carácter intermitente’.*ⁱⁱⁱ En el ajuste, al concluir el servicio contratado, quienes los prestan no permanecen sino que se desligan de la actividad. No obstante, cada caso debe verse por separado, porque de haber elementos incluyentes y típicos de una relación de trabajo, ha de calificarse como tal.

Una modalidad muy particular en labores del campo, es cuando el pariente que cohabite con el dueño del predio, le presta servicios en la finca. Aquí puede haber relación laboral aunque trate de disimularse por el parentesco existente. Si la persona presta el servicio, depende de él, lo hace de manera subordinada, y beneficia mayormente al que lo recibe, en mi opinión personal, existe relación de trabajo y surgen todos los derechos y obligaciones propias de la misma.

Hay elementos vitales aquí para calificar el tipo de relación que se trata. Uno, es verificar quién decide el destino de los ingresos de la actividad; es prerrogativa del empleador esa decisión.

Otro elemento, es el hecho que el trabajo que realiza el pariente represente ganancias al dueño de la finca, le ahorre el costo de un trabajador. También se aprecia si el que presta el servicio no se beneficia del patrimonio familiar, no tiene derecho a herencia por ejemplo, y agregamos aquí, si no pertenece a la denominada empresa familiar agraria, que es una creación del



Código Agrario. Estos supuestos dan pie a calificar esa relación como relación laboral y reconocer los derechos consecuentes.

Así mismo, el hecho que la persona que presta el servicio, utilizara las posesiones de aquel al que sirve, para actividades personales como, criar puercos, gallinas, plantar para su consumo, que le permitan su propia manutención, no es argumento para excluir la existencia de relación de trabajo, ni compensa ello un pago por las labores prestadas en concepto de relación de trabajo. El espíritu del artículo 235 del Código de Trabajo, en su literal b, es que en el caso de trabajadores permanentes de la explotación agrícola, deben tener un terreno contiguo cuyo uso será gratuito para la cría de animales de corral.

Queda claro que, la relación de afinidad, por si sola, tampoco es suficiente elemento para descartar una relación laboral. En caso similar, tratándose de parientes, el Tribunal Superior de Trabajo del Segundo Distrito Judicial, en fallo de 28 de julio de 2005 (Magistrada Ponente: Gisela de López), consideró que *"si bien existe una relación de padre a hija entre las partes del proceso, ello no necesariamente descarta la relación de trabajo, si esta cumple con todos los requisitos..."*

También, es derecho potestativo de la persona que le asiste la prerrogativa material, reclamar o no su pago; no es excluyente de la existencia de una relación de trabajo, en nuestro concepto, el hecho que el trabajador nunca haya demandado el pago de salarios, más en

casos que observamos, que se trata de marido y mujer o de padre e hijo. Las razones para no haberlo hecho, son, a nuestro juicio, suficientes y válidas, por ser, por deducción, una consecuencia de la consideración natural y lógica en una pareja o en una relación paterno-filial, que lleva vida en común.

Así, no es procedente desconocer derecho a salario y demás prestaciones propias de toda relación laboral, por no haberlas reclamado nunca. Son esos sus derechos adquiridos y fruto de su esfuerzo y los que legalmente le asisten y corresponden. Elevado a garantía constitucional está el principio de que *"a trabajo igual en idénticas condiciones, corresponde siempre igual salario o sueldo, cualesquiera que sean las personas que lo realicen, sin distinción de sexo, nacionalidad, edad, raza, clasesocial, ideas políticas o religiosas"* (art. 67 Constitución Política). En tanto, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 23, dice que *"toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, ... una existencia conforme a la dignidad humana..."*.

Finalmente, cuando se da la aparcería (contrato en el cual una persona propietaria de un predio entrega a otra el mismo para la explotación -agrícola o pecuaria- y se reparten los frutos o ganancias de esa explotación en los montos convenidos o pactados), -es la denominada "a medias"-, en estos casos, la relación de trabajo de los que allí laboran, puede darse con responsabilidad solidaria de ambos (propietario y quien la use).



CONCLUSIÓN

Como conclusión, lo importante para efectos de los derechos de los trabajadores, es que ninguna de estas formas contractuales tienda a encubrir o disfrazar verdaderas relaciones de trabajo, ni eludir o disminuir responsabilidades consecuentes. La ley busca la manera de prever y vedar esas modalidades, a fin de que los mismos no sean marginados de los hechos, mediante la adopción de alguna de esas figuras jurídicas que disimulan la realidad.

