

MIRTHA VANEGAS DE PAZMIÑO -- VICTOR L. BENAVIDES P. -- ALBERTO CIGARRUISTA CORTEZ -- JERÓNIMO MEJÍA E. -- HARLEY J. MITCHELL D. -- OYDÉN ORTEGA DURÁN -- ANÍBAL SALAS CÉSPEDES -- WINSTON SPADAFORA FRANCO
CARLOS H. CUESTAS G. (Secretario General)

ADVERTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADA POR LA LCDA. ROSARIO DE BRANDAO, EN REPRESENTACIÓN DE TERESITA PRETEL DE HINCAPIE, CONTRA LOS ARTICULOS 195-D, 195-E Y 195-F DE LA LEY NO. 60 DE 1999. PONENTE. OYDÉN ORTEGA DURÁN. PANAMÁ, DIEZ (10) DE MARZO DE DOS MIL NUEVE (2009).

Tribunal:	Corte Suprema de Justicia, Panamá
Sala:	Pleno
Ponente:	Oydén Ortega Durán
Fecha:	10 de marzo de 2009
Materia:	Inconstitucionalidad
	Advertencia
Expediente:	1030-03

VISTOS:

Procedente del Juzgado Octavo del Primer Circuito de Panamá, ramo penal, esta Superioridad ha recibido la Advertencia de Inconstitucionalidad presentada por la Magister ROSARIO GRANDA DE BRANDAO, Defensora de Oficio, dentro del proceso penal seguido a TERESITA PRETEL DE HINCAPIÉ por el presunto delito de Retención Indevida y Evasión del Pago de Cuotas a la Caja del Seguro Social, contenido en el artículo 195 - D del Libro II, Título IV, Capítulo VI del Código Penal, adicionado mediante la Ley 60 de 1999.

NORMA LEGAL ADVERTIDA DE INCONSTITUCIONALIDAD.

El texto legal cuya constitucionalidad se cuestiona se encuentra contenido en el artículo 195 D del Código Penal, que a la sazón dispone:

Artículo 195-D. El que retenga las cuotas obrero- patronales y no las remita a la Caja de Seguro Social, dentro del término de tres meses luego que surge la obligación de pagar, incurrirá en pena de prisión de 2 a 4 años.

Igual sanción se le aplicará al empleador, al representante legal o al que, en una u otra forma, ordene al gerente, administrador o contador, retener la entrega de las cuotas.

TEXTOS CONSTITUCIONALES QUE SE ESTIMAN VIOLADOS

Advierte la Magister GRANDA DE BRANDAO, que el artículo 195 D del Código Penal vulnera los artículos 21 y 32 de la Constitución Política de la República. Las disposiciones en cuestión señalan:

ARTICULO 21. Nadie puede ser privado de su libertad, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, expedido de acuerdo con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la Ley. Los ejecutores de dicho mandamiento están obligados a dar copia de él al interesado, si la pidiere.

El delincuente sorprendido in fraganti puede ser aprehendido por cualquier persona y debe ser entregado inmediatamente a la autoridad.

Nadie puede estar detenido más de veinticuatro horas sin ser puesto a órdenes de la autoridad competente. Los servidores públicos que violen este precepto tienen como sanción la pérdida del empleo, sin perjuicio de las penas que para el efecto establezca la Ley.

No hay prisión, detención o arresto por deuda u obligaciones puramente civiles.

ARTICULO 32. Nadie será juzgado, sino por autoridad competente y conforme a los trámites legales, y no más de una vez por la misma causa penal, administrativa, policiva o disciplinaria.

