

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 792

Panamá, 22 de junio de 2018

Acción de Inconstitucionalidad.

El Licenciado Markel Iván Mora Bonilla, Fiscal Primero Superior Especializado en Delitos Relacionados con Drogas de Panamá, actuando en su propio nombre y Representación demanda la inconstitucionalidad de la palabra “investigados”, contenida en el **artículo 259 del Texto Único del Código Electoral**.

Concepto de la Procuraduría de la Administración.

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

Acudo ante el Pleno de nuestra más alta instancia jurisdiccional, al tenor de lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 206 de la Constitución Política de la República de Panamá, en concordancia con el artículo 2563 del Código Judicial, con el propósito de emitir el concepto de la Procuraduría de la Administración, dentro del proceso constitucional relativo a la guarda e integridad de la Constitución, a través de la acción de inconstitucionalidad descrita en el margen superior.

I. Cuestión Previa.

Tal como observa este Despacho, mediante Providencia de 8 de junio de 2018, el Magistrado Sustanciador, dispuso admitir la Acción de Inconstitucionalidad en estudio.

En ese orden ideas, el Magistrado Sustanciador, al examinar los requisitos de admisibilidad de la presente Acción de Inconstitucionalidad, manifestó lo siguiente:

“ ...

La norma no ha sido objeto de pronunciamiento, por parte de esta Altísima Corporación de Justicia que tiene a su cargo la guarda de la Constitución.

De la demanda se observa que tal como lo establece el artículo 665 del Código Judicial, el libelo contiene los requisitos comunes a toda demanda, y además cumple con los requisitos del artículo 2560 del Código Judicial; es decir, la transcripción literal de las disposiciones, normas o actos acusados de

inconstitucionales, así como la indicación de las disposiciones constitucionales que se estiman infringidas y el concepto de la infracción.

De igual manera, el demandante transcribe el artículo 259 del Texto Único del Código Electoral, dando cumplimiento al requisito de admisibilidad dispuesto en el artículo 2561 del Código Judicial que acompaña junto con la demanda como se observa de foja 49-148 del cuaderno constitucional.

El demandante señala como infringidas las disposiciones contenidas en el artículo 19 y el artículo 220, en su numeral 4 de la Constitución Política de la República de Panamá, así como el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 26 de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Como se observa la demanda de inconstitucionalidad interpuesta cumple con los requisitos de forma y comunes de toda demanda establecidos en el artículo 665 del Código Judicial, y los requisitos específicos para las demandas de inconstitucionalidad contenidos en el artículo 2560 y 2651 de la precitada excerta legal, por lo que la demanda debe ser admitida.

...” (Cfr. fojas 155-157 del cuaderno constitucional).

En tal sentido, este Despacho concuerda con lo planteado por el Magistrado Sustanciador, respecto a la admisibilidad de la demanda de inconstitucionalidad, que ocupa nuestra atención, por lo que se tiene la posibilidad que el Órgano Jurisdiccional pueda ejercer tanto el control de constitucionalidad y como el de convencionalidad, al poder examinar la norma acusada, confrontándola con la Carta Fundamental del Estado, así como los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos, suscritos y ratificados por la República de Panamá, y que conforman el bloque de constitucionalidad.

II. Norma acusada de inconstitucional.

La disposición, cuya constitucionalidad se cuestiona a través de la presente acción de inconstitucionalidad, lo es la palabra “**Investigados**” contenida en el artículo 259 del Código Electoral, que establecen lo siguiente:

“**Artículo 259.** El fuero electoral penal es la garantía procesal que tienen los presidentes, vicepresidentes, secretarios y subsecretarios generales de los partidos legalmente constituidos, los candidatos, los funcionarios electorales y enlaces para que no puedan ser **investigados**, detenidos, arrestados o procesados en materia penal, policiva o

administrativa, siempre que estas últimas involucren la imposición de una pena privativa de la libertad, sin que medie autorización expresa y previa del Tribunal Electoral, salvo en caso de flagrante delito.

Se entiende que una persona adquiere la condición de procesada desde el momento en que de una investigación surjan méritos para responder judicial, policiva o administrativamente, siempre que se trate de casos que involucren la imposición de pena de arresto" (La negrita es de este Despacho).