Se pueden presentar un sin número de situaciones que conllevarían a examinar los signos distintivos para determinar el verdadero tipo de relación que se trata y al final, concluir reconociendo o no, los derechos correspondientes. Si aun el examen queda duda, se tiende a proteger y a inclinar la balanza y darle razón, a la parte débil de la relación, gracias al supremo principio de protección en beneficio del que presta el servicio.

BIBLIOGRAFÍA

- GUERRERO F., Guillermo. (2008) Manual de Derecho del Trabajo. 6ta. Edición. Bogotá. Leyer.
 - RODRIGUEZ O., Julio A. (2001) El Contrato de Trabajo. Bogotá. Leyer.
 - Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Panamá; recuperado de <http://www.organojudicial.gob.pa>, en 2014.
- Normativa Jurídica:
- Constitución Política de la República de Panamá.
 - Código de Trabajo.
 - Código Agrario.
 - Convenio 100 de la Organización Internacional del Trabajo.
 - Recomendación 198 de OIT, 2006.
 - Declaración Universal de Derechos Humanos.

ⁱ GUERRERO F., Guillermo. (2008). Manual de Derecho del Trabajo. 6ta. Edición. Bogotá. Leyer. p. 247.

ⁱⁱ RODRIGUEZ, Julio. (2001). El Contrato de Trabajo. Bogotá. Leyer. p.101.

ⁱⁱⁱ GUERRERO F., Guillermo. ob. cit. p. 182.





ITURBIDES A. GONZÁLEZ RIVERA

Actualmente se desempeña como Juez de Trabajo de la Sexta Sección, (Herrera y Los Santos). Magistrado Suplente en el Tribunal Superior de Trabajo del Segundo Distrito Judicial. Es Docente en Universidad Santa María La Antigua y en Universidad Latina. Ha impartido Seminarios y Conferencias en la Escuela Judicial, Universidad Latina, Universidad de Panamá, Academia Panameña de Derecho del Trabajo, MITRADEL y ha escrito artículos de opinión en temas jurídicos para los diarios La Prensa y Panamá América, y para la Revista Jurídica SAPIENTIA.

Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá, 1991. Posee Postgrado y Maestría en Derecho Laboral por la Universidad Santa María La Antigua y Diplomado en Competencias para la Educación Superior, Universidad Latina.

De la mesa de los Editores...

¿Qué contiene un ensayo jurídico?

Los planteamientos expresados en un ensayo jurídico deben someterse al rigor científico; contemplar análisis del tema, doctrina, jurisprudencia y derecho comparado; debe además contener un detallado marco conceptual.

Un buen ensayo, además de hacer uso correcto del lenguaje, presenta un contenido relevante y bien documentado; y su argumento es apropiado y bien organizado, generando en el mejor de los casos interesantes discusiones.



Estamos en la web

SAPIENTIA

Ahora Revista Digital



La Mano de Obra Femenina Su Discriminación



Rosalinda Ross

Magistrada del Tribunal Superior de Trabajo del Primer Distrito Judicial
Correo electrónico: rosalinda.ross@organojudicial.gob.pa

LA MANO DE OBRA FEMENINA SU DISCRIMINACIÓN

Resumen

Con el presente trabajo se pretende reflexionar acerca de la incursión de la mujer en el campo laboral, exponiendo la normativa regulatoria a nivel nacional de los derechos propios de dicha actividad, analizando la discriminación de que es objeto la mujer y la aplicación que sobre el habitus y la masculinidad elabora Pierre Bourdieu.

Summary

With this paper we offer some thoughts about the incursion of women in the workplace, exposing the rights of the regulatory legislation at National level, analyzing women discrimination and the application of the habitus and the masculinity produced by Pierre Bourdieu.

Palabras Claves

Mercado laboral, igualdad salarial, discriminación, economía informal, habitus.

Keywords

Employment market, equal pay, discrimination, informal economy, habitus.

INTRODUCCIÓN

El analizar la situación de las mujeres trabajadoras puede considerarse de gran relevancia, toda vez que cada día se observa el incremento de la mano de obra femenina en los diversos campos del mercado laboral, lo que representa un brazo de apoyo no sólo en cada uno de sus hogares, sino en la economía nacional.

Sin embargo, su inserción en el mercado de trabajo no se produce en la mayoría de los casos en igualdad de

condiciones que los varones, quienes históricamente han sido considerados los proveedores de la familia, de allí que esas estructuras de pensamiento afecten la igualdad que en tales aspectos debe ser considerada a la mujer, de allí su discriminación.