Respecto al artículo 21 del Estatuto Fundamental, la advirtente estima que el artículo 195 D del Código Penal le contraría, en la medida que `Señala que igual sanción se le aplicará al empleador al representante legal (sic) o al que ejerce igual función al Gerente Administrador o Contador; lesionando de esta manera este principio o esta máxima que exige la no existencia de prisión, detención o arresto por deudas y obligaciones puramente civiles"

Asimismo, la demandante sustenta que la norma impugnada quebranta el artículo 32 de la Carta Fundamental lo que ocurre, a juicio de la advirtente, al ignorar la disposición atacada el principio del debido proceso "que tutela el derecho que le asiste a toda persona a que sea juzgado tanto por una autoridad competente imparcial y según el trámite legal"

OPINIÓN DE LA PROCURADURÍA DE LA NACIÓN

En cumplimiento del mandamiento legal, correspondió a la Señora Procuradora General de la Nación exteriorizar la posición del Ministerio Público, dentro de la presente advertencia de inconstitucionalidad.

La representante del Ministerio Fiscal es del criterio que la norma atacada no es inconstitucional, para lo cual sustenta su tesis en los siguientes argumentos:

"Al observar el tipo penal descrito, estamos convencidos que la conducta tipificada no guarda relación alguna con una obligación puramente civil como lo describe la actora, y ello es así, ya que una vez el empleador recauda lo concerniente a la cuota obrero patronal, debe remitirlo a su destinatario, es este caso, la Caja del Seguro Social, a quien pertenece conforme a la ley, por lo que la conducta que se sanciona es la retención indebida de estos dineros pertenecientes a la Caja del Seguro Social y no de un dinero que está relacionado con una actividad meramente civil entre partes"

Respecto a la responsabilidad que cabe al representante legal, como consecuencia de las obligaciones asumidas por la empresa, la Procuradora General de la Nación, es del criterio que:

"Es claro que en nuestra legislación puede constituirse como empleador una persona natural o jurídica, lo que a criterio de la magíster GRANDA DE BRANDAO, en el caso de éstas últimas, trasladaría la eventual responsabilidad de la persona jurídica, como suscriptor de una obligación civil con la Caja de Seguro Social, a su representante legal. Respecto a esto debemos recordar que la cuota obrero patronal, una vez deducida, se constituye en patrimonio de la Caja de Seguro Social y a quien se sanciona es a la persona que ordene o ejecute la retención indebida, ya sea el empleador, representante legal u otra persona que esté en capacidad de hacerlo, como bien lo plantea el contenido del artículo 195-D"

EXAMEN DE LA CAUSA Y DECISIÓN DEL PLENO

La inconformidad de la advirtente descansa en que, a su juicio, el artículo 195 D del Código Penal, quebranta esenciales disposiciones constitucionales referidas a la exclusión de penas derivadas de obligaciones meramente civiles, así como la vulneración del derecho fundamental al debido proceso.

Respecto a las inquietudes constitucionales que asaltan a la Magíster GRANDA DE BRANDAO, el Pleno procede a abordar los tópicos contemplados, siguiendo la numeración planteada por la Carta Magna.

El cuestionamiento constitucional que eleva la advirtente apunta, entre otras cosas, respecto al carácter de obligación civil que, presume, contiene la obligación de pago de la cuota de seguridad social, por parte de los empleadores.

De ahí que sea pertinente establecer si la obligación descrita es de origen civil, o si, por el contrario, presenta una calidad distinta que la haga susceptible de sanción penal en caso de incumplimiento.

Para tal fin, debemos recordar aquí la ya conocida clasificación de los tributos, admitida de más por la jurisprudencia de este Pleno (fallos de 21 de octubre de 1994, 24 de abril de 1996 y 20 de marzo de 1997) que distingue entre impuestos, tasas y contribuciones especiales.

