

## REPÚBLICA DE PANAMÁ

## ÓRGANO JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- PLENO.- PANAMÁ, DIECISIETE (17) DE JULIO DE 2007.

## VISTOS:

El licenciado Paulo Vega Batista, actuando en nombre y representación de Arquimedes Saez Castillo, ha solicitado al Pleno de la Corte Suprema de Justicia que declare la inconstitucionalidad de la Resolución S/N de 17 de agosto de 2005, proferida por la Procuradora General de la Nación, Ana Matilde Gómez Ruiloba.

Por admitida la presente acción de inconstitucionalidad se procede a conocer los fundamentos de hecho y de derecho en que se basa esta pretensión constitucional.

## HECHOS EN LOS QUE SE FUNDAMENTA LA DEMANDA

Relata el demandante que el 16 de agosto de 2005, se inició un proceso penal por supuesto delito de corrupción en contra de Arquimedes Saez Castillo, en ese momento Fiscal Segundo de La Chorrera, en virtud de denuncia promovida por Miguel Ángel Sambrano Espino.

Continúa explicando el actor, que para el día siguiente se ordenó la apertura del proceso penal, en tanto que la Fiscalía Auxiliar de la República le solicitó a la Procuradora General de la Nación, "a través del oficio 34074 de 17 de agosto de 2005 (previa resolución de esa misma fecha), les autorice para realizar una operación encubierta en la cual se grabe y filmen "CONVERSACIONES PRIVADAS, que sostendrían o pudieran sostener los señores MIGUEL ANGEL SAMBRANO ESPINO, CARLOS SMITH (a) CALITIN, y/o el Fiscal ARQUIMEDES SAEZ CASTILLO".

Agrega el activador constitucional que el Sub-Secretario de la Procuraduría General de la Nación le remitió al Agente de Instrucción Delegado de la Fiscalía Auxiliar de la República, "la resolución fechada 17 de agosto de 2005, por medio de la cual la Procuradora General de la Nación, AUTORIZA al Fiscal Auxiliar de la República, Lic. LUIS MARTÍNEZ, para que "...por intermedio del Agente de Instrucción Delegado, o cualquier otro funcionario que estime conveniente, intervenga y grave las conversaciones que se produzcan a través de los teléfonos 6572-5589, 6530-3449, 253-4041 y 6581-1061".

Con vista de la resolución anterior, señala el demandante, el Fiscal Auxiliar de la República ordenó, mediante providencia de 20 de agosto de 2005, la intervención y grabación de las conversaciones telefónicas y adoptó otras disposiciones para llevar a cabo la operación encubierta, dándole cumplimiento así a lo mandado por la Procuradora General de la Nación (fs.2-3).

## DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES INFRINGIDAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.

El activador constitucional cita la infracción del artículo 29 de la Constitución Política, en concepto de interpretación errónea, así como del artículo 32 constitucional de manera directa por omisión.

Es así que el demandante manifiesta que la interceptación de las comunicaciones privadas debe hacerse de conformidad con el artículo 18 de la Ley No.23 de 1986, el cual condiciona de manera expresa al contenido del artículo 29 del Estatuto Fundamental. Y es que también se ha producido una infracción, explica el actor, con relación al artículo 18 de la Ley No.13 de 1994, que adicionó el artículo 21-B a la Ley No.23 de 1986, que corresponde al artículo 26 del Texto Único.

De acuerdo al accionante "Con la sola lectura, se puede apreciar que esta disposición citada, contiene un mecanismo de "reenvío legal" con la cual condiciona su aplicación al texto de otra disposición que en este caso corresponde al artículo 29 de la Constitución. En consecuencia, todo operador de justicia antes de proceder a la aplicación del artículo 26 de la Ley 23 de 1986, está OBLIGADO de manera ineludible, por mandato de la misma ley consultada, a remitirse y sujetarse al texto normativo del artículo 29 de la Constitución".

La intervención de las llamadas telefónicas puede darse, indica el activador constitucional, sujeta a los requisitos y restricciones contenidos en el artículo 29 de la Constitución Política y, de no hacerse de esa manera, se estaría incurriendo en una violación al procedimiento legalmente establecido, es decir, una infracción a la garantía constitucional del debido proceso. Por lo tanto, agrega, todo lo que derive o se produzca a consecuencia de dicha violación, también se vería viciado de nulidad.

Resalta el licenciado Vega Batista que con las últimas reformas constitucionales realizadas a la Constitución Política, a través del Acto Legislativo No.1 de 27 de julio de 2004, publicadas el 15 de noviembre de 2004, para la intervención de las comunicaciones privadas, incluidas las llamadas telefónicas de acuerdo al artículo 29 constitucional, se requiere de la aprobación o autorización de una autoridad judicial, que no se requería antes de las reformas constitucionales, señala el actor, pues en aquel caso sólo se requería de autorización de la autoridad competente, indicando la jurisprudencia de la Corte Suprema que en los casos de intervención de llamadas telefónicas, la autoridad competente era el Procurador General de la Nación. Pero, ahora, indica el demandante, ese mandato deben darlo los tribunales de justicia.

Como segundo aspecto a resaltar, el activador constitucional señala que, como anotó anteriormente, la autorización para grabar, filmar y escuchar las llamadas telefónicas en procesos penales por delitos graves, la daba el Procurador General de la Nación, sustentada dicha acción en el citado artículo 26 del Texto Único de la Ley No.23 de 30 de diciembre de 1986, del artículo 29 de la Constitución Política antes de las reformas constitucionales de 2004 y según la jurisprudencia de la Corte Suprema, situación que cambia drásticamente con el actual artículo 29 del Estatuto Fundamental que lo sujeta al órgano jurisdiccional.

Es más, sostiene el licenciado Vega Batista, que en las Actas de las Sesiones Extraordinarias del Pleno de la Asamblea Nacional de Diputados, se dejó plasmado la intención del Legislador de suprimir al Procurador General de la Nación la facultad de intervenir las llamadas telefónicas, para darle esa atribución a los tribunales de justicia, en los respectivos negocios penales.

Ahora la autorización para la intervención de las comunicaciones privadas debe ser por parte de la autoridad judicial, expresa el actor, y los agentes del Ministerio Público, incluida la Procuradora General de la Nación, no son funcionarios judiciales, sino funcionarios de instrucción.

Indica el licenciado Vega Batista que en el caso de su representado, por tratarse en ese momento de un funcionario con mando y jurisdicción en una provincia, la autoridad judicial competente para ordenar la intervención de las llamadas telefónicas lo era el Segundo Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial de Panamá y no la Procuradora General de la Nación. Por ello, el activador constitucional culmina solicitando que se declare que es inconstitucional la Resolución de 17 de agosto de 2005, proferida por la Procuradora General de la Nación y, en consecuencia, se declare la nulidad de todo lo actuado a partir de dicha actuación inconstitucional (fs.4-13).

#### OPINIÓN DE LA PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN

La Procuraduría de la Administración, mediante Vista No.069 de 6 de febrero de 2007, solicitó al Pleno de Corte Suprema que declare inconstitucional la Resolución de 17 de agosto de 2005, proferida por la Procuradora General de la Nación, en la que autorizó al Fiscal Auxiliar de la República a intervenir y grabar las conversaciones telefónicas de Arquimedes Sáez Castillo.

Advierte la Procuraduría de la Administración que si bien es posible autorizar la grabación de conversaciones telefónicas, "tal como lo dispone el artículo 18 de la Ley 13 de 1994 que adiciona el artículo 21-B de la Ley 3 de 1986, no lo es menos que esa misma norma legal indica que está sujeta a lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución Política de la República, el cual fue objeto de reforma a raíz del Acto Legislativo de 1 de noviembre de 2004, estableciéndose de manera expresa en su penúltimo párrafo, que todas las comunicaciones privadas son inviolables y no podrán ser interceptadas o grabadas, sino por mandato de autoridad judicial; texto vigente al momento en que se profirió la resolución objeto de la acción que nos ocupa".

Razón le asiste al demandante, indica la Procuraduría de la Administración, al solicitar que se declare inconstitucional la resolución censurada, pues contradice abiertamente el contenido del artículo 29 de la Carta Magna, pues el mismo expresa que las conversaciones telefónicas sólo pueden ser interceptadas por mandato de autoridad judicial, con lo cual también se desprende la infracción de la garantía constitucional del debido proceso contenida en el artículo 32 de la Constitución Política, toda vez que el acto demandado no fue dictado por autoridad judicial, es decir, "por los magistrados o jueces que integran la Corte Suprema de Justicia, los tribunales o los juzgados establecidos por la ley".

Finalmente sostiene el Procurador de la Administración que existe una infracción constitucional, ya que el acto censurado fue emitido "por la Procuradora General de la Nación, que no es parte del Órgano Judicial, por lo que carece de facultad para ordenar una medida que, a la luz del texto vigente del artículo 29 de nuestra Carta Magna, corresponde de manera privativa a la autoridad judicial, es decir, a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, los tribunales y los juzgados establecidos por la ley" (fs.58-64).

#### FASE DE ALEGATOS

Cumpliendo con la ritualidades que gobiernan este tipo de procesos constitucionales, el negocio se fijó en lista por el término de ley para que el activador constitucional o cualquier persona interesada hiciera uso del derecho de argumentación.

En ese sentido, el licenciado Paulo Vega Batista presentó alegatos por escrito en el que insiste solicitarle al Pleno de esta Corporación de Justicia que declare la inconstitucionalidad de la Resolución de 17 de agosto de 2005, proferida por la Procuraduría General de la Nación, toda vez que las llamadas telefónicas solo pueden ser interceptadas y grabadas por autoridad judicial y la Procuradora, agrega, no constituye una autoridad judicial (fs.71-78).

Por su parte, el licenciado Arquimedes Sáez Castillo presentó en su propio nombre y representación, argumentos solicitando, en abono a lo expuesto por su mandante, la declaratoria de inconstitucionalidad de la Resolución de 17 de agosto de 2005, emitida por la Procuradora General de la Nación, tal como lo reconoció el Procurador de la Administración.

En el escrito de alegatos, el licenciado Sáez cuestiona opiniones del Secretario General de la Procuraduría General de la Nación dada en los medios de comunicación, en un abierto desafío a la Procuraduría de la Administración y tratando de dilucidar temas que deben ser resueltos en los tribunales de justicia, por lo que solicitó también que ante esto, se tenga como una formal queja o como un mecanismo para iniciar un proceso disciplinario en contra de dicho funcionario.

También sostiene el licenciado Sáenz que la calidad de autoridad judicial solamente la mantienen los tribunales de justicia, desde los magistrados de la Corte, tribunales superiores y jueces de circuito y municipales, y que, a contrario sensu, la Procuradora General de la Nación, fiscales y personeros no tienen la condición de autoridad judicial (fs.82-85).

#### CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Por conocidos los argumentos en los que se apoya el activador constitucional, como la opinión de la Procuraduría de la Administración y alegatos presentados, procede el Pleno de la Corte Suprema a resolver la pretensión constitucional planteada.

El accionante demandó la inconstitucionalidad de la Resolución de fecha 17 de agosto de 2005, por medio de la cual la Procuradora General de la Nación, Ana Matilde Gómez Ruiloba, autorizó al Fiscal Auxiliar de la República a intervenir y grabar las conversaciones telefónicas que se produjeran en los teléfonos 6572-5589, 6530-3449, 253-4041 y 6581-1061, dentro de un sumario instruido en contra de Arquimedes Sáez Castillo, por la presunta comisión de un delito contra la administración pública (corrupción de servidores públicos), hecho denunciado por Miguel Ángel Zambrano Espino.