Corresponde entonces esbozar la normativa jurídica que rige el derecho al trabajo, la protección de la maternidad de la mujer trabajadora, la igualdad salarial, etc., contenidos no sólo en la Carta Fundamental de la República, sino en el Código de Trabajo y demás



leyes, inclusive las que aprueban los Convenios 100 y 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Se incluyen además, informes estadísticos sobre la materia estudiada y sobre todo, el enfoque que sobre esa temática hace el eminente sociólogo Pierre Bourdieu, además de algunas conclusiones.

CONTENIDO

En Panamá, conforme a lo dispuesto por el artículo 64 de nuestra Carta Magna, el trabajo es un derecho y un deber del individuo, por lo que 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.

La normativa constitucional garantiza además el salario o sueldo mínimo a todo trabajador que esté al servicio del Estado o de empresas públicas o privadas o de individuos particulares; salario que se ajustará periódicamente, con el fin de cubrir las necesidades normales de su familia, mejorar su nivel de vida, según las condiciones particulares de cada región y de cada actividad económica.

Establece igualmente dicha normativa que corresponde igual salario o sueldo, al trabajo igual en idénticas condiciones, cualesquiera que sean las personas que lo realicen, sin distinción de sexo, nacionalidad, edad, raza, clase social, ideas políticas o religiosas (artículo 145); y el derecho

de todo trabajador a percibir un salario mínimo (artículo 172).

También consagra la Constitución Nacional, como un deber del Estado, la protección de la maternidad de la mujer trabajadora (artículo 72), principio desarrollado en el Código de Trabajo, (artículo 105 y s.s.) y la prohibición del trabajo de las mujeres en actividades insalubres (artículo 104).

Sobre la igualdad laboral se refieren los Convenios 100 y 111 de la OIT, ratificados por Panamá, el primero relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor y el segundo relativo a la discriminación (Empleo y Organización).

Cabe anotar que los Convenios 103, 156 y 183 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), éste último más actualizado sobre la protección de la maternidad, aún no han sido ratificados por nuestro país.

Ahora bien, frente a tal normativa reguladora cabe la interrogante, ¿realmente aún existe discriminación a la mujer en el sector laboral?

Lo cierto es que la participación de la mujer en el mercado laboral constituye uno de los aspectos más relevantes en el marco de desigualdades sociales de género; es así que la diferencia de oportunidades en la inserción laboral femenina, ubica a un significativo porcentaje de mujeres en posición de desventaja; toda vez que



a pesar de contar con iguales o mejores niveles académicos que el hombre, muy pocas veces accesa a posiciones directivas.

Se trata de la discriminación, fenómeno existente a nivel mundial que acentúa las desigualdades sociales y que en materia laboral de manera directa se produce por género, religión, ideas políticas y raza; y de manera indirecta como en anuncios de periódicos, los que van dirigidos a un público específico.

De acuerdo con el artículo 1 de la Ley No.23 de 1 de febrero de 1966, mediante la cual se aprueba el Convenio No.111 de la OIT, la discriminación comprende: "cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación".

A lo largo de los años la mujer panameña ha ido evolucionando en el ámbito laboral, logrando escalar algunas posiciones relevantes a nivel institucional y en empresas privadas; sin embargo, el gran porcentaje se ubica en mandos medios.

Dentro del ámbito laboral la mujer también sufre discriminación en su condición por género, mediante el acoso laboral y sexual, situación que conlleva efectos negativos a nivel psicológico de la trabajadora, en su grupo familiar. En Panamá, "el acoso

sexual, la conducta inmoral o delictiva del trabajador durante la prestación del servicio;" se incorpora mediante la Ley 44 de 12 de agosto de 1995 a la lista de justa causal de despido, en el numeral 15 del artículo 213 del Código de Trabajo, por lo cual en casos de darse esta conducta por compañeros de trabajo en contra de las mujeres trabajadoras, éstos pueden ser despedidos, lo que implica proteger la dignidad del ser humano trabajador; no obstante, por las circunstancias en que se producen ese tipo de conductas, resulta muy difícil en la mayoría de los casos que las trabajadoras puedan demostrarlas en un proceso, con los medios probatorios necesarios.

Igualmente se incluyó en el Código de Trabajo mediante la Ley en mención, como prohibición a los empleadores, "realizar actos de acoso sexual" (artículo 138, numeral 15).

Otro punto en el que es patente la discriminación en el trabajo de la mujer, lo es en el aspecto salarial o de remuneración por el trabajo realizado, ello a pesar de que tal como lo establece el principio constitucional contenido en el artículo 145, al que nos referimos líneas atrás, "a igual trabajo corresponde igual salario".