En cuanto a las contribuciones especiales, éstas constituyen una modalidad de tributo cuya obligación tiene, como hecho generador, beneficios nacidos de la ejecución de obras públicas o de actividades estatales. Es precisamente bajo ésta singularidad que la doctrina ubica a los aportes en concepto de seguridad social. Por ello,

VALDÉS COSTA, en su celebrado Curso de Derecho Tributario, en el capítulo dedicado a las contribuciones especiales, como especie tributaria independiente del impuesto y la tasa, manifiesta:

"En el derecho contemporáneo la manifestación más importante se registra en el campo de la seguridad social, servicios que se organizan y funcionan, sin duda, con fines de interés general, como sucede en la construcción de obras públicas, pero también, al igual que éstas, proporcionan ventajas a determinados individuos. El fundamento de reclamar una contribución para el financiamiento de esos servicios a quienes se benefician de su existencia, es, pues, el mismo que en el caso de la contribución de mejoras. Las ventajas en estos casos tienen características más imprecisas que en el caso anterior, pero indudablemente existen." (VALDÉS COSTA, Ramón, "Curso de Derecho Tributario", Tercera Edición, Editorial Temis, Bogotá, 2001, p.194)

Para entender este concepto en su complejidad, es pertinente ocuparse del origen y las características de la obligación tributaria. Ésta, como es bien sabido, tiene su origen en la Ley y excluye, en consecuencia, el carácter voluntario del pago, a ese respecto el ex Magistrado Rogelio Fábrega Zarak se ocupó de desarrollar esta esencial premisa, cuando señaló:

"Resulta evidente que la obligación tributaria nace de la Ley, ajena a cualquier carácter de voluntad del particular o concurso de éstas, La diferencia entre las obligaciones voluntarias y las legales consiste en que las primeras nacen de la voluntad de las personas amparadas por la ley; y las segundas surgen de la ley cuando se produce el hecho que en ella se prevé (hecho imponible), que constituye el presupuesto de hecho de la obligación ex lege. Estos presupuestos de hecho de la obligación han de estar rígida e inderogablemente configurados y definidos en la propia norma que impone la obligación." (FABREGA ZARAK, Rogelio "La Determinación de la Obligación Tributaria", Registro Judicial, julio de 1996)

Entonces, la obligación tributaria tiene su origen en la norma legal, y en el caso de la liquidación de la cuota obrero patronal en la Ley Orgánica de la Caja de Seguro Social, que para el caso penal dentro del cual se provocó la advertencia, correspondía al artículo 35-B del Decreto Ley 14 de 27 de agosto de 1954, dicha exceda es categórica en señalar la obligación de los patronos respecto al pago de la cuota, cuando señalaba:

Artículo 35-B. Los patronos o empleadores estarán obligados a deducir a sus trabajadores las cuotas a que se refiere el literal a) del artículo 24,, de la presente Ley. Igualmente,, estarán obligados a pagar en efectivo a la Caja de Seguro Social, las cuotas obrero patronales dentro del mes siguiente al que correspondan, según las fechas que establezcan en el reglamento que dictará la Caja de Seguro Social. La Caja de Seguro Social determinará si aplica el sistema de planilla o cualquier otro, en la recaudación de las cuotas de los asegurados y patronos o empleadores y, reglamentará las sanciones que ocasiona el incumplimiento del sistema, por parte del patrono.

La Caja de Seguro Social estará obligada a informar a los asegurados que lo soliciten, el número y monto de las cuotas que a nombre de ellos haya recibido." (lo resaltado es nuestro)

La lectura de la norma transcrita es diáfana en caracterizar que la obligación del patrono implica la deducción de la cuota del asegurado (literal a del artículo 31) y la liquidación del mismo a la Caja de Seguro Social, junto con la cuota que corresponde al empleador (literal b del artículo 31). El profesor Edison Gnazzo, al ocuparse de la interpretación que debe darse a las consecuencias penales, contenidas en el artículo 195-D del Código Penal, indicó:

"Es evidente que las mismas incluyen sólo como retención la cuota del trabajadores (sic), que son los contribuyentes, siendo los patronos los retenedores o responsables. Por su parte, la cuota patronal es un verdadero impuesto, cuyo contribuyente es precisamente el patrono." (GNAZZO, Edison, "Impuestos y Gastos Públicos de la República de Panamá. Editora Sibauste, Panamá, 2003, p.389). (lo resaltado es nuestro)