III. Disposiciones constitucionales que se aducen como infringidas y concepto en que se alegan que lo han sido.

3.1 El activador constitucional aduce que la palabra "**Investigados**", ataca de inconstitucional y contenida en el artículo 259 del Texto Único Código Electoral, infringe el artículo 220 (numeral 4) de la Constitución Política de la República de Panamá, que establece lo siguiente:

- “Artículo 220.** Son atribuciones del Ministerio Público:
1. Defender los intereses del Estado o del Municipio.
 2. Promover el cumplimiento o ejecución de las Leyes, sentencias judiciales y disposiciones administrativas.
 3. Vigilar la conducta oficial de los funcionarios públicos y cuidar que todos desempeñen cumplidamente sus deberes.
 - 4. Perseguir los delitos y contravenciones de disposiciones constitucionales o legales.**
 5. Servir de consejeros jurídicos a los funcionarios administrativos.
 6. Ejercer las demás funciones que determine la Ley”

En tal sentido, se indica que la palabra "**Investigados**", atacada de inconstitucional y contenida en el artículo 259 del Texto Único Código Electoral, infringe el artículo 220 (numeral 4) de la Constitución Política de manera directa por omisión, de la siguiente manera:

“La palabra atacada de inconstitucional ha infringido el artículo 220 de la Constitución Política, en su numeral 4 de modo directo por omisión, toda vez que, se incumple y por ende se cercena el deber jurídico del Estado de investigar a través del Ministerio Público el delito, ya que, no puede ser una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, cuando se eleva a garantía procesal el que un funcionario de elección popular o los actores del proceso electoral tengan una prerrogativa que impida el ejercicio de la persecución penal.

...

No obstante, ello no es posible como se prevé con la palabra tachada de inconstitucional que para llevar adelante una investigación para alguno de los actores del proceso electoral de los indicados en el artículo 259 del Código Electoral, se necesite una autorización expresa y previa del Tribunal Electoral, lo que

hace ilusorio en caso de investigaciones proactivas ese ejercicio de persecución del Ministerio Público, cuando el trámite del levantamiento del fuero penal electoral es con comunicación y participación de quien se investiga, situación que implica publicidad de la actividad de investigación con las consecuentes y nefastas acciones que malograrían la efectividad de una obligación del Estado, que es el medio idóneo de persecución de los delitos y los resultados que devengan de el método de pesquisa afrontado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad en el ejercicio del ius puniedi estatal.

...

En cumplimiento de ese deber, una vez que el Ministerio Público a través de cualquiera de sus Fiscales o Agentes tenga conocimiento de un presunto hecho de carácter delictivo, deben iniciar de oficio y sin dilación, la investigación seria, imparcial y efectiva del acontecimiento, salvo los delitos dependientes de instancia privada o los de acción privada; por ello, la función constitucional que corresponde a los Fiscales en materia penal, comprende sustancialmente la persecución del delito que no es otra cosa que proceder contra una persona que se indica ha cometido una infracción penal; así se debe por mandato de la Ley Fundamental investigar, practicando per sé u ordenando la investigación a sus brazos auxiliares para recabar los datos y aportar todos los elementos que deben servir de base para fundar una acusación mediante la obtención de toda la información y los elementos de convicción que sean necesarios para esa finalidad, esto es, se procede en esta forma previa para proteger valores que interesan a la comunidad en representación de la sociedad, como una necesidad de asegurar factores de justicia material.

Aquí el Ministerio Público procede de la misma manera que un particular cuando trata de promover alguna controversia ante la autoridad, ya que, tiene el fiscal la necesidad o más bien el deber de documentarse debidamente, con arreglo de la Ley, para fundar debidamente su promoción; superada esa etapa el Fiscal decide si procede o no el ejercicio de la acción penal, en vista de datos apuntados, lo cual es facultad exclusiva suya y queda bajo su responsabilidad, pues de lo contrario se convertiría en ciego instrumento de los acusadores, si tuviera que proceder siempre, sin previo estudio de los datos y circunstancias que concurren en cada caso

Esta condición primaria es la que hace que la facultad de persecución del delito sea la función constitucional inherente e indispensable para que se pueda ejercitar la acción, con carácter reservado para el Ministerio Público, la cual debe ser practicada por todos los medios legales disponibles, pero, ella se restringe en casos de investigaciones complejas, de criminalidad organizada, con la existencia de pluralidad de imputados o a través de aparatos estructurados de poder, al consignar la palabra "investigados" que se contempla en la norma censurada, previendo el fuero electoral penal para los presidentes,

vicepresidentes, secretarios y subsecretarios generales de los partidos legalmente constituidos, los candidatos, los funcionarios electorales y enlaces que no puedan ser investigados, sin que medie autorización expresa y previa del Tribunal Electoral, salvo en caso flagrante de delito; ya que, es sabido de ante mano que esa autorización requiere un procedimiento de comunicación que haría ilusoria la aptitud constitucional del Ministerio Público, para realizar las pesquisas sin que se genere impunidad, entendida como la falta en su conjunto de investigación, toda vez que el Estado tiene la obligación de combatir la criminalidad por todos los medios legales disponibles.