También se produce la discriminación a la mujer trabajadora por razón de su estado de gravidez o embarazo; por cuanto prejuiciadamente se asume que dicha condición va en detrimento de su adecuado desempeño laboral. Conforme al principio constitucional la



mujer en estado de gravidez no podrá ser separada de su empleo público o particular por esa causa, teniendo derecho a descanso retribuido en las seis semanas precedentes al parto y en las ocho posteriores y al incorporarse a su empleo, no podrá ser despedida por el término de un año, salvo que sea por justa causa y previa autorización judicial.

Por otro lado, el personal de reclutamiento, los que siguen instrucciones de sus jefes, igualmente incurren en discriminaciones a las mujeres, así se observa en los anuncios sobre las posiciones vacantes en los que se indica, entre otros, que las posiciones son sólo para hombres.

No obstante lo anterior, cabe observar que la Ley No.11 de 22 de abril de 2005, prohíbe la discriminación laboral, por razones de raza, nacimiento, discapacidad, clase social, sexo, religión o ideas políticas, estableciendo sanciones con multas a los infractores de esa Ley, las que oscilan entre B/.500.00 y B/.1,000.00, normativa que debe ser efectivamente aplicada.

Ahora bien, muchas veces las estadísticas que analizan muestras, lamentablemente no presentan necesariamente las condiciones reales de la desigualdad existente por la discriminación laboral hacia las mujeres, sobre todo en aquellos casos en que éstas han alcanzado altos niveles de educación.

Frente a tal escenario existente,

cabe formular la interrogante, ¿por qué razones ingresan las mujeres al mercado laboral?

La incorporación de la mujer al mercado de trabajo se produce fundamentalmente por dos razones: el deseo de reconocimiento en la sociedad en la que el mismo depende del aporte económico que con ello genere y por la necesidad de suplir necesidades básicas, para el sustento de su familia, ya sea en conjunto con su pareja o de manera individual.

Sin embargo, lo que sí es cierto es que en los países en desarrollo como el nuestro, la gran mayoría de las mujeres eligen trabajar en lugar de permanecer en el hogar, por obligación, más que por elección. Ello es así, toda vez que cuando permanecen en el hogar se hacen cargo de una serie de tareas domésticas y cuidados de personas y bienes, por lo que al desempeñar tales labores, quedan fuera de la esfera del mercado de trabajo, de allí que se les considere económicamente no activas. Ahora bien, existe otra realidad, y es que con la incorporación de la mujer al mercado de trabajo se ha reducido el tiempo que ellas dedican a las tareas de madres, lo que implica no solo lo referente al alumbramiento de los hijos, sino su crianza y educación y las tareas domésticas en general, todo lo cual representa la disminución de su tiempo libre, necesario para su descanso, esparcimiento, educación, además de su participación en actividades culturales y científicas.

Y es que frente a las innumerables



labores que desarrollan las mujeres, su tiempo se encuentra más limitado, de allí que se descargue en las hijas mujeres parte de ellas, lo que en algunos casos genera la poca asistencia o inclusive, el abandono de la escuela por parte de ellas, por lo que ante una limitada formación académica, genera en lo sucesivo que esas niñas carezcan de la formación necesaria, por lo que posteriormente deban aceptar puestos de menor jerarquía y por ende, con menor remuneración y muchas veces en condiciones más difíciles.

Igualmente, la carga de los cuidados de la familia con mayor o total responsabilidad de las mujeres, ante la falta de servicios de guarderías con costos accesibles, implica que las mujeres deban laborar a tiempo parcial o abandonar los empleos.

La diferencia en materia de desocupación entre hombres y mujeres es un indicador de discriminación, ello por cuanto la tasa de acceso al empleo de las mujeres es inferior a la de los hombres en relación con la población, así en América Latina, en el año 2008 la tasa de mujeres con empleo era de 52.6% contra 81.9% para los hombres. Aún cuando tal diferencia parece disminuir, dicha diferencia sigue siendo importante.

Lo cierto es que si bien algunas mujeres de buena condición económica deciden no ingresar al mercado laboral, en nuestro país en vías de desarrollo, no ingresan por ausencia de puestos de trabajo o por tener que dedicarse a las labores propias del hogar, lo

que representa más largas y pesadas jornadas que las del trabajo asalariado. Uno de los aspectos en que la discriminación contra la mujer se hace más evidente es el de la retribución y las condiciones de trabajo, por cuanto en la actualidad aún persisten diferencias salariales, donde un hombre devenga más que una mujer; las diferencias que se hacen para la elección de personal para puestos importantes, donde para puestos gerenciales se tiene más en cuenta a hombres, con lo cual se subestima la capacidad de la mujer para desempeñarse en el trabajo, cuando ambos géneros tienen la misma capacidad intelectual.