Si bien el desdoblamiento del carácter de los pagos a la Caja del Seguro Social que

sugiere el profesor GNAZZO, -para quien es contribución especial la que hace el empleado y es impuesto el pago que hace el empleador- puede estar sometido a cuestionamientos por parte de la doctrina, entre ellos el propio VALDÉS COSTA, quien prefiere ubicarlo todo bajo la figura de la contribución especial. Este último es claro al enunciar que, desde el punto de vista jurídico tributario no hay incertidumbre en que dichos aportes a la seguridad social están comprendidos bajo el concepto genérico de tributos, por lo que la duda solo existiría "en cuanto a qué especie pertenecen" (VALDÉS COSTA, Ramón, op. cit., p. 235).

El deber del empleador, como consecuencia de la obligación señalada por la Ley, no es, como considera la advirtente, una obligación civil, sino evidentemente una de carácter tributario que, incluso, permite a la entidad el cobro por vía coactiva.

Téngase presente que el deber del empleador no sólo descansa en el pago de su correspondiente obligación, sino que ésta última se extiende hasta la liquidación de los montos deducidos de los trabajadores, de ahí que la no entrega del dinero a su destinatario final, implique el hacerse con fondos que inicialmente pertenecen al trabajador quien lo entrega a la seguridad social por conducto del patrono, a través de la retención en la fuente, sino que, de hecho, se hace con dineros de la Caja de Seguro Social, respecto a quien actúa como agente captador, adquiriendo frente a aquella una auténtica responsabilidad sustitutiva.

Sobre la posición del responsable sustituto, el Tribunal Fiscal de la República de Argentina, ha señalado:

"Al extender las obligaciones impositivas a personas diversas del sujeto de la ley tributaria puede dar un paso más sustituyendo completamente al sujeto pasivo en las relaciones con la administración financiera por una persona distinta, que ocupa el puesto de aquél y queda por consiguiente, obligada -no junto al sujeto pasivo, sino en lugar del mismo- al cumplimiento de todas las obligaciones, tanto materiales como formales, que derivan de la relación jurídica impositiva. Esta responsabilidad sustitutiva, hace a la constitución misma de la relación impositiva, de suerte tal que el Fisco solo mantiene relación jurídica con el sustituto" (Ekman y Co. A.B."; TFN, sala "AA", 17/11/1997).

Si bien la protección establecida por la Norma Esencial, contenido en su artículo 21, respecto a la prohibición de penas de prisión por obligaciones meramente civiles constituye una reacción al proceso romano de la "Legis Actio Per Manus Iniectio", y una protección esencial en cualquier sistema procesal moderno, el deber, cuyo incumplimiento acarrea la sanción penal cuestionada, es de carácter marcadamente tributario.

La vulneración del deber de entregar, a la Caja de Seguro Social, las cuotas obrero patronales retenidas, ubica la conducta dentro del llamado derecho penal financiero, específicamente bajo la noción de delito tributario, definido por Matteis como "la conducta voluntaria positiva o negativa que ocasiona un evento lesivo o peligroso para el interés financiero del Estado o de las otras entidades a quienes se ha reconocido poder financiero, conducta que se reprime por la ley con una pena" (Citado por RODRÍGUEZ SASTRE, Antonio, "Derecho Penal Financiero: El Delito Tributario", Revista Española de Financiación y Contabilidad, Vol. VI, n. 20 y 21, abril-junio y julio septiembre de 1977, p. 138).

La observación que plantea la accionante, no concurre en violación de la norma esencial, habida cuenta que la obligación del patrono, respecto al pago de las cuotas de seguridad social no puede ser concebidas como obligaciones de carácter civil, sino de naturaleza tributaria.

Asimismo, aunque la advirtente no abordó a profundidad la forma en que el artículo 195 D del Código Penal vulnera el derecho al debido proceso, que consagra el artículo 32 de la Carta Política, no distingue esta Superioridad cómo el tipo penal vulnera éste preciado principio procesal.