Y es que el activador constitucional cuestiona que la autorización para intervenir y grabar las conversaciones telefónicas de su representado fueron dadas por la Procuradora General de la Nación, la cual no constituye una autoridad judicial. Explica el actor, que de acuerdo a las reformas constitucionales introducidas a la Constitución Política, específicamente en el artículo 29, en noviembre de 2004, las conversaciones telefónicas solamente pueden ser intervenidas y grabadas por mandato de autoridad judicial, entendida como tal los magistrados de la Corte, de tribunales superiores y los jueces de circuito y municipales, y que la Procuradora General de la Nación no constituye una autoridad judicial que, si bien coadyuva con ésta, tiene la función de instrucción sumarial y que, por lo tanto, no forma parte del Órgano Judicial.

Es de suma importancia entonces analizar la evolución constitucional que ha tenido Panamá en el tema de la inviolabilidad de la correspondencia y las comunicaciones privadas. Así, en la Constitución Política de 1904, el artículo 28 señalaba específicamente que la correspondencia y demás documentos privados eran inviolables y no podían ser ocupados ni examinados sino por disposición de autoridad judicial competente.

Por su parte, en el Texto Constitucional de 1941 se reiteraba la garantía de la inviolabilidad de la correspondencia y demás documentos privados, ya que disponía que sólo podían ser ocupados o examinados por disposición de juez competente.

En la Constitución Política de 1946, se sustituyó el término autoridad judicial o juez competente por la de autoridad competente, como la autorizada para ocupar o examinar la correspondencia y demás documentos privados. No obstante lo expresado, el ilustre constitucionalista panameño doctor César Quintero, al estudiar ese Texto Constitucional en particular, comentaba que:

"La autoridad competente para ordenar la ocupación y examen de documentos privados de una persona debe ser la judicial y mediante el cumplimiento de precisas formalidades legales.

...

Desde luego, el concepto de correspondencia excede en este caso el simple intercambio epistolar entre dos o más personas. La garantía protege todos los documentos privados del individuo: escritos íntimos, anotaciones personales, libros o cuadernos de cuentas, fotografías, ensayos, poesías o pinturas inéditas. El secreto de la correspondencia se extiende, asimismo, a la correspondencia hablada, ya sea personal directa o por teléfono". (Quintero, César, "Derecho Constitucional", Tomo I, Panamá, 1967, págs.168;167 respectivamente) Resaltado de la Corte.

Tanto el Texto original de la Carta Magna de 1972, como las reformas introducidas mediante el Acto Reformatorio de 1978, el Acto Constitucional de 1983 y los Actos Legislativos de 1994, reiteraron el concepto que la correspondencia y demás documentos privados eran inviolables y sólo podían ser ocupados o examinados por disposición de autoridad competente.

Como hemos visto, la evolución del constitucionalismo panameño desde la era Republicana, hacía referencia a que la correspondencia y demás documentos privados, incluidos como tales la correspondencia hablada (ya sea directa o por teléfono), eran inviolables, pero podían ser ocupadas o examinadas bien por mandato de autoridad judicial o autoridad competente, según el Texto Constitucional respectivo.

Conviene precisar que de conformidad con las últimas modificaciones realizadas al Texto de la Constitución Política mediante el Acto Legislativo No.1 de 2004, publicadas en la Gaceta Oficial No.25,176 de 15 de noviembre de 2004, el contenido del artículo 29 constitucional varió sustancialmente en algunos aspectos. El comentado artículo 29 es ahora del siguiente tenor literal:

"Artículo 29: La correspondencia y demás documentos privados son inviolables y no pueden ser examinados ni retenidos, sino por mandato de autoridad competente y para fines específicos, de acuerdo a las formalidades legales. En todo caso, se guardará absoluta reserva sobre los asuntos ajenos al objeto del examen o de la retención.

El registro de cartas y demás documentos o papeles se practicará siempre en presencia del interesado o de una persona de su familia o, en su defecto, de dos vecinos honorables del mismo lugar.

Todas las comunicaciones privadas son inviolables y no podrán ser interceptadas o grabadas, sino por mandato de autoridad judicial.

El incumplimiento de esta disposición impedirá la utilización de sus resultados como pruebas, sin perjuicio de las responsabilidades penales en que incurran los autores" (resalta la Corte).

Recordemos que antes de la entrada en vigencia de las reformas constitucionales de noviembre de 2004, el artículo 29 de la Constitución Política hacía alusión solamente a que la correspondencia y demás documentos privados eran inviolables, pero que podían ser ocupados o examinados por disposición de autoridad competente. Cabe indicar que, durante ese período, se promulgó la Ley No.13 de 27 de julio de 1994, que en su artículo 18 adicionó el artículo 21-B a la Ley No.23 de 30 de diciembre de 1986, dándole la facultad al Procurador General de la Nación para autorizar la filmación o grabación de las conversaciones telefónicas en delitos graves, pero con sujeción a lo que estableciera el artículo 29 del Estatuto Fundamental.

Precisamente y, en esa oportunidad en que la Constitución facultaba a la autoridad competente, esta Superioridad al conocer de una demanda de inconstitucionalidad contra el mencionado artículo 21-B de la Ley No.23 de 30 de diciembre de 1986, indicó que:

"En este orden de ideas y tratándose de intervenciones de las conversaciones y comunicaciones telefónicas, las que sin lugar a dudas constituyen una verdadera injerencia a la esfera individual, aunque legítima en casos excepcionales, para que las mismas puedan ser aplicadas se requiere de ciertas condiciones o requisitos que la autoridad competente debe celosamente constatar previamente a su autorización, requisitos y condiciones que están señalados precisamente en el artículo 18 de la Ley No. 13 de 27 de julio de 1994, que adiciona el artículo 21-B de la Ley No. 23 de 30 de diciembre de 1986 y que en concordancia con el artículo 29 de la Constitución, podríamos enumerar como se señala a continuación:

- a) Que la ingerencia se encuentra prevista en la Ley y el acto revestido de formalidades legales;
- b) Que la autorice la autoridad competente;
- c) El deber de especificar claramente su propósito;
- d) Guardar absoluta reserva sobre los aspectos distintos al objetivo de la filmación o la grabación de la conversación o comunicaciones telefónicas;
- e) Que existan serios y concretos indicios de la comisión de un delito;
- f) Que se trate de un delito grave.

A manera de conclusión podemos afirmar que en nuestro país el derecho a la intimidad comprendido en el artículo 29 de la Constitución, relativo a la inviolabilidad de la correspondencia y las comunicaciones telefónicas privadas, puede ser objeto de limitaciones en el transcurso de la investigación de los delitos, pero ello sólo es posible como un recurso excepcional para obtener fuentes de prueba en el que las actuaciones de la autoridad competente deben quedar supeditada a un control efectivo, que se traduce en los presupuestos que debe observar, como los señalados anteriormente, para no sacrificar derechos fundamentales" (Resolución Judicial de 6 de octubre de 1998).

Como se puede apreciar, la interceptación o grabación de llamadas telefónicas puede darse, pero siempre en cumplimiento de lo que establezca el Texto Constitucional que, como vimos, actualmente le confiere esa potestad a la autoridad judicial, en el caso de intervenciones telefónicas. De lo contrario y, según lo señala la propia Carta Magna, la intervención llevada a cabo por una autoridad distinta, impide que las pruebas recabadas puedan ser utilizadas en cualquier proceso, sin perjuicio de las responsabilidades penales en que incurran los autores.

Ello nos obliga a realizar un estudio lógico jurídico sobre qué debe entenderse por autoridad judicial, a fin de determinar si la autorización que realizó la Procuradora General de la Nación para intervenir y grabar las conversaciones telefónicas que se dieran mediante un número plural de teléfonos, por medio de la Resolución de 17 de agosto de 2005, vulnera nuestro ordenamiento constitucional.

En ese orden de ideas, para Guillermo Cabanellas, autoridad judicial corresponde a "El juez o tribunal competente en alguna causa o caso" (Cabanellas, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo I, 21ª Edición, Editorial Eliasta S.R.L., Buenos Aires-Argentina, 1989, pág.426).

Por otro lado, Ignacio Rivera García sostiene que autoridad judicial es "Aquella facultad que es inherente al cargo de juez" (Rivera García, Ignacio, Diccionario de Términos Jurídicos, 2ª Edición, Publishing Corporation, 1985, pág.23).

Se puede apreciar con toda claridad que al hablar de autoridad judicial, nos referimos exclusivamente a aquellas facultades inherentes a la investidura del cargo de juez o magistrado como parte de un tribunal competente para conocer determinada causa jurisdiccional, en su función de administrar justicia. En ese sentido, el Capítulo 1º, del Título VII, de la Constitución Política, referente al Órgano Judicial, en el artículo 202 establece que "El Órgano Judicial está constituido por la Corte Suprema de Justicia, los tribunales y los juzgados que la Ley establezca".

La anterior norma constitucional excluye como parte del Órgano Judicial al Procurador o Procuradora General de la Nación, indicando en el Capítulo 2º de dicho Título VII de la Constitución Política, que el Procurador o Procuradora General de la Nación forma parte de una institución denominada Ministerio Público, entidad que tiene como función la instrucción sumarial y la defensa de los intereses del Estado y de la sociedad.

En abono a lo anotado, el tercer párrafo del artículo 3 del Código Judicial, explica y aclara que si bien los funcionarios o agentes del Ministerio Público participan en la administración de justicia, lo hacen "en calidad de funcionarios de instrucción mediante el ejercicio de la acción penal", excluyéndolos, como se indicó anteriormente, de la calidad de una autoridad judicial o administradores de justicia, ya que esa misión está encomendada a los jueces y magistrados del Órgano Judicial.

La naturaleza jurídica del Ministerio Público con respecto a sus funciones ha sido largamente analizada en el Derecho Panameño por destacados juristas, entre ellos José Dolores Moscote, quien al referirse al carácter general de esta Institución, señaló:

"No hay un parecer unánime acerca del ministerio público y su situación en el gobierno. Mientras algunas sostienen que él es una rama del poder ejecutivo, encargada de promover la aplicación de las leyes, de vigilar la conducta de los empleados públicos y de perseguir a los delincuentes, otros lo consideran como un simple engranaje de la administración de justicia en general, al que corresponden determinadas funciones de índole judicial. Y no faltan quienes piensen que participa de la naturaleza de uno y otro poder y que, por lo tanto, debe tener su propio estatuto en el concurso de los demás poderes del estado.

Si consideramos estas proposiciones desde un punto de vista estrictamente doctrinal, sin tener en cuenta para nada la organización que en el derecho constitucional positivo se ha dado al ministerio público, hemos de llegar a estas conclusiones:

1º El ministerio público no es en lo absoluto, una rama del poder ejecutivo, pero ni siquiera un departamento suyo cuyos actos alcancen en la práctica la fuerza compulsiva implícita en las decisiones de aquella parte del poder público general o la eficacia de la gestión administrativa de un servicio público ordinario;

2º El ministerio público no es tampoco un simple engranaje de la administración de justicia en su concepto integral; pero ni siquiera puede decirse que es uno de sus órganos especiales que desempeñan ciertas funciones judiciales decisivas; puesto que en los puntos de contacto que mantiene con el poder judicial se limita a dar opiniones y conceptos que si ayudan a aclarar el sentido de la ley y a preparar el camino de las decisiones judiciales, no tienen en el fondo sino un valor meramente consultivo;

3º El ministerio público es una institución intermedia entre el poder ejecutivo y el judicial, que coopera con ambos en la realización plena de las funciones jurídicas que respectivamente les corresponde, sin confundirse con ellos, sin estar por encima ni por debajo de ninguno de los dos.