Las concepciones culturales acerca del valor de las actividades y capacidades femeninas, de las relaciones con sus padres y maridos y, ante todo, lo que les corresponde ser y hacer a hombres y mujeres, se trasladan al ámbito laboral e interactúan con las exigencias y condicionantes productivas y económicas; esa distribución de roles opuestos ha estado en la base del posicionamiento femenino ante el empleo, por lo que las mujeres han debido renunciar a él o compaginarlo con su tarea doméstica, en un modelo de “doble presencia” que explica la multiplicidad de roles que hoy la mujer asume y que exige un desdoblamiento del tiempo, de la atención, los espacios y las energías femeninas para hacer posible el funcionamiento de la casa; lo que resulta en una notoria desigualdad en el uso del tiempo y en la distribución de las cargas.

En el informe país rendido por



la Directora del INAMU en marzo de 2015, ante la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer en su 59º Período de Sesiones, se indica que la Primera Encuesta del Uso del Tiempo, realizada en 2011, “revela que la mujer panameña trabaja un promedio de 9 horas más a la semana que sus pares masculinos”.

En Panamá, entre los años 2001 y 2007 se destaca el aumento de las mujeres (160,444), en relación a los varones (150,812), en todos los tramos de edad. La mayor proporción de la población ocupada femenina en el año 2001 se encontraba en el tramo de 40-49 años (36.8%); y para el año 2007 en el tramo de 30-39 años (41.2%). Comportamiento que indica que su inserción en el mercado laboral es más tardía en comparación con los hombres. Se indica que ello ocurre probablemente debido a que las mujeres le dan prioridad a sus estudios por un lado, o al matrimonio e hijos/as, por otro; además también puede indicar que las mujeres en edad reproductiva tienen menos oportunidades para insertarse en el mercado laboral (Perfil de Género de la Economía Panameña: 2010).

El estudio realizado demuestra también que por el contrario, la proporción ocupada es mayoritariamente masculina en los tramos de edad de 15 -29 años (75.3% y 72.4%), lo que podría explicarse por la deserción de ellos del sistema educativo, donde las mujeres permanecen más tiempo. Sobre este punto cabe señalar la presión social que se ejerce sobre

los varones para que sigan siendo los proveedores en los hogares, al mismo tiempo, la tendencia de las mujeres panameñas a permanecer más en el sistema educativo.

En cuanto a la participación en el tramo de edad de 50 años y más hay una mayor proporción de hombres (74.4% en el año 2001 y 66.9 % en el 2007), aunque en el mismo período (2001-2007) la proporción de mujeres ha aumentado de 25.6% a 33.1% en este segmento etario.

Con relación a las áreas, se determinó que las brechas entre la participación de hombres y mujeres son menores en el área urbana. Las mayores brechas se presentan en el área rural, aunque se observa una mejoría de la participación femenina entre el año 2001-21.6% y el año 2007- 24.2%.

El aumento de la participación laboral de las mujeres en el área rural, puede explicarse probablemente por los nuevos proyectos turísticos y las actividades conexas que ellos representan a lo largo del país. Tendencia que también puede estar relacionada con el aumento de la escolaridad femenina y ello es así, por cuanto la brecha de participación en el mercado laboral disminuye a medida que aumenta el nivel educativo de hombres y mujeres, aunque aumenta la brecha salarial a favor de los hombres. En cuanto a salario se refiere, el estudio constató que las mujeres sólo son mayoría (55.3%) en el tramo salarial de B/.100.00 a B/.124.00 mensuales.



En todos los demás rangos salariales predominan los hombres, que casi alcanzan el 76% en el rango salarial de B/3,000.00 y más. Esta situación también puede explicarse por el menor reconocimiento del nivel educativo de las mujeres para acceder a puestos de mayor jerarquía.

Sobre el empleo informal, entre 1997 y 2003, éste pasó de 48.3% a 52.6% de la población ocupada. Por otro lado, según la Encuesta de Hogares de agosto de 2008, el empleo informal se ubicó en 42.8%. Del total de la población masculina ocupada no agrícola, el 41.2% corresponde a empleo informal, mientras que en el caso de las mujeres, las ocupadas no agrícolas que realizan trabajo informal ascienden al 45.1%. Es importante resaltar a este respecto que estas personas no cuentan con seguridad social, lo que afecta su calidad de vida y la de sus familias.