Resulta evidente que, al momento de excluirse la viabilidad jurídica del cuestionamiento, que la advirtente sobre la base del artículo 21 de la Constitución Política, el procedimiento a seguir es el mismo que para cualquier otra conducta tipificada por el Código Penal, de ahí que no exista ninguna disposición que vulnere el

derecho fundamental al debido proceso.

No contiene la norma una disposición que implique una limitación a la tutela legal efectiva, al derecho a la defensa, no crea jurisdicciones especiales y se atiene a un procedimiento preterdeterminado por la Ley.

Así, en virtud a las consideraciones antes expuestas, esta Superioridad es del criterio que el procedimiento establecido por la Ley no conculca los derechos consagrados en la Carta Constitucional.

En mérito de lo expuesto, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECLARA QUE NO ES INCONSTITUCIONAL el artículo 195 D del Código Penal.

Notifíquese y Publíquese en la Gaceta Oficial.

OYDÉN ORTEGA DURÁN

ANÍBAL SALAS CÉSPEDES -- WINSTON SPADAFORA FRANCO -- ADÁN ARNULFO ARJONA L. -- ESMERALDA AROSEMENA DE TROITIÑO -- VÍCTOR L. BENAVIDES P. -- ALBERTO CIGARRUISTA CORTEZ - JERÓNIMO MEJÍA E. -- HARLEY J. MITCHELL D.
CARLOS H. CUESTAS (Secretario General)

ADVERTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADA POR EL LICENCIADO ETHELBERT MAPP EN REPRESENTACIÓN DE YAMAN SING. CONTRA EL ARTÍCULO 16 #8 Y 27 A DE LA LEY 30 DE 8 DE NOVIEMBRE DE 1985, REFORMADA POR LA LEY 15 DE 22 DE JUNIO DE 2007 DEL CÓDIGO FISCAL. PONENTE: ALBERTO CIGARRUISTA CORTÉS. PANAMÁ ONCE (11) DE MARZO DE DOS MIL NUEVE (2009).

Tribunal:	Corte Suprema de Justicia, Panamá
Sala:	Pleno
Ponente:	Alberto Cigarruista Cortez
Fecha:	11 de marzo de 2009
Materia:	Inconstitucionalidad Advertencia
Expediente:	776-08

VISTOS:

Conoce el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, la Advertencia de Inconstitucionalidad promovida por el licenciado Ethelbert Mapp contra los artículos 16 #8 y 27-A de la Ley 15 de 22 de mayo de 2007, que modifica la Ley 30 de 1984.

A juicio de quien recurre, dichas normativas contravienen lo preceptuado en los artículos 32 y 17 de la Constitución Nacional.

Consideraciones y Decisión del Pleno:

Como quiera que toda actuación que se impetra ante los tribunales de justicia debe cumplir con requisitos mínimos de formalidad, corresponde determinar si aquellos señalados para las Advertencias de Inconstitucionalidad, se cumplen en la controversia que nos ocupa.

En ese sentido indicamos, que nos encontramos frente a una inusual advertencia de inconstitucionalidad, ya que la misma se ha anunciado y sustentado dentro de un acta de audiencia oral. Esta situación conlleva a recordar que este tipo de acciones requiere para su procedencia, el cumplimiento de los presupuestos establecidos para las acciones de inconstitucionalidad y lo dispuesto en el artículo 665 del Código Judicial. En esa medida se requiere de un libelo de demanda, que no existe en este caso, donde se señalen aspectos generales de las partes, lo que tampoco se hace presente en esta ocasión. Incumpléndose en este sentido con los presupuestos básicos de la advertencia de inconstitucionalidad.

Por otro lado se expone dentro del acta de audiencia que contiene la advertencia de inconstitucionalidad, que la misma se impetra "contra la modificación de la Ley 30 de 1984, específicamente en el numeral 8 del artículo 16 de la Ley 15 de 22 de mayo de 2007, al igual que el artículo 27-A....". Esta redacción no conduce a otra conclusión de que nos encontramos frente a la impugnación de dos normas de la Ley 15 de 2007.