Es evidente que cuando, por ejemplo, el ministerio público supervigila la conducta de los empleados de la administración o promueve la aplicación de las leyes o persigue a los delincuentes hasta ponerlos bajo la acción de la justicia, asume cierta actitud propia del poder ejecutivo; que cuanto toma en juicio civiles la representación y defensa de la nación, concurre con sus vistas a ilustrar el criterio de los jueces, se vale de medios y procedimientos jurisdiccionales; pero es evidente así mismo, que, en ambos casos, actúa desempeñando funciones que, por su objeto, no podrían ser desempeñadas, ni indirectamente, por ninguno de los dos poderes, que si tal sucediese por fuerza, tendría que formar parte de uno de ellos o de ambos a un mismo tiempo, circunstancia que anularía lo características de sus funciones, que, como hemos ya dicho, son intermedias entre los dos poderes, auxiliares, si se quiere, en fin, de las que estos realizan, según el derecho de las diversas constituciones" (Moscote, José Dolores, "El Derecho Constitucional Panameño", Impreso en Panamá por el Star and Herald Company, Panamá, 1943, págs.381-382).

El Pleno de la Corte de Justicia, mediante Sentencias de 3 de mayo de 1993 y de 11 de julio de 1994, abordó la composición del Órgano Judicial y el Ministerio Público, al estudiar la constitucionalidad de algunas funciones atribuidas al Consejo Judicial, de la manera siguiente:

"De conformidad con la Constitución Política de la República de Panamá (artículo 199), el Órgano Judicial está constituido por la Corte Suprema de Justicia, los Tribunales y los Juzgados que la Ley establezca. Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia son nombrados mediante acuerdo del Consejo de Gabinete, con sujeción a la aprobación del

Órgano Legislativo para un período de diez años (artículos 195 ordinal 2 y 200). En los Tribunales Superiores y Juzgados que la Ley establezca, los Magistrados serán nombrados por la Corte Suprema de Justicia y los Jueces por su superior jerárquico. El personal subalterno será nombrado por el Tribunal o Juez respectivo y todos estos nombramientos de Magistrados de Tribunales Superiores, Jueces y del personal subalterno de estos funcionarios judiciales serán hechos con arreglo a la carrera judicial, según lo dispuesto Título XI de la Constitución, denominado De Los Servidores Públicos (artículo 206).

...

En cuanto al Ministerio Público tenemos que, de conformidad con la Constitución Política de la República de Panamá, el Ministerio Público será ejercido por el Procurador General de la Nación, el Procurador de la Administración, los Fiscales y Personeros y por los demás funcionarios que establezca la Ley (artículo 216); respecto a los agentes del Ministerio Público rigen las mismas disposiciones que para los funcionarios judiciales establecen los artículos 202, 205, 207, 208, 209 y 213 de la Constitución (artículo 220); el Procurador General de la Nación y el Procurador de la Administración y sus suplentes serán nombrados del mismo modo que los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y los Fiscales y personeros por sus superiores jerárquicos, con arreglo a la Carrera Judicial (artículo 221); y, al igual que los Magistrados y Jueces, los Agentes del Ministerio Público no serán depuestos ni suspendidos ni trasladados en el ejercicio de sus cargos, sino en los casos y con las formalidades que disponga la Ley (artículo 220 y 208)" (Sentencia de 3 de mayo de 1993).

El reconocido jurista doctor Pedro Barsallo al estudiar el tema de la relación existente entre el Ministerio Público y el Órgano Judicial, manifestó lo siguiente:

"Cierto es que la institución del Ministerio Público tiene íntima relación, en cuanto a sus atribuciones y a su organización misma, con el Órgano Judicial, pero no por ello puede afirmarse que forme parte integrante o sea una dependencia del Órgano Judicial. La situación real de que los agentes del Ministerio Público actúen ante un determinado juzgado o tribunal de justicia no los hace parte de éstos y bajo ninguna circunstancia puede llegarse a la conclusión de que los funcionarios miembros del Ministerio Público ejercen la función jurisdiccional, la cual está reservada, en forma exclusiva, a los tribunales" (Barsallo J., Pedro A. en "Estudios Procesales", de Fábrega Ponce, Jorge, Tomo III, Editora Jurídica Panameña, Panamá, 1990, págs.29-30).

Sobre este aspecto de relevancia, también podemos decir que recientemente el Pleno de la Corte al resolver una consulta de constitucionalidad y siguiendo la opinión vertida por el Procurador General de la Nación, en ese momento, señaló al respecto que:

"En primer lugar, el Jefe del Ministerio Público manifiesta que, conforme a lo dispuesto en el artículo 3 del Código Judicial, no son administradores de justicia, propiamente tales, los agentes del Ministerio Público, quedando reservada esa calificación, según la norma, a los jueces y magistrados que integran el Órgano Judicial, reservándose la condición de funcionarios de instrucción para identificar a los personeros, fiscales y procuradores de justicia.

La circunstancia anotada le sirve al señor PROCURADOR para recordar que el Pleno de la Corte Suprema de Justicia ha determinado en pronunciamientos anteriores que la vía de la consulta constitucional está reservada, de acuerdo al artículo 203 de la Constitución, para los casos en que el funcionario encargado de impartir justicia dentro de un proceso advirtiere, o se le advirtiere por alguna de las partes, que una disposición aplicable al caso es inconstitucional. La Corte en reiteradas oportunidades ha declarado que los agentes del Ministerio Público no son strictu sensu administradores de justicia y, en consecuencia, no están facultados para elevar consultas de inconstitucionalidad. De allí que sus actuaciones tampoco pueden ser objeto de advertencias de esa naturaleza" (Subraya la Corte) (Resolución de 12 de junio de 2000).

El Ministerio Público, por tanto, si bien realiza algunas funciones con matices jurisdiccionales como decretar allanamientos, la aplicación de medidas cautelares, entre otras, ello en estricto derecho no significa que los funcionarios de instrucción tengan la categoría de funcionarios judiciales o jurisdiccionales. Es así, que el Pleno de esta Corporación de Justicia también ha manifestado con relación al Ministerio Público que:

"Si gozara de atribuciones jurisdiccionales propias no estaría sometida, para el ejercicio de estas funciones, a la autorización de otra autoridad judicial, como no lo están los tribunales de justicia.

Autorización semejante exige la Ley a los agentes de instrucción del Ministerio Público, quienes al tenor del artículo 2077-A del Código Judicial no pueden practicar por sí mismos la diligencia de secuestro penal, lo que viene a confirmar, al igual que la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor, el carácter no jurisdiccional de sus funciones." (Resolución Judicial de 28 de agosto de 1998).

Por otro lado, en las Actas de la Sesión de Instalación de las Sesiones Extraordinarias de la Asamblea Nacional correspondiente a los días 23 y 26 de julio de 2004, mismas que constituyen una fuente directa para conocer el espíritu de la reforma y la intención del constituyente, y refiriéndose específicamente a la discusión de los cambios introducidos al artículo 29 del Texto Constitucional, se manifestó lo siguiente:

"Y ahora no solamente estamos quitando la mención, en la Constitución, de Delitos Graves, sino que estamos dejando "si en forma específica" que las decisiones de interceptar conversaciones telefónicas, cuando quepan las excepciones, serán de autoridad judicial, solventando así un gran conflicto jurídico que existía durante la viabilidad o no, de que fuera el Procurador de la Nación quien ordenara, de por sí y ante sí, la interceptación de conversaciones telefónicas. Porque, hay un principio general de que todas las medidas cautelares en el proceso penal, se tienen que tomar por decisión judicial, pero esta era una excepción y ahora se está solventando ese problema, a nivel constitucional" (Resalta la Corte).

Según el análisis realizado no cabe la menor duda que el artículo 29 de nuestra Carta Magna, al hablar de autoridad judicial como el único organismo que puede ordenar la interceptación y grabación de conversaciones telefónicas se está refiriendo única y exclusivamente al Órgano Judicial, entendido como tal a los jueces y magistrados de los distintos juzgados, tribunales, incluso, de la Corte Suprema de Justicia, competentes para conocer de determinada causa, excluyendo de dicha posibilidad, según el propio querer del Legislador patrio, a los agentes del Ministerio Público (Procurador o Procuradora General de la Nación, Fiscales y Personeros).

Siguiendo con el examen constitucional de la presente acción y, pese a que ya se ha aclarado que el Procurador o Procuradora General de la Nación no constituye una autoridad judicial, veamos también el aspecto de las intervenciones telefónicas.

Oswaldo Fernández, al estudiar el tema sobre las intervenciones telefónicas a raíz de las reformas constitucionales de noviembre de 2004, se expresa de la siguiente manera:

"El artículo 29 de la Constitución Política, después de las reformas del 2004, permite la intervención telefónica por mandato de autoridad judicial. La norma *in comento* parte del principio del respeto a la privacidad de cualquier tipo de comunicaciones privada, entiéndase que se incluyen los fax, correos electrónicos, conversaciones personales y cualquier otra clase de comunicación de orden privado.

Para dilucidar la problemática planteada entre las normas que autorizan al Ministerio Público a intervenir conversaciones telefónicas particulares y el criterio de <autoridad judicial> que utiliza el artículo 29 constitucional, necesariamente tenemos que entrar en la discusión sobre si el Ministerio Público es parte del Órgano Judicial o si se trata de dos instituciones diferentes. La conclusión nos llevará a resolver el problema de la constitucionalidad o no de las normas legales que regulan la materia.

Mientras que la doctrina francesa y la angloamericana colocan al Ministerio Público como parte del Órgano Ejecutivo, la tradición española que influye en nuestro sistema procesal es la de tener al Ministerio Público como un auxiliar del Órgano Judicial. Otros sistemas, como el seguido por la Constitución italiana de 1948, tienen al Ministerio Público como parte integrante del Órgano Judicial. Por último, en los antiguos sistemas socialistas el Ministerio Público era considerado como una institución autónoma e independiente de los otros poderes del Estado.

...

En Panamá predomina la tradición hispánica de tener al Ministerio Público como una institución coadyuvante y auxiliar del Órgano Judicial, pero con características propias. Para llegar a esta aseveración es importante determinar el carácter de la participación procesal del Ministerio Público.

Por tanto como colaborador auxiliar de la jurisdicción, el Ministerio Público tiene una triple función:

1. Como accionante, requiriente o titular de la pretensión punitiva.
2. Como consultor.
3. Institución con funciones administrativas.

La primera de estas funciones es la más importante desde el punto de vista de la relación jurídico procesal, ya que el Ministerio Público se convierte no solo en sujeto procesal sino en parte dentro del proceso, esencialmente en el proceso penal. ¿Puede entonces considerarse al Ministerio Público como autoridad judicial?.

...

En conclusión no existe lugar a dudas que nuestra doctrina constitucional distingue al Ministerio Público del Órgano Judicial como instituciones diferentes, pero además podemos indicar que tanto la Constitución como el Código Judicial utilizan la redacción <Órgano Judicial y Ministerio Público>, o sea, la interposición de una conjunción disyuntiva, la <y>, no de una copulativa como sería la <o>.

En este orden de ideas, la función judicial, como dice QUINTERO le corresponde a la jurisdicción, esto es, la facultad de administrar justicia, actividad procesal que no la pueden realizar los agentes del Ministerio Público. Estos son auxiliares de la jurisdicción, mas no administran justicia. Mientras que los Magistrados y Jueces tienen competencia para conocer de determinadas causas, los agentes del Ministerio Público tienen atribuciones, mas no competencia.