Según la OIT, un análisis del empleo basado en tres indicadores, situación en el empleo, sector y nivel de salario/remuneración- muestra que en casi todos los países para los que se dispone de los datos pertinentes, las mujeres tienen menos posibilidades que los hombres de acceder a un empleo regular asalariado y contribuyen más que los hombres a las tareas del hogar. Además, las mujeres tienden a ganar menos que los hombres para el mismo trabajo, aún en las ocupaciones consideradas como típicamente femeninas. Por otra parte, las mujeres tienen más probabilidades que los hombres de trabajar en la economía informal, es decir, ocupar un empleo

situado fuera de cualquier marco jurídico o reglamentario y caracterizado por un bajo nivel de protección social y una gran precariedad. (OIT 2012)

De acuerdo con el V Informe Clara González "Situación de la Mujer en Panamá", 2008-2010, en general, la brecha salarial entre hombres y mujeres no registra mucha variación en los últimos años, pero es mayor cuando la población tiene menos de cinco años de escolaridad. Según CEPAL, cuando la escolaridad es entre 10 y 12 años, el salario femenino tiende a ser cerca del 80% del masculino, pero baja cuando la escolaridad es mayor de 13 años. Es decir, la educación no ha sido suficiente para erradicar la discriminación de género en el mercado laboral; por el contrario, la brecha salarial se hace mayor cuando aumenta el nivel educativo de las mujeres, particularmente con estudios de postgrado.

Además, la discriminación entre hombres y mujeres en el mercado laboral, entre otras cosas, se refleja en su limitada capacidad para cotizar y tener una jubilación que las respalde en la vejez; aún cuando en los últimos años ha aumentado el número de mujeres nuevas cotizantes, todavía son más los hombres que cotizan.

Por consiguiente, de acuerdo con los informes referidos, en Panamá progresivamente se advierte una mayor inserción de las mujeres al sector laboral y educativo, por lo que con ello, en muchos sectores sociales, se han dado cambios en las tareas realizadas por hombres y mujeres; al igual que



se han dado modificaciones en la estructura familiar al darse la reducción de sus integrantes y en muchos casos, el desplazamiento del hombre como único proveedor.

Independientemente de lo antes señalado, la mujer continua ejerciendo todos los roles que tradicionalmente ha desempeñado, es decir, siguen encargadas del trabajo en el hogar, el cuidado de los hijos, etc., además de desempeñarse en los respectivos empleos.

Sobre todo lo antes expuesto cabe reflexionar sobre la teoría de Pierre Bourdieu, para quien las mujeres que acceden a cargos de poder son "sobre-seleccionadas", se les piden más distinciones profesionales a una mujer que a un hombre para un cargo de dirección ejecutiva; igualmente porque se tiene como postulado de que una mujer en el poder, una mujer que da órdenes, no es algo "natural", además de que en la definición de una profesión hay también todo aquello ligado a la persona que la ejerce, por lo que si está hecha para un hombre, al ejercerlo una mujer, se resiente a menudo en sus cuerpos, como una forma de estrés, tensión, sufrimiento, depresión.

Como se ha indicado, la mujer ejecutiva a pesar de laborar fuera del hogar, continúa siendo fundamentalmente la encargada del quehacer doméstico, por lo que se habla de que labora dos jornadas de trabajo, sobre lo cual Bourdieu explica que la realidad al respecto es algo más complicado, que la mayoría

de las conquistas femeninas en el espacio doméstico, deben pagarse con sacrificios en el espacio público, en la profesión, en el trabajo, y al revés.

Para Pierre Bourdieu, las mujeres conforman uno de los sectores más dominados de la sociedad, mientras la raíz parece encontrarse en el *habitus* del campo o campos femenino, así se hallan indicios en la estructuración del espacio, en las divisiones interiores de la casa, en la organización del tiempo, en todas las prácticas, casi siempre técnicas y rituales, especialmente en las del cuerpo, postura, ademanes y porte. (Bourdieu, 2000:3)

El *habitus* es un sistema de disposiciones para actuar, sentir y pensar de una determinada manera, interiorizadas e incorporadas por los individuos en el trascurso de la historia, el que se manifiesta fundamentalmente por medio del *sens pratique*; y el "sentido práctico" es la aptitud para moverse, para actuar y para orientarse según la posición que se ocupe en el espacio social. El *habitus* es a la vez un sistema de esquemas de producción de prácticas y un sistema de esquemas de percepción y de apreciación de las prácticas; y en los dos casos, estas operaciones expresan la posición social en la que el *habitus* se ha construido.