...

En consecuencia, si el Ministerio Público no es parte del Órgano Judicial ni puede equipararsele como tal, no podemos utilizar la expresión <autoridad judicial> como una licencia gramatical para realizar una interpretación extensiva aplicable al Ministerio Público. La función constitucional de intervenir las comunicaciones privadas le corresponde al Órgano Judicial y no al Ministerio Público, por lo que todas las normas legales que digan lo contrario son totalmente inconstitucionales al tenor del artículo 29" (Fernández Echeverría, Oswaldo Marino, "La Intervención Telefónica y las Pruebas Ilícitas en el Proceso Penal Panameño", Editorial Universitaria Carlos Manuel Gasteazoro, Panamá, 2006, págs.127-130).

Como ha quedado evidenciado con el estudio realizado, las intervenciones telefónicas constituye, a partir del Acto Legislativo No. 1 de 2004, una potestad de la autoridad judicial. Conviene precisar a manera de comentario, que en el Proyecto de Reformas al Código de Procedimiento Penal, se desprende que la facultad de intervenciones telefónicas sería una atribución, como autoridad judicial, del juez o magistrado de garantías con lo cual viene a reforzar aún más la decisión que en esta resolución se está tomando.

En el Derecho Comparado opera de manera similar a lo expuesto en esta decisión sobre intervenciones telefónicas, en el sentido que la autorización debe provenir de la autoridad judicial o jurisdiccional. Así, verbigracia, en la Constitución de España en su artículo 18, se garantiza el secreto de las comunicaciones haciendo especial énfasis en las telefónicas, salvo que exista una resolución judicial que lo ordene.

Igualmente en la Ley Orgánica Española No.2 del 2002, Reguladora del Control Judicial Previo del Centro Nacional de Inteligencia, se establece que la intervención de las comunicaciones telefónicas por parte del Centro Nacional de Inteligencia, requieren de un control previo, por medio del cual el Secretario de Estado Director de dicha institución deberá solicitar al Magistrado del Tribunal Supremo competente autorización para la adopción de medidas que afecten al secreto de las comunicaciones. En ese mismo orden de ideas, la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España, exige autorización judicial para la interceptación de comunicaciones electrónicas, para asegurar el pleno respeto del derecho al secreto de las comunicaciones.

En este sentido, el Tribunal Constitucional Español al referirse a la garantía del secreto de las comunicaciones telefónicas, mediante Sentencia No.49 de 5 de abril de 1999, señaló lo siguiente:

"Entrando, como pues, en el examen de la actuación judicial, hemos de comenzar analizando la pretendida vulneración del artículo 18.3 C.E. por el hecho de que las autorizaciones no se otorgasen dentro de algunos de los procedimientos legalmente previstos, sino en las denominadas <diligencias indeterminadas>.

Preciso es tener presente que, debido a la configuración de nuestro ordenamiento, el Juez que ha de otorgar la autorización para la práctica de la intervención de las comunicaciones telefónicas, en el ámbito de la investigación criminal, es el Juez de Instrucción al que diversos preceptos de la L.E.Crim., (v.g., arts.286 y 785.3), configuran como titular de la investigación oficial. No se ha planteado la cuestión de si esa cualidad de titular de la investigación oficial es compatible con la prevalente de garante de los derechos que le atribuye el artículo 117.4 C.E. y, de modo específico, el art.18.3 C.E.; pero si la legitimidad constitucional de su actuación en un "proceso", legalmente inexistente.

La garantía jurisdiccional del secreto de las comunicaciones no se colma con su concurrencia formal -autorización procedente de un órgano jurisdiccional- sino que ésta a de ser dictada en un proceso, único cauce que permite hacer controlable, y con ello, jurídicamente eficaz, la propia actuación judicial.

...

El análisis de la queja exige deslindar dos perspectivas.

Desde la primera, que toma en consideración el contenido material del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, hemos exigido el control judicial de la ejecución de la intervención telefónica, en la medida en que sea "preciso para garantizar su corrección y proporcionalidad" -STC 121/1998 (fundamento jurídico 5.)-. Por ello, la necesidad de control judicial que el art.18 C.E. establece, no se colma con exigir que las eventuales prórrogas valoren los resultados hasta entonces alcanzados en el curso de la investigación, sino que, una vez finalizada la intervención y alzado el secreto de la medida, la intervención judicial es precisa para garantizar que sólo lo útil para la investigación del delito acceda a las actuaciones: el respeto a la intimidad de los comunicantes y al secreto de lo comunicado -arts.18.1 y 3 C.E.- exige que al proceso penal sólo accedan aquellos pasajes de lo conocido que sirvan para determinar hechos relevantes para la investigación del delito.

Pues bien, desde esta primera perspectiva, no se aprecia, ni se ha denunciado, que el deficiente control judicial haya ocasionado extralimitaciones de este tipo, en virtud de las cuales hayan accedido al proceso aspectos de la intimidad irrelevantes para la investigación del hecho. Por lo tanto, no cabe apreciar por este motivo la lesión autónoma del art.18 C.E. que se denuncia.



Pero existe una segunda perspectiva desde la que el control y la participación del Juez es imprescindible. Si hemos señalado que, por su contenido, sólo lo útil para la investigación del delito puede acceder a las actuaciones, ha de añadirse ahora que, para garantizar los principios de contradicción y defensa, todo lo útil para el debate a de acceder al proceso, y la determinación de qué es útil al proceso ha de hacerse por el Juez, con participación de las partes".

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala de manera enfática la inviolabilidad de las comunicaciones privadas sancionando penalmente al que atente contra la libertad y privacidad de las mismas. Para la intervención de cualquier comunicación privada, la autoridad facultada para ello es la autoridad judicial federal y, aún así, en ningún caso, podrá decretarse intervenciones sobre materias electorales, fiscales, mercantiles, civiles, laborales o administrativas, ni las comunicaciones del detenido con su defensor. En el mismo sentido, la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, reitera que cuando en la averiguación previa de un delito el Procurador General de la República o el Titular de la Unidad Especializada consideren necesaria la intervención de comunicaciones privadas, lo solicitarán por escrito al Juez de Distrito.

Por otra parte, en Guatemala la Constitución Política establece que la correspondencia, documentos y demás comunicaciones podrán revisarse o incautarse, en virtud de resolución firme dictada por juez competente y con las formalidades legales. En el mismo contexto, la Ley contra la Delincuencia Organizada de Guatemala establece que los Fiscales del Ministerio Público deben solicitar ante el Juez correspondiente la solicitud de autorización para la interceptación de las comunicaciones telefónicas.

El Estatuto Fundamental de la República Dominicana señala que la inviolabilidad de la correspondencia, documentos privados y demás comunicaciones telegráficas, telefónicas y cablegráficas, sólo podrán ser ocupados o registrados en virtud de procedimientos legales en la substanciación de asuntos que se ventilen en la justicia. En desarrollo de este precepto constitucional se expidió el Reglamento 2043 de 13 de noviembre de 2003, por parte de la Suprema Corte de Justicia, relativo a la Autorización Judicial Para la Vigilancia e Interceptación Electrónica de Comunicaciones, que establece un procedimiento definitivo para la autorización e interceptación de las comunicaciones privadas, según el cual éste se iniciará por solicitud del Ministerio Público ante el juez de instrucción.

En lo que respecta a Panamá y, como hemos visto, cualquier intervención llevada a cabo sin la autorización del juez o magistrado competente que pretenda ser utilizada en un proceso, constituye una prueba ilícitamente obtenida y, todo lo que se produzca a razón de ello, también llevará la misma suerte. Y es que "la prueba ilícita es aquella que contraviene el ordenamiento jurídico, el concepto de ilicitud que aquí se maneja es más restringido, referido únicamente a lo que también se conoce como prueba prohibida; la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales. El tratamiento de la ilicitud de las pruebas, por tanto se aborda única y exclusivamente desde esta perspectiva" (Montanés Pardo, Miguel Angel, "La presunción de Inocencia", Editorial Arazandi, España, 1999, pág.115).

Aunado a lo anterior, podemos decir que las pruebas así obtenidas, es decir, una intervención telefónica llevada a cabo u ordenada por una autoridad distinta que no sea la judicial, además de ser ilícita, como se manifestó, si es en violación de un derecho fundamental la convierte igualmente en inconstitucional y esa situación, es insubsanable. Así se refiere Luis Galvez Muñoz, Profesor de Derecho Constitucional, al indicar que:

"En el terreno de la caracterización general y de conjunto de ámbito de la ineficacia derivado de la regla de exclusión, lo primero que hay que poner de manifiesto es que el material probatorio resultante de la violación de un derecho fundamental es manifiestamente insubsanable. La actuación o diligencia contraria a los derechos fundamentales no puede ser convalidada de ninguna manera: ni mediante otra diligencia procesal posterior, ni mediante la aquiescencia explícita o implícita del perjudicado por aquella ilicitud" (Gálvez Muñoz, Luis, "La Ineficacia de la Prueba Obtenida con Violación de Derechos Fundamentales", Editorial Arazandi, España, 2003, págs.148-149).

Con base en las consideraciones anteriores, debe concluirse que la Resolución S/N de 17 de agosto de 2005, vulnera tanto el artículo 29 como el 32 de la Constitución Política, toda vez que la Procuradora General de la Nación, Ana Matilde Gómez Ruiloba, no ostenta la condición de autoridad judicial, sino, por el contrario, es una funcionaria de instrucción sumarial y, por lo tanto, no tiene la facultad de ordenar intervenciones telefónicas.

Es más, aún cuando en el presente negocio hubiese estado facultada constitucionalmente o, conforme lo hacía el Texto Único de Drogas, la Procuradora General de la Nación tampoco cumplió cabalmente con las formalidades legales que se establecían en el artículo 18 de la Ley No.13 de 27 de julio de 1994, que adicionó el artículo 21-B de la Ley No. 23 de 30 de diciembre de 1986, que fueron objeto de pronunciamiento constitucional.

De cualquier forma, sobre aquella legislación en particular, conviene precisar que con la entrada en vigencia de las reformas constitucionales y, en especial, de la modificación que sufrió el artículo 29 constitucional, al establecer explícitamente que las comunicaciones privadas sólo pueden ser interceptadas o grabadas por mandato de autoridad judicial, se ha producido una derogación tácita de las normas jurídicas que lo contradigan, es decir, de las disposiciones que rebatan que la autoridad judicial es el organismo que debe autorizar las intervenciones telefónicas. Así lo establece el artículo 326 de la Constitución Política, al expresar que:

"Artículo 326: Quedan derogadas todas las Leyes y demás normas jurídicas que sean contrarias a esta Constitución, salvo las relativas a la patria potestad y alimentos, las cuales seguirán vigentes en las partes que sean contrarias a esta Constitución por un término no mayor de doce meses a partir de su vigencia".

En ese mismo sentido se pronuncia el artículo 35 del Código Civil, contenido en el Capítulo IV, del Título Preliminar, referente a "Derogación de Las Leyes". En esa disposición legal se indica que "La Constitución es ley reformativa y derogatoria de la legislación preexistente. Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra y espíritu, se desechará como insubsistente".

No es ajeno a la Corte, y reconocemos con gran preocupación, que ante la derogatoria tácita antes señalada se produce un vacío legal con respecto a los procedimientos legales a seguir por el organismo jurisdiccional para autorizar la escucha o intervenciones telefónicas. Pese a ello, no le es dable constitucionalmente a esta Corporación Judicial la creación o emisión de disposiciones legales que regulen esta materia, siendo que esa importante función está encomendada a otro Órgano del Estado al que le corresponderá, seguramente, en tiempo perentorio y, por la trascendencia que este asunto reviste, la expedición de normas jurídicas que en desarrollo del artículo 29 de la Constitución Política, llenen el vacío existente.

Debemos hacer énfasis que a esta Superioridad le interesa el combate de la criminalidad organizada y de aquellos delitos denominados de alto perfil, por lo que dichas normas deberán quedar incorporadas a nuestra legislación, con la finalidad de permitir a la autoridad judicial administrar efectiva justicia y, evitar la vulneración de derechos fundamentales protegidos por la Constitución Política.

Con base en todo lo anotado, esta Superioridad se ve obligada a precisar que con la declaratoria de inconstitucionalidad del acto censurado, resulta oportuno aclarar los efectos que produce este pronunciamiento del Pleno de la Corte. En ese sentido, esta Corporación de Justicia ha señalado de manera uniforme, en los casos de jurisdicción constitucional objetiva en que lo que se demanda no es una norma legal, sino un acto de carácter individualizado, como ocurre en el presente caso, la posibilidad de otorgarle efectos retrospectivos o ex-tunc a la sentencia de inconstitucionalidad, con la finalidad que, efectivamente, puedan repararse los agravios causados. Así, la Corte ha indicado que:

"Si se permite que un acto jurisdiccional pueda ser demandado como inconstitucional, es obvio que puede ser declarado inconstitucional. Sostener que la decisión de la Corte en estos casos no produce efectos retroactivos y que sólo produce efectos hacia el futuro, traería como consecuencia que la declaratoria de inconstitucionalidad sea totalmente intrascendente, inocua" (Sentencia de 3 de agosto de 1990).

Se estima también conveniente expresar que este efecto de inconstitucionalidad es relativo a lo solicitado y, exclusivamente sobre ello, es decir, sobre la Resolución S/N de 17 de agosto de 2005, proferida por la Procuradora General de la Nación.

Sobre este particular aspecto, huelga decir que este pronunciamiento no se está adentrando a examinar aspectos sustanciales y de fondo del proceso penal en donde se efectuó la intervención telefónica. El Órgano Judicial y, sobre todo, esta Corporación de Justicia reitera su interés en combatir los delitos de alto perfil o que provengan del crimen organizado, que la resolución aquí proferida se refiere única y exclusivamente a la inconstitucionalidad de la orden de escucha telefónica y, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia como guardiana de la integridad de la Constitución está confrontando dicha resolución con el artículo 29 de la Carta Política.

Finalmente, con relación a la solicitud que realizó Arquimedes Saez Castillo en su escrito de alegatos, en el sentido que también se entendiera la presentación formal de una queja contra el Secretario General de la Procuraduría General de la Nación, esta Corporación de Justicia debe manifestarle que la acción de inconstitucionalidad no es la vía idónea para promover ese tipo de procesos. Por lo tanto, si mantiene cualquier tipo de disconformidad con las actuaciones u opiniones que haya podido dar ese funcionario, deberá interponerla directamente ante la instancia correspondiente.

En virtud de lo anteriormente expuesto, EL PLENO DE LA CORTE SUPREMA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECLARA QUE ES INCONSTITUCIONAL, la Resolución S/N de 17 de agosto de 2005, proferida por la Procuradora General de la Nación, dentro del proceso penal seguido a Arquimedes Saez Castillo, por la supuesta comisión de un delito de corrupción.

Notifíquese y publíquese en la Gaceta Oficial.

(FDO) WINSTON SPADAFORA F.,

(FDO) JOSÉ A. TROYANO,

(FDO) ADÁN ARNULFO ARJONA L. (CON SALVAMENTO DE VOTO),

(FDO) ESMERALDA AROSEMENA DE TROITIÑO (CON SALVAMENTO DE VOTO),

(FDO) VÍCTOR L. BENAVIDES P.,

(FDO) VIRGILIO TRUJILLO L.,

(FDO) GRACIELA J. DIXON C. ,

(FDO) HARLEY J. MITCHELL D.,

(FDO) ANIBAL SALAS CÉSPEDES,

(FDO) YANIXSA Y. YUEN, SECRETARIA GENERAL.

SALVAMENTO DE VOTO DE LA  
MAGISTRADA ESMERALDA AROSEMENA DE TROITIÑO

Dada la trascendencia que reviste para el sistema de administración de justicia la materia objeto de la presente Demanda de Inconstitucionalidad, y en vista que el fallo de mayoría se extiende en distintos aspectos jurídicos que no comparto de manera absoluta, como lo son el marcado énfasis en los efectos de la insubsanabilidad de la diligencia probatoria sobre la causa penal y la exigencia de un desarrollo legal para la aplicación de la norma constitucional interpretada, debo, con todo respeto, subrayar de manera particular mis consideraciones en torno al tema en debate.

Si bien el fallo de mayoría resulta coherente con el proceso de reforma del modelo de justicia penal, orientado hacia una tendencia garantista y de corte acusatorio; en el cual se pretende separar con total nitidez las funciones judiciales de las policiales o de investigación, concediendo, sólo a las autoridades judiciales, la facultad exclusiva de resolver los conflictos que surjan entre los entes de investigación y la protección y vigencia de los derechos fundamentales de los particulares, y con una interpretación más cónsona con el texto constitucional reformado y que empieza a señalar la dirección hacia el nuevo modelo de justicia penal; incluyendo la indicación de los efectos retroactivos que, por la naturaleza individual del acto atacado, adquiere el fallo en este caso particular respecto al acto declarado inconstitucional.

Por otro lado, estimo importante hacer referencia a lo expresado a fojas 27 y 28 del fallo, y que en mi opinión refuerza los argumentos **respecto a la sola inconstitucionalidad del acto demandado**. Se indica que la ilicitud de la prueba es insubsanable, calificativo que desde mi punto de vista, se **debe circunscribir, sin lugar a equívocos**, a la resolución S/N de fecha 17 de agosto de 2005, aún sin perjuicio de las constataciones que debe la autoridad competente realizar en cuanto al alcance y las implicaciones de tal declaratoria sobre la causa penal.

Por tanto, soy de la opinión que, además de la muy breve referencia que se hace a fojas 31 (tercer párrafo) del fallo, en cuanto **al efecto relativo de la inconstitucionalidad**, que se dice recae sólo sobre la resolución arriba indicada, debió haber quedado consignado expresamente que por mandato constitucional, tal diligencia, o sus resultados inmediatos, no pueden ser utilizados como pruebas, limitando sus efectos en este sentido.

Tal precisión resulta importante, por cuanto no debe quedar en el justiciable ni en el juzgador competente, la errónea impresión que la causa penal en su totalidad deviene nula al declararse la inconstitucionalidad de la resolución S/N de fecha 17 de agosto de 2005; pero además, tampoco se ven afectados los hechos que por otras fuentes y medios de prueba, corresponda lícitamente valorar en el momento oportuno, aún cuando también se hayan conocido a través de la diligencia ordenada en la resolución de marras; situación que ha sido atendida en el derecho comparado a través de la figura conocida como "descubrimiento inevitable".

Con respecto a la exigencia de un desarrollo legal para la aplicación de la norma constitucional interpretada, idea que se desprende del fallo de mayoría, soy de la opinión que, sin entrar en el ámbito de la facultad legislativa, pero reconociendo que la marcha de la administración de justicia no se detiene, y en atención también a la responsabilidad constitucional que compete a la autoridades de investigación y persecución criminal, se debió expresar en el fallo que la norma constitucional debe y puede ser aplicada directamente, a través de un mecanismo procesal sencillo en el que, según la competencia, puedan las autoridades judiciales, revisar y conceder o no la autorización que la constitución exige, en los delitos que por su gravedad, ameriten tal restricción al derecho fundamental, y previo cumplimiento de las exigencias esenciales de tales diligencias.

En atención a las consideraciones anteriores, SALVO MI VOTO.

Fecha, ut. Supra.

(FDO) MAG. ESMERALDA AROSEMENA DE TROITIÑO,

(FDO) LICDA. YANIXSA YUEN, Secretaria General.

SALVAMENTO DE VOTO

## DEL MAGISTRADO ADAN ARNULFO ARJONA L.

Con todo comedimiento, paso a exponer las razones que me llevan a disentir de la opinión de mayoría, ya que, contrario a lo que se afirma, estimo que la Resolución atacada no es Inconstitucional.

## I. POR QUÉ NO SE CONFIGURA LA INCONSTITUCIONALIDAD DENUNCIADA:

Son varias las razones jurídicas, que, en mi opinión, descartan la inconstitucionalidad que ha decretado la mayoría, siendo estas, en síntesis, las siguientes:

1. La expresión "Autoridad Judicial", que aparece en el artículo 29 de la Constitución Nacional al no contener calificativos que restrinjan o delimiten su espacio de aplicación, constituye un concepto cuyo significado y alcance está sujeto a interpretación.

2.

El término "Judicial" no es lo mismo que "Jurisdiccional" ya que entre estos dos conceptos únicamente existe una relación de género a especie, de conformidad con lo cual no todo lo judicial es jurisdiccional, en tanto que, lo jurisdiccional siempre será, en términos generales, judicial.

3.

El artículo 228 del Código Judicial no se presta a equívocos cuando señala que: "jurisdicción es la facultad de administrar justicia".

4.

"Autoridad Judicial" no es sinónimo de Tribunal de Justicia como parece entenderlo la mayoría, puesto que, cuando el Constituyente ha querido referirse a este último, lo ha hecho de manera explícita y directa en, por lo menos, quince (15) ocasiones, según se sigue del texto manifiesto de los artículos 44, 54, 68, 128, 151, 153, 201, 202, 205, 209, 226, 234, 279, 280, numeral 3, y 295 de la Constitución Nacional.

5.

El vocablo "Judicial" designa la naturaleza del acto, lo que permite distinguirlo por contraste de otras actuaciones de autoridad (vgr. administrativas, policivas, legislativas, etc.).

6.

Los Magistrados y Jueces, al igual que los agentes del Ministerio Público son "autoridades" que desarrollan dentro de los procesos actuaciones de naturaleza "judicial" sin que ello signifique que comparten igualdad de roles o funciones.

7.

En nuestro país, el Ministerio Público se ubica como una institución de control del sector justicia ya que la Constitución Nacional así lo ha dispuesto al dedicar el Capítulo Segundo del Título VII (La Administración de Justicia) a la regulación de sus atribuciones y funcionamiento. El reconocimiento de esta realidad constitucional tiene directo reflejo en el ámbito legal al consagrarse en el Libro I del Código Judicial el Título XIV.

8.

La expresión "Autoridad Judicial" inserta en el artículo 29 de la Carta Política en realidad lo que persigue es proclamar que ninguna otra entidad distinta al sector justicia puede desarrollar actuaciones que afecten o comprometan la garantía fundamental de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

9.

La protección de la indemnidad de esta garantía fundamental puede quedar librada al conocimiento de los Tribunales de justicia como de los Agentes de Instrucción del Ministerio Público, ya que ambos organismos, pese a sus claras diferencias competenciales, comparten en la Constitución su pertenencia al sector justicia y la naturaleza "judicial" de sus actuaciones.

10.

De acuerdo al sistema Procesal Penal vigente, la afectación de importantes derechos fundamentales como la libertad individual y la propiedad pueden ser ordenados, tanto por el Ministerio Público como por los Juzgados y Tribunales, lo cual demuestra que tal posibilidad no está restringida exclusivamente a estas últimas instancias y que, su aplicación práctica va a depender de la política legislativa que se siga en un momento dado, siempre que en el caso de las comunicaciones privadas quede asegurado que éstas pueden interceptarse ÚNICAMENTE por orden de una autoridad de naturaleza "JUDICIAL".