La dominación masculina de acuerdo con la teoría de Bourdieu, "conlleva una violencia ejecutada en un mundo simbólicamente estructurado para los hombres y las mujeres, según la diferenciación basada en el cuerpo y los rituales cotidianos, es decir, el *habitus*,



de allí que la violencia simbólica hacia las mujeres es una estructura estructurada, que introduce en las prácticas y pensamientos los esquemas prácticos derivados de la incorporación de estructuras sociales resultantes del trabajo histórico”.

Es así que las conductas asumidas por las mujeres no sólo en la esfera laboral, sino en la vida cotidiana, de sumisión, es si se quiere preestablecida, lo que el habitus y el campo hacen que se perciba como normal, pues como señala Bourdieu: “de todas las formas de ‘persuasión clandestina’, la más implacable es la ejercida simplemente por el orden de las cosas”.

En nuestro país, de acuerdo con el V Informe Nacional Clara González, antes mencionado, “Sobre la Situación de la Mujer en Panamá” (Panamá, 2013:35-36), en la década de los años noventa se inicia el acercamiento al tema sobre las masculinidades, comenzando el abordaje desde las organizaciones de la sociedad civil y posteriormente va entrando a ciertas organizaciones gubernamentales, sin embargo se indica que es muy poco lo que se ha trabajado al respecto y que dicha labor ha sido fragmentada.

De acuerdo con el Informe señalado, el primer Diagnóstico sobre Género y Masculinidad se elaboró en el año 2000, en cuyo informe se concluye, entre otros aspectos, lo siguiente: “Aunque los hombres panameños tienen cierta disposición y de hecho ya asumen ciertos roles que tradicionalmente se consideran propios

de las mujeres, la sociedad aún tiene suficientes mecanismos para impedir un mayor cambio de actitud presión de grupo. Medios de comunicación, escuela (...). La aplastante realidad ha hecho que los hombres panameños duden de los valores involucrados que les hacían masculinos y muestren cierta confusión sobre qué es lo que los hace ser hombres hoy. Eso no quiere decir, que estén totalmente dispuestos a construir en base de igualdad, lo que sí reconocen es que necesitan entender y adaptarse al cambio”.

Por su parte, en estudio celebrado por CEFA, Hombres Valiosos, elaborado en el año 2007, que explora las actitudes y prácticas de hombres que residen en corregimientos populares, tanto de bajo nivel educativo, como hombres de nivel universitario, se concluyó: “..hay ciertos cambios en el pensamiento masculino, por lo menos en cuanto al patrón de crianza y en relación con los hijos-hijas. Ello ha generado modificaciones en la relación con las mujeres apoyándolas más en la educación y en la atención del hogar”.

Finalmente consideramos de interés anotar que recientemente, en la resolución emitida en el 59º Período de sesiones de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer de la Organización de las Naciones Unidas, celebrada del 9 al 20 de marzo de 2015, se expresó preocupación y se reconoció “que 20 años después de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, ningún país ha logrado plenamente la igualdad y el empoderamiento de las mujeres y las niñas, persisten niveles



elevados de desigualdad entre las mujeres y los hombres, las niñas y los niños en todo el mundo, y que muchas mujeres y niñas sufren formas múltiples

e interrelacionadas de discriminación, vulnerabilidad y marginación durante todo su ciclo de vida”.

CONCLUSIONES

Queremos concluir señalando que la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada el 18 de diciembre de 1979 en la Asamblea General de las Naciones Unidas expresa en sus considerandos que: “la máxima participación de la mujer, en igualdad de condiciones con el hombre, en todos los campos, es indispensable para el desarrollo pleno y completo de un país, el bienestar del mundo y la causa de paz” y a ello, señalamos nosotros, aspiramos todas las mujeres trabajadoras.

Es por ello que en la medida en que sean superadas esas estructuras preexistentes del rol femenino, fundamentalmente en las actividades relativas a los hijos y al quehacer doméstico en general; el que se comprenda que las parejas al determinar su voluntaria unión para vivir en familia, ello conlleva igualdad de responsabilidades, deberes y también derechos. Que el hombre en igual condición de persona con capacidades mentales y físicas que la

mujer, comparta por igual la crianza de los hijos y demás actividades propias del hogar, por cuanto no constituyen deberes exclusivos de la mujer, máxime cuando ésta desempeña actividad laboral fuera del hogar.