11.

Las opiniones vertidas durante las sesiones reformativas de la Constitución de ninguna manera cierran o limitan la capacidad del Tribunal Constitucional para precisar el significado y alcance de un precepto o concepto de jerarquía constitucional como lo es la expresión "Autoridad Judicial". En otras palabras, las opiniones expresadas en esas sesiones de reforma a la Constitución no hacen tránsito a cosa juzgada, pues, tal posibilidad sólo emana de una sentencia ejecutoriada del Tribunal Constitucional, que tiene la virtud de ser final, definitiva y obligatoria como lo reconoce el artículo 206 de la excerta constitucional.

12.

"Autoridad Judicial" es una expresión que vista desde la óptica constitucional cobija las actuaciones de las instituciones del sector justicia, esto es, Órgano Judicial y Ministerio Público, de suerte que la participación de uno o de otro en el tema específico de la afectación a la garantía de inviolabilidad de las comunicaciones privadas, depende de la eficacia o funcionalidad del diseño legal que se juzgue apropiado, pues tal labor puede desarrollarla cualquiera de las dos instituciones, ya que la naturaleza común de sus actos en los procesos es incuestionablemente "judicial".

Analizaré seguidamente los planteamientos que respaldan mi posición:

## II. AUTORIDAD JUDICIAL NO ES LO MISMO QUE TRIBUNAL DE JUSTICIA.

En efecto, una apreciación integral del tema en estudio pone de manifiesto, en mi sentir, que el concepto "Autoridad Judicial" que figura en el texto del artículo 29 de la Constitución no tiene la acepción restringida, forzosa y literal que deslumbra a la mayoría.

La interpretación en este sentido tiene que tomar en cuenta no sólo la orientación que surge de la lectura de la propia Constitución sino también cómo es y cuál ha sido la historia y el diseño que Panamá ha seguido al conformar las instituciones que integran y participan en la Administración de Justicia.

En una primera aproximación, es fácil advertir sobre este aspecto que el Constituyente panameño se inclinó por adoptar las siguientes orientaciones:

●

Que el tema referente a la Administración de Justicia está regulado en el Título VII de la Constitución, que consta de dos capítulos, el primero, dedicado al Órgano Judicial, y el segundo, al Ministerio Público.

●

Que el Ministerio Público integra en forma relevante la estructura institucional del sector justicia, con lo cual se descarta de manera nítida que éste no forma parte ni del Órgano Ejecutivo (Título VI, arts. 175 a 200) ni del Órgano Legislativo (Título V, arts. 146 a 174).

●

Que por la naturaleza de las funciones asignadas al Ministerio Público, en especial, la de la persecución de los delitos y contravenciones a preceptos constitucionales y legales (art. 220, numeral 4 C.N.), se le reconocen a éste las mismas prerrogativas y limitaciones de los servidores judiciales previstas en los artículos 205, 208, 210, 211, 212 y 216 de la Constitución.

La lectura atenta de esta normativa abre paso a pensar válidamente que el vocablo "Judicial" designa la naturaleza del acto, lo que permite distinguirlo de otras actuaciones de autoridad (vgr. administrativas, policivas, legislativas, etc.).

Los Magistrados y Jueces, al igual que los agentes del Ministerio Público son "autoridades" que desarrollan dentro de los procesos, actuaciones de naturaleza "judicial", sin que ello signifique que comparten igualdad de roles o funciones.

En la realidad constitucional panameña "Autoridad Judicial" no equivale necesariamente a Tribunal de Justicia porque cuando el Constituyente quiso referirse a este lo manifestó de manera inequívoca en diversas disposiciones.

En ese sentido, existen QUINCE (15) normas constitucionales que confirman este aserto, como se observa del contenido de los artículos 44, 54, 68, 128, 151, 153, 201, 202, 205, 209, 226, 234, 279, 280, numeral 3, y 295 de la Constitución Nacional, que, a título de ejemplo, se mencionan a continuación:

●

Cuando atribuye el conocimiento de la Acción de Habeas Data "a los tribunales competentes" como señala el artículo 44 de la Constitución Nacional.

- Cuando establece que el Amparo de Garantías Constitucionales será de competencia de "los tribunales judiciales" conforme indica el artículo 54 de la Constitución Nacional.

- Al disponer que la disolución de un sindicato solo puede lograrse cuando "así lo declare tribunal competente mediante sentencia firme", como lo preceptúa el artículo 68 de la Constitución Nacional.

- Cuando señala en cuanto a la jurisdicción agraria que la Ley "determinará la organización y funciones de sus tribunales", según precisa el artículo 128 de la Constitución Nacional.

- Cuando establece que es causal de revocatoria del mandato el hecho de que el Diputado o su Suplente haya sido condenado por delito doloso con pena privativa de la libertad de cinco años o más, mediante "sentencia ejecutoriada, proferida por un tribunal de justicia", tal como lo proclama el artículo 151, numeral 3 de la Constitución Nacional.

- Cuando enuncia como requisito para ser Diputado el no haber sido condenado por delito doloso con pena privativa de la libertad de cinco años o más, "mediante sentencia ejecutoriada, proferida por un tribunal de justicia", de conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 numeral 4 de la Constitución Nacional.

- Al exigir que la prohibición para desempeñar cargo alguno en el Órgano Judicial es aplicable respecto de la persona que haya sido condenada por delito doloso, "mediante sentencia ejecutoriada proferida por un tribunal de justicia", con arreglo a lo que preceptúa el artículo 205 de la Constitución Nacional.

- El artículo 234 de la Carta Política que señala que las autoridades municipales tienen el deber de cumplir y hacer cumplir "las resoluciones de los tribunales de la justicia ordinaria y administrativa".

- La exigencia de que la condena por delito doloso con pena privativa de libertad de cinco años o más, conste en sentencia ejecutoriada "proferida por un tribunal de justicia", como parte de los requisitos para ocupar el cargo de Contralor y Sub-Contralor de la República a tenor de lo que establece el artículo 279 de la Constitución Nacional; y

- El reconocimiento previsto en el artículo 295 de la Constitución Nacional de que habrá acción popular "para impugnar ante los tribunales" cualquier combinación, contrato o acción que tenga por objeto el establecimiento de prácticas monopolizadoras.

Como se ve no queda resquicio para duda que, el Constituyente panameño, cuando ha querido referirse a un tribunal judicial, lo ha hecho de manera directa y categórica, sin acudir al empleo de conceptos de contenido abierto, como es el caso de la expresión "Autoridad Judicial", que forma parte del artículo 29 de la Constitución Nacional conforme quedó reformado desde el año 2004.

Y es que, cuando se exige la intervención de un "Tribunal Judicial" es obvio que el Constituyente está enfatizando el carácter puramente jurisdiccional de ese organismo, con lo cual, debe entenderse que se manifiesta al cumplir la "función de la soberanía del Estado, para administrar justicia por medio de jueces y tribunales", como lo define de manera precisa el DICCIONARIO BÁSICO JURÍDICO (Editorial Comares, Granada, 6ta Edición, septiembre 2004, Pág. 318).

Es importante anotar que este prestigioso diccionario confirma claramente la acepción genérica del vocablo judicial cuando nos dice que debemos entender por tal "lo perteneciente al juicio, a la administración de justicia o a la judicatura" (Cfr. Pág. 314).

Lo judicial es un término omnicomprendivo, abarcador, y si se quiere genérico que no puede asignársele una significación unívoca como sí la tiene el concepto "jurisdicción" que es definido como la "potestad pública que corresponde EXCLUSIVAMENTE A LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES DETERMINADOS EN LAS LEYES para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado". (DICCIONARIO JURÍDICO BASICO, Editorial Colex, 2Ed., Madrid, 2006, Pág. 227).

Por ello es que, los jueces y tribunales al igual que los agentes del Ministerio Público, al desarrollar sus funciones en el ámbito de la administración de justicia despliegan actuaciones de carácter judicial en sentido lato. Sin embargo, cuando se reclama el atributo jurisdiccional se está aludiendo a la función por excelencia asignada a los jueces y tribunales de definir situaciones legales a través de sus sentencias.

Carece de importancia intentar restringir el significado del vocablo judicial afirmando que existe una clara diferencia entre las funciones que se le reconocen al Órgano Judicial y al Ministerio Público, y, que este último no forma parte del primero.

Nadie discute que el Ministerio Público es una entidad distinta del Órgano Judicial, por su autonomía institucional y por la naturaleza de sus funciones. Pero lo que aquí es relevante para la discusión es que ambas instituciones forman parte del sector justicia en el diseño constitucional panameño, y tal ubicación trae como consecuencia que sus actos procesales compartan la naturaleza común de ser judiciales.

Limitar lo judicial únicamente a los actos de los juzgados y tribunales plantea el inconveniente de dejar en el limbo la naturaleza legal de las actuaciones del Ministerio Público. A lo que cabe preguntarse: ¿Es que si las actuaciones del Ministerio Público no son judiciales, lo que en realidad se quiere decir, es que, son administrativas o policivas?

Es evidente que tal hipótesis carece de viabilidad constitucional puesto que una lectura somera del régimen funcional del Ministerio Público confirma el carácter "judicial" de sus actuaciones en los procesos en los que interviene.

En esta vertiente, es preciso destacar que, la expresión "Autoridad Judicial", es un concepto polisémico de vocación abierta cuya significación no está restringida en su alcance y sentido por el contenido de una función específica, sino por la naturaleza del acto que se desarrolla dentro de un proceso, razón por la cual, tan judicial es el acto de un Tribunal como el que ejecuta un Agente del Ministerio Público.

De otro lado, es conveniente anotar que la expresión autoridad judicial que aparece en el artículo 29 de la Constitución, tampoco puede asimilarse al concepto "autoridad judicial competente para juzgarlos" que figura en el texto del artículo 216 de dicha excerta, puesto que, la marcada función jurisdiccional que el Constituyente le dio a este último término, es lo suficientemente determinante y visible para saber que, en ese caso, se está refiriendo a la función privativa asignada a los jueces y magistrados del Órgano Judicial.

El Sistema Procesal Penal que nos rige en la actualidad confiere al Ministerio Público una serie de atribuciones que corroboran la naturaleza judicial de sus actuaciones al otorgarle, por ejemplo:

- 

Poder de conocimiento, que le permite iniciar y declarar abierta la persecución e investigación de los delitos, reuniendo los elementos necesarios para el descubrimiento y sanción de los autores o partícipes del hecho punible (Arts.347, numeral 5, 2031, 2032 y 2194, entre otros, del C.J.)

- 

Poder de coerción, en la medida en que, durante el sumario, puede obligar a los sujetos procesales a participar en las diligencias que se ordenen y, en caso de desacato, imponer las sanciones de rigor (Arts. 2042, 2049, 2067 y 2089 del C.J.)

- 

Poder de decisión, en tanto que se le autoriza para emitir Resoluciones de suspensión y archivo del ejercicio de la acción penal en aplicación del principio de oportunidad reglada (Art. 347 numeral 16, del C.J.).

En definitiva, el examen del régimen constitucional y legal atinente al Ministerio Público permite concluir, entonces, para los propósitos de la controversia, lo siguiente:

- 

El Ministerio Público panameño es una institución del sector justicia con autonomía e independencia funcional, administrativa y financiera (Arts. 210 y 223 C.N; Art. 331 C.J.)

- 

El Ministerio Público en Panamá no está adscrito al Órgano Ejecutivo -como es el caso del sistema mexicano, francés, alemán y norteamericano, en el que el Presidente o Jefe de Gobierno tiene facultades decisivas en su conducción, interviniendo en el nombramiento y destitución de sus autoridades y demás fiscales- ni tampoco forma parte del Órgano Legislativo.

- El Ministerio Público en Panamá si bien realiza actividades de aplicación del derecho, tales como: recibir y tramitar denuncias (Art. 347 numeral 5 C.J.); ordenar indagatorias (Art. 2089 C.J.); decretar detenciones preventivas (art.2126 C.J.); ordenar la práctica de diligencias de allanamiento (Art. 2179 C.J.); separar del cargo a funcionarios públicos (Art.2153 C.J.); emitir resoluciones de suspensión y archivo del ejercicio de la acción penal en aplicación del principio de oportunidad reglada (Art. 347 numeral 16, del C.J.),entre otras, que le dan a tales actuaciones un carácter incuestionablemente judicial, ello en nada excluye tal naturaleza por el hecho de que los tribunales sean los que ejerzan atribuciones jurisdiccionales.

### III. EL VERDADERO PROPÓSITO DE LA REFORMA DEL ARTÍCULO 29 DE LA CONSTITUCIÓN:

La mayoría considera que el haber colocado la expresión "autoridad judicial" en el artículo 29 de la Constitución Nacional perseguía, supuestamente, dos propósitos, a saber:

- Atribuir a los tribunales judiciales la facultad para afectar la garantía de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

- Que tal modificación se hizo porque, según esa posición, al estar de por medio el sacrificio de un derecho fundamental, dicha materia sólo podía ser de conocimiento de un tribunal de justicia.

Un análisis de conjunto de los factores históricos y normativos relacionados con esta temática ponen de manifiesto que la razón del cambio constitucional experimentado en el artículo 29 de la Carta Política a partir del año 2004, tiene una finalidad muy distinta a la que plantea la mayoría.

En efecto, la introducción del concepto "Autoridad Judicial" en el texto del artículo 29 de la Constitución lo que en verdad busca es proclamar que ninguna otra entidad distinta a la del sector justicia puede desarrollar actuaciones que afecten o comprometan la garantía fundamental de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

El cambio apreciado desde esta perspectiva tiene un innegable contenido tuitivo en beneficio de los ciudadanos. Hasta antes de la reforma del año 2004, las comunicaciones telefónicas privadas eran inviolables y no podían ser interceptadas, lo cual configuraba una garantía absoluta que no admitía menoscabos. Sin embargo, es comprensible que tal situación debía más temprano que tarde experimentar un juicioso reajuste para permitir que el Estado estuviese en condiciones de enfrentar con eficacia las complejas realidades imperantes en el mundo de hoy caracterizado por las peligrosas amenazas y acciones del crimen organizado -interno y transnacional- así como las desarrolladas por grupos terroristas, entre otras.

Es por ello que, al emprenderse el cambio constitucional del año 2004, resulta lógico pensar que si se tenía que sacrificar la inviolabilidad de las comunicaciones telefónicas privadas en aras de un interés legítimo superior, tal sacrificio sólo podía encontrar legitimidad si se hacía en una forma que garantizara a los ciudadanos que la interceptación de sus comunicaciones al estar ahora expresamente permitidas, no los convirtiera en víctimas de un deleznable espionaje oficial.

En ese sentido, el sacrificio de la inviolabilidad se compensa para efectos ciudadanos con la exigencia del carácter judicial de la autoridad.

Allí radica, en mi opinión, el verdadero progreso y finalidad perseguida con la reforma practicada al artículo 29 de la Constitución Nacional en el año 2004.

Hemos visto ya que la expresión "autoridad judicial" al denotar la naturaleza del acto engloba tanto a los Tribunales como a los agentes del Ministerio Público ya que ambos organismos, pese a sus distintas atribuciones, comparten en la Constitución su pertenencia al sector justicia.

Si se hubiese querido que este tema fuese de conocimiento privativo de los tribunales judiciales es lógico que así se habría dicho sin ambages puesto que ello mantendría lógica y coherencia con el sistema seguido por el Constituyente en un número plural de disposiciones.

Al emplear la expresión autoridad judicial y no tribunal judicial el tema quedó situado en un plano necesitado de interpretación, tarea que no puede ser satisfecha, como lo entiende la mayoría, a través de la simple lectura de las actas de la Sesión Reformatoria, sino que tiene que ser fijada mediante la interpretación del Tribunal Constitucional de cara a las particularidades que caracterizan este estatuto fundamental.

Lo que se haya dicho en el curso de los debates de las sesiones reformativas a la Constitución no hace tránsito a cosa juzgada, es decir, no vinculan, comprometen o cierran el análisis y el debate, ya que estos, sólo pueden ser agotados mediante una sentencia ejecutoriada expedida por el Tribunal Constitucional que es a quien le corresponde "la guarda de la integridad" de ella como lo indica de manera terminante el numeral 1 del artículo 206 de la Constitución.



Admitir que las apreciaciones expresadas durante el debate marcan un derrotero inexorable al sentido de una disposición constitucional, es sencillamente menguar el papel superior que le corresponde cumplir al Pleno de la Corte en su condición de Tribunal Constitucional puesto que, si nos atuviésemos únicamente a esa posición, tendríamos que concluir que la Corte está condenada a repetir mecánicamente lo que ya se dijo, excluyendo toda posibilidad de interpretación rectificadora o enriquecedora del significado y alcance de un precepto constitucional.

El hecho de que en el debate reformativo se haya expresado una opinión acerca del significado del vocablo "autoridad judicial", no inhibe el ejercicio de la interpretación que debe fijar el Tribunal Constitucional al examinar el sentido y alcance del artículo 29 de la normativa superior.

Por su lado, afirmar que al incluir el concepto de "autoridad judicial" se quiso poner en manos de los tribunales la afectación de un derecho fundamental, no es un planteamiento exacto por lo siguiente:

Si el tema de los derechos fundamentales fuese una materia de conocimiento exclusivo de los tribunales, cómo se explica, entonces, que, hoy en día, la libertad individual o el derecho de propiedad, pueden ser afectados a través de órdenes dictadas por los Agentes del Ministerio Público? O dicho en otro giro, ¿Es que la detención preventiva cuando la decreta el Ministerio Público no configura un acto de naturaleza judicial ni afecta un derecho fundamental?

Es evidente que plantear esta cuestión implica al mismo tiempo absolverla, ya que un mediano conocedor de nuestro sistema jurídico sabe que este no es un asunto de constitucionalidad sino de legalidad. Si el Estado decidiese por razones de política legislativa crear estructuras jurisdiccionales para conocer de manera exclusiva de la problemática de las garantías constitucionales, es evidente que no surgiría problema alguno porque tal voluntad no se prestaría a mayores elucubraciones.

Sin embargo, lo que no se puede sostener es que la Constitución supuestamente dice algo que no tiene correspondencia lógica con el entramado normativo de carácter legal que regula la actuación de los procesos penales.

Hasta tanto no se experimente un cambio legislativo sustancial que indique con claridad que todo lo relativo a las garantías fundamentales es de competencia de los tribunales, no se podrá excluir de que tales materias puedan ser conocidas incidentalmente por los Agentes del Ministerio Público.

Es esta la razón que me lleva a pensar que el concepto de "Autoridad Judicial" tiene un contenido abierto que ofrece albergue tanto a los Tribunales de Justicia como a los Agentes del Ministerio Público y que su ámbito de actuación quedará definido y regulado por las particulares orientaciones que inspiren el Sistema Procesal que se decida adoptar en un momento histórico determinado.

En la hora actual, desde una visión puramente descriptiva es preciso concluir, que el Sistema Procesal Penal vigente atribuye a los Agentes del Ministerio Público ciertas funciones de aplicación del Derecho que pueden afectar indiscutiblemente garantías fundamentales como la libertad individual mediante las órdenes de detención preventiva, y tal posibilidad, que también se reconoce a los Tribunales de Justicia, no le quita a las primeras su naturaleza predominantemente judicial.

#### IV. LA DETERMINACIÓN DE QUIEN AUTORIZA LA INTERCEPCIÓN JUDICIAL DE COMUNICACIONES PRIVADAS, ES UNA CUESTIÓN DE LEGALIDAD.

Partiendo de la premisa de que los actos de los Tribunales y del Ministerio Público comparten naturaleza judicial, con lo cual se satisface el requisito exigido en el artículo 29 de la Constitución Nacional, estimo que el otorgamiento de la autorización para interceptar las comunicaciones privadas, es un asunto que puede fijar el legislador ordinario de acuerdo a las necesidades y opciones que juzgue más convenientes frente a las circunstancias que ofrece la realidad.

La veracidad de este planteamiento descansa en lo siguiente:

●

La primera vez que se contempló explícitamente la posibilidad de autorizar la grabación de las comunicaciones telefónicas dentro de una actuación penal, el legislador confirió tal atribución al Procurador General de la Nación, para los casos calificados como delitos "graves". (Art. 21-B - hoy Art. 26 - de la Ley N° 23 de 30 de diciembre de 1986, cuyo texto único fue adicionado y ordenado por virtud de la Ley N°13 de 1994).

●

La citada disposición jurídica fue objeto de censura constitucional y el Pleno de la Corte Suprema mediante Sentencia de 6 de octubre de 1998 declaró que la misma no infringía los artículos 29, 32 y ningún otro de la Constitución Nacional.

●

Posteriormente, el Legislador mediante Ley N° 32 de 23 de julio de 1999, varió la política legislativa sobre la materia, al señalar que la grabación de las conversaciones y comunicaciones telefónicas relacionadas con un delito grave tendría que contar, antes de su práctica, con la autorización de la denominada Sala Quinta de Instituciones de Garantías que se creó en la Corte Suprema de Justicia. (Arts. 8, que adicionó el artículo 101-A al Código Judicial; y Art. 30 de la Ley N° 32 de 1999).

- 

Para hacer este cambio de orientación no fue necesario que se cambiara la Constitución puesto que, se entendía claramente que tal función podía atribuirse al Ministerio Público o al Órgano Judicial dependiendo de los intereses y conveniencias prevalecientes en el momento.

- 

A continuación, el Legislador nuevamente cambió de parecer, y, en menos de tres meses desde la promulgación de la Ley N° 32 de 1999, decidió devolver al Ministerio Público, la facultad de interceptar las comunicaciones privadas, sin intervención o autorización del Órgano Judicial. (Ley N° 49 de 24 de octubre de 1999).

El seguimiento reflexivo de la evolución de este importante tema, permite puntualizar lo siguiente:

1. Que el legislador no ha mantenido una posición inflexible y única respecto a quien debe conferir autorización para la interceptación de las comunicaciones privadas.
2. Que si el Constituyente hubiese querido atribuir esta facultad a los Tribunales Judiciales no me cabe la menor duda que así lo habría dispuesto como lo hizo en las quince (15) normas constitucionales citadas líneas atrás (Arts. 44, 54, 68, 128, 128, 151, 153, 201, 202, 205, 209, 226, 234, 279, 280, numeral 3, y 295).
3. En lugar de comprometerse con una sola versión, el Constituyente, probablemente sin advertirlo, tuvo el buen juicio de incluir la expresión "Autoridad Judicial" en el artículo 29 de la Constitución para ofrecer un margen razonable de flexibilidad de manera que el Legislador pudiese contar con la posibilidad de escoger la opción que estimara más conveniente para los intereses generales.