Sobre el tema hay posturas diversas, cuestionamientos; sin embargo, en nuestra opinión, en la medida en que el hombre, el padre, asimile que su rol va más allá de ser proveedor, lo que en la realidad actual ya no es absoluto, por cuanto el sustento del hogar se da con la ayuda de la mujer, encontraremos otra actitud de esos hombres hacia la mujer trabajadora, en los lugares de empleo y por ende, en la sociedad.

De allí lo relevante de tomar conciencia de la discriminación de la mujer trabajadora, a fin de erradicarla, lo que conlleva beneficios tanto en la vida familiar, célula de la sociedad, como en el ambiente laboral, al lograr más equilibrio entre los géneros.



BIBLIOGRAFÍA

- Bourdieu, Pierre. La dominación masculina. Barcelona, Anagrama.
- Perfil de Género de la Economía Panameña. Panamá, 2010.
- V Informe Nacional Clara González "Situación de la Mujer en Panamá", 2013.
- OIT Trabajo Decente e Igual de Género.
- Informe país ante la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, 59º Período de Sesiones de la ONU.
- Resolución del 59º Período de Sesiones de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer de la ONU.

TEXTOS LEGALES

- Constitución Política de la República de Panamá.
- Código de Trabajo
- Convenios 100 y 111 de la OIT



ROSALINDA ROSS S. DE GONZÁLEZ

en Metodología de la Investigación en Ciencias Sociales.

Ejerció como litigante y como docente en varias Universidades del país, a nivel de licenciatura, diplomados, postgrados y maestrías.

Se ha desempeñado en el área jurisdiccional como Juez Seccional de Menores, Chiriquí - Bocas del Toro, Juez Sexto del Circuito, Ramo Penal; Juez Primero, Segundo y Tercero, Seccional de Trabajo, Magistrada Suplente del Tribunal Superior de Trabajo del Segundo Distrito Judicial con sede en Santiago, provincia de Veraguas y actualmente es Magistrada del Tribunal Superior de Trabajo, del Primer Distrito Judicial, con sede en la ciudad de Panamá, el cual presidió en el año 2012.

Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Panamá, Capítulo de Honor Sigma Lambda; Postgrado en Métodos Alternos de Resolución de Conflictos; Postgrado y Maestría en Derecho Laboral, en grado Summa Cum Laude, de la Universidad Santa María La Antigua. Maestría en Derecho Procesal; Postgrado y Maestría en Docencia Superior y Especialización



INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

Publicación de ensayos

Editorial y Publicaciones del Órgano Judicial publica trimestralmente la revista de contenido jurídico titulada "*Sapientia*", escrita por funcionarios del Órgano Judicial y profesionales de reconocida trayectoria, dirigida a la comunidad forense nacional e internacional y demás interesados en temas del derecho.

El ensayo, de 8 a 12 páginas de extensión, debe ser escrito a doble espacio, en letra arial N°12 en hoja tamaño 8 y ½ x 11 (formato carta, documento word). Al inicio debe incluirse un resumen de no más de 100 palabras en idioma Español y palabras claves, ambos con su traducción al idioma Inglés.

Deben estar correctamente escritos en cuanto a su gramática, sintaxis y estilo, sin errores de ortografía y puntuación. No deben haber sido publicados ni en medios impresos ni digitales, total ni parcialmente; deben ser originales y contener doctrina, jurisprudencia y derecho comparado. El desarrollo de temas técnicos debe contemplar rigor científico.

Se recomienda que las citas y referencias bibliográficas se presenten acompañadas de la correspondiente bibliografía manteniendo un único sistema de cita bibliográfica, de preferencia APA (Asociación Psicológica Americana).

En documentos aparte, los autores deben enviar un resumen de su hoja de vida de 10 líneas de extensión en formato word, y una foto tamaño carné tomada de frente en formato jpg; todo enviado al correo sapientia@organojudicial.gob.pa. ***Los ensayos se recibirán durante el transcurso del año.***

Proceso de selección

Los textos serán sometidos a una revisión temática por los editores de la revista; una vez aprobados, pasarán al Consejo Editorial quien evaluará los contenidos. Se notificará a los autores del resultado de la evaluación que puede ser:

- Rechazado (inapelable)
- Aceptación condicionada. Se indicarán las recomendaciones del Consejo Editorial al autor quien debe atenderlas para que su escrito sea publicado.
- Aceptación. El artículo será publicado sin modificaciones sustanciales. Los artículos aceptados serán programados para su publicación, fecha que le será informada a los autores.

Para lograr apertura editorial se recurre a Evaluadores Externos especialistas en los diversos temas.





**Departamento de
Imprenta
de la
Dirección de
Editorial y
Publicaciones**