El que se haya hecho referencia a la expresión Autoridad Judicial es muestra fehaciente de que no se quiso emplear el vocablo Tribunales Judiciales, seguramente porque el Constituyente estaba consciente que a través de ese concepto abierto podía cobijar las actuaciones tanto del Órgano Judicial como del Ministerio Público, puesto que, es francamente impensable imaginar que aquel, estaba soslayando la realidad de que en la Constitución ambas instituciones comparten la nota común de ser Autoridades Judiciales.

El Constituyente al utilizar la expresión Autoridad Judicial, brindó al Legislador varias opciones:

- 

Mantener el sistema de que la Procuraduría General de la Nación sea quien autorice la interceptación judicial de las comunicaciones privadas.

- 

Someter el ejercicio de esta atribución del Ministerio Público a control previo o posterior del Órgano Judicial, según resulte más eficaz para los fines de la investigación y del proceso.

- 

Otorgar esa atribución exclusivamente al Órgano Judicial, específicamente a instancias jurisdiccionales especializadas (Jueces y Magistrados de Garantías).

Como es fácil apreciar, son varias las hipótesis que el Legislador puede acoger para regular este importante tema, siempre que, en todo momento, respete el mandato que señala el artículo 29 de la Constitución en el sentido de que la Autoridad facultada para ordenar la interceptación de las comunicaciones privadas tiene que tener el carácter Judicial, atributo que, por las razones explicadas, es predicable tanto para el Órgano Judicial como para los Agentes del Ministerio Público.

No debe olvidarse, por último, que la interceptación de las comunicaciones privadas constituye una herramienta esencial cuya naturaleza y aplicación está llamada a tener vigencia fundamentalmente en la etapa de investigación de los delitos más que en el procesamiento de ellos.

La eficacia práctica de este dispositivo supone, sin sacrificar más allá de lo necesario los derechos y garantías fundamentales, un elevado grado de celeridad, sigilo y limitación temporal para hacer frente a las exigencias que impone el combate a la delincuencia, por lo que debe ser el Legislador quien determine cuál es el mejor sistema para garantizar la funcionalidad exitosa del mismo.

## V. NO HAY INFRACCIÓN PORQUE HUBO CONSENTIMIENTO.

Otro tema al que es preciso referirse, a pesar de que inexcusablemente el fallo de mayoría ni siquiera menciona, es que no es posible sostener que en el presente caso, se ha producido una infracción constitucional, puesto que las grabaciones telefónicas fueron autorizadas por la víctima del delito que se investigaba.

En efecto, el examen de las constancias del expediente permite tomar conocimiento de lo siguiente:

●

La víctima del delito investigado autorizó al Ministerio Público la intervención y grabación de sus conversaciones telefónicas y aceptó que se le designara como Agente Encubierto para participar en la entrega personal de la suma de dinero que supuestamente exigía el servidor público investigado.

En la Resolución de 20 de agosto de 2005, que milita de fojas 23 a 28 del expediente, que fue expedida por la Fiscalía Auxiliar de la República se hizo constar lo siguiente:

"El denunciante ha ampliado para informar que CARLOS SMITH (a) "CATALIN, quiere llevar personalmente el dinero al fiscal, ya que éste no quiere tener contacto personal con el denunciante. Para tal efecto, CARLOS SMITH (a) "CALITIN" ha aceptado hacerse acompañar por ANGEL MIGUEL ZAMBRANO SMITH, quien es hijo del denunciante, con el fin de hacer entrega del dinero al fiscal.

Con el propósito de determinar la existencia del hecho punible, así como la identidad de los autores, cómplices o encubridores del hecho denunciado, se procederá conforme la autorización otorgada por la Procuradora General de la Nación. En atención a que la víctima tiene informado que la primera entrega por seiscientos balboas (B/.600.00) la hizo personalmente al Fiscal denunciado y que también ha sido la persona a quien se le ha requerido la suma de dos mil balboas para otorgarle una medida cautelar a su hija, se entiende que es la única persona o su hijo ANGEL MIGUEL ZAMBRANO SMITH, autorizada para entregar dicha suma de dinero, de ahí que se trata de un acto personalísimo que no permite sustituirse, por un tercero, como agente encubierto.

Por lo anterior, el suscrito, Fiscal Auxiliar de la República, DISPONE LO SIGUIENTE:

PRIMERO: Realizar intervención y grabación de conversaciones telefónicas que se produzcan entre los teléfonos 253-4041 y 6581-1061 pertenecientes a Miguel Ángel Zambrano Espino y los teléfonos 6572-5589, 6530-3449 pertenecientes al señor CARLOS SMITH (a) CALITIN, para lo cual se solicitará la cooperación de la Dirección de Investigación e Información Policial (D.I.I.P.), quienes, además, deberán proporcionar el equipo correspondiente.

SEGUNDO: (...).

TERCERO: Nombrar como Agentes Encubiertos, al señor MIGUEL ANGEL ZAMBRANO ESPINO, varón, panameño, mayor de edad, con cédula de identidad personal número 3-374-877, nacido el día 21 de febrero de 1962, estado civil casado y a ANGEL MIGUEL ZAMBRANO SMITH, con cédula 8-789-313, en razón de que se trata de un acto personalísimo, con el propósito de que entreguen la suma de dinero requerida...".

●

La circunstancia que se deja planteada, tiene una superlativa trascendencia puesto que si la grabación de las comunicaciones privadas del señor MIGUEL ANGEL ZAMBRANO ESPINO fueron consentidas por éste para cumplir las tareas como Agente Encubierto dentro de la investigación, es evidente que tal proceder no infringe la garantía fundamental del artículo 29 de la Constitución, ya que lo que no se permite por considerarlo ilícito es que se grabe "...las palabras de otro no destinadas al público, sin su consentimiento" (cfr. art.169 del Código Penal).

●

En el presente caso, es la propia víctima la que autoriza al Agente Instructor para que grabe las conversaciones que sostenga desde su teléfono, a los efectos de que pueda tener éxito la operación encubierta encaminada a identificar a los sujetos involucrados en el hecho punible que se investiga. En ese contexto, parece claro que no hay violación a la Ley y mal puede aceptarse que se ha producido una infracción lo suficientemente relevante a la garantía de la inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

●

La situación ya ha sido objeto de examen por parte del Pleno de la Corte Suprema de Justicia el cual ha concluido que cuando se produce consentimiento en la grabación no hay lugar a infracción constitucional.

En efecto, el Pleno de la Corte Suprema, en una decisión de 26 de agosto de 1997, proferida con motivo de la demanda de inconstitucionalidad que propuso la señora TEODOSIA ELIZONDRO DE ROMERO contra la Resolución de 17 de septiembre 1996, a través de la cual la Procuraduría General de la Nación autorizó una acción encubierta y grabación de llamadas telefónicas se señaló lo siguiente:

"En el caso de autos, la autorización de grabación de las comunicaciones telefónicas fue consentida por la denunciante. Lo que cabe preguntarse es si el desconocimiento del emisor del mensaje vicia el derecho de inviolabilidad de la comunicación telefónica, pues se trata de actos interpersonales. Todo indica que el destinatario es el propietario de la comunicación al igual que lo es la persona a quien se dirige el documento, nota o epístola. Luego entonces, la resolución impugnada no violenta el artículo 29 constitucional, en cuanto fue asentida por la denunciante.

En cuanto al artículo 32 constitucional que establece el debido proceso, la alegada violación directa por omisión no se da, toda vez que el Procurador General de la Nación, en estricto derecho no calificó el delito, la cual corresponde -como bien lo sostiene el demandante- a los juzgadores penales, sino que por ser el funcionario de instrucción competente para llevar a cabo la investigación de los delitos, al recibir la denuncia de la existencia de graves indicios sobre un delito considerado serio y peligroso, y recibir la autorización de la parte interesada, ordenó la intervención telefónica.

La decisión adoptada por el Procurador General de la Nación tuvo como basamento la denuncia que interpusiera la licenciada Petra Soriano, cuando expuso que una cliente suya era objeto de actos extorsivos por parte de una autoridad pública. Lo señalado indica que las grabaciones autorizadas no fueron obtenidas subrepticamente, pues la denunciante otorgó su asentimiento para coadyuvar en la investigación, aún cuando ello afectara su vida privada.

Es entendible así, que tales acciones son demostrativas que se está ante un delito cuya gravedad se evidencia por la pena asignada por el legislador y al negarle nuestro Código Judicial el derecho de excarcelación a las personas que incurran en este tipo de conductas delictivas.

(...) Luego, entonces, concluye el Pleno de la Corte Suprema (...) que la resolución alegada NO ES INCONSTITUCIONAL y no vulnera los artículos 29, 32 y 212 de la Constitución Nacional y ninguna otra disposición de rango superior".

El caso que se deja transcrito exhibe una similaridad asombrosa con el presente expediente, por lo que, en definitiva, soy del criterio que no podía accederse a la declaratoria de inconstitucionalidad impetrada porque no se cometió infracción constitucional, ya que la grabación de las comunicaciones privadas estaban debidamente consentidas por la víctima del delito que era objeto de investigación.

#### UNA REFLEXION FINAL:

#### LAS DECISIONES NO PUEDEN DIVORCIARSE DE LAS CONSECUENCIAS.

No puedo concluir este Salvamento sin reiterar una idea que me parece fundamental en el ejercicio de la judicatura.

Ello es que, las decisiones que están llamadas a proferir los Tribunales jamás pueden dar la espalda a las consecuencias institucionales que las mismas pudieran provocar.

En el presente caso, la mayoría ha decidido decretar la inconstitucionalidad de una resolución dictada por el Agente de Instrucción en el ejercicio de sus competencias legales, dentro de una investigación por la presunta comisión del delito de corrupción de servidores públicos que comprometía aparentemente la participación de un Fiscal de Circuito del Ministerio Público.

Con independencia del debate jurídico envuelto que, como he señalado, considero que no existen razones válidas para decretar la inconstitucionalidad, lo cierto es que al declararse la misma, ella tendrá significativo impacto sobre el valor de las diligencias que se han adelantado para identificar y sancionar a los posibles responsables de la comisión de un eventual y sensitivo hecho punible.

Decretar esta inconstitucionalidad en momentos en que no existe una normativa idónea, específica y clara para regular con propiedad la interceptación de las comunicaciones privadas, no me parece que sea una solución deseable para los intereses generales, máxime que, en mi opinión, ello se hace invocando un precario y equivocado fundamento jurídico.

El vacío y desconcierto que seguramente producirá una decisión proferida en las circunstancias que hoy prevalecen sobre la materia, es una cuestión profundamente delicada que tendrá consecuencias insospechadas sobre la conducción y eficacia misma de la investigación y sanción de los delitos graves (narcotráfico, blanqueo de capitales, corrupción, terrorismo, etc.) que amenazan a la sociedad, y que no podrán ciertamente ser superadas, por más muestras de preocupación o pesar que se hayan incluido en el fallo.

La decisión, sin que exista una Ley que defina claramente la tramitación y competencia de este tipo de herramienta esencial en la lucha contra la criminalidad, sólo generará un ambiente de perplejidad y apremio que obligará a emprender una apresurada expedición de una regulación cuya vocación reviste una crucial importancia para los derechos y garantías fundamentales.

Por los motivos precedentes y dado que no comparto el pronunciamiento de mayoría respetuosamente dejo constancia categórica y firme que, SALVO EL VOTO.

Fecha ut supra.

(FDO) MGDO. ADAN ARNULFO ARJONA L.,

(FDO) YANIXSA YUEN, SECRETARIA GENERAL.