De allí deviene la vulneración a la facultad de persecución penal del Ministerio Público, ya que, en casos de investigaciones complejas donde se requiera la pesquisa de algunos de los actores de proceso electoral como los presidentes, vicepresidentes, secretarios y subsecretarios generales de los partidos legalmente constituidos, los candidatos, los funcionarios electorales y enlaces, se necesitaría para el levantamiento del fuero penal electoral, que el Tribunal Electoral, diera traslado al aforado, antes de decidir en un plazo máximo de diez días hábiles sobre el levantamiento o no de esa prerrogativa para la investigación. El acuerdo mediante el cual el Organismo Electoral se pronuncia se notificará personalmente al solicitante y contra esa decisión cabe recurso de reconsideración dentro de los dos días hábiles siguientes; quedando el Tribunal Electoral obligado a decidir en un plazo máximo de diez días, con el cual se genera una publicidad que mutila la facultad de persecución penal que por mandado constitucional está reservada al Fiscal" (Cfr. fojas 8-9 del cuaderno constitucional).

3.2 Así las cosas, también señala el activador constitucional que la palabra "**Investigados**", ataca de inconstitucional y contenida en el artículo 259 del Texto Único Código Electoral, infringe el artículo 19 de la Constitución Política, así como el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, incorporados el orden jurídico interno por los artículo 4 y 17 de la Carta Magna, de manera directa por comisión, de la siguiente manera:

"La palabra "**Investigados**", contenida en el artículo 259 del Texto Único de Código Electoral de Panamá, viola de forma directa, por comisión, los artículo 4, 17 y 19 de la Constitución Política, 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles, los cuales protegen el derecho a la igualdad y no discriminación.

Al imponer como limitante y elevar a garantía procesal el que para ser investigados los presidentes, vicepresidentes, secretarios y subsecretarios generales de los partidos legalmente constituidos, los candidatos, los funcionarios electorales y enlace,

medie autorización expresa y previa del Tribunal Electoral; ello quebranta a igualdad que todos tenemos para ser investigados bajo el procedimiento ordinario y por la Entidad que constitucionalmente mantiene esa aptitud; es decir, el Ministerio Público, sin más limitaciones que la vulneración de derechos prevea.

... Así, la igualdad se configura hoy como un límite de actuación de los poderes públicos y como un mecanismo de reacción frente a la posible arbitrariedad del poder. En esta forma, la proposición jurídica de la palabra 'investigados' que tachamos de inconstitucional recoge, un trato preferencial y por ende desigualdad material hacia los presidentes, vicepresidentes, secretarios y subsecretarios generales de los partidos legalmente constituidos, los candidatos, los funcionarios electorales y enlace, con relación al resto del conglomerado social, lo cual implica que necesariamente que el grupo político o implicado en el contexto político, sería privilegiado, injustificadamente, con una excepción o garantía procesal como lo es la investigación que debe ser igual en todo el entorno sobre el resto de la sociedad discriminada, lo que viola directamente el artículo 19 de la Constitución Política.

...

De allí que sesgar la investigación en los casos de los presidentes, vicepresidentes, secretarios y subsecretarios generales de los partidos legalmente constituidos, los candidatos, los funcionarios electorales y enlace, hasta medie autorización expresa y previa del Tribunal Electoral, no solamente materializa un tratamiento diferenciado no justificado; es decir, discriminatorio, al ir en contra de una finalidad constitucionalmente legítima o, en otras palabras, una justificación razonable y acorde con el sistema de valores constitucionales propugnado como es el deber constitucional del Ministerio de perseguir delito, que es en su caso el fin perseguido por la Carta Magna, de allí la irracionalidad de la consecuencia jurídica que constituye el trato desigual y que guarda una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho que se describe a través de la palabra 'investigados' en la norma objeto de impugnación, demostrando la inutilidad de ella, cuando los investigados de los casos complejos se tendría que ir a un procedimiento de exposición que irrumpiría con los objetivos de las pesquisas preliminares criminales, provocándose la ruptura del orden constitucional o convencional, respetuoso de la igualdad y no discriminación (Cfr. foja 11-12 del cuaderno constitucional)

IV. Consideraciones en torno a la evolución del Fuero Penal Electoral en Panamá.

Es necesario enmarcar conceptualmente el tema que se plantea dentro del presente proceso constitucional, en ese orden de ideas, tal como observa este Despacho, con la novísima reforma electoral implementada en Panamá, mediante **Ley 29 de 29 de marzo de 2017**, se hace

vigente para el Proceso General Electoral de 2019, la introducción de la palabra “**Investigados**”, a la redacción que desarrolla el artículo 259 del Texto Único Código Electoral y referente a la figura del fuero penal electoral, misma que, en otros años y código electorales anteriores, no se contemplaba.

En ese sentido, se hace necesario indicar que la redacción más próxima a la actual; era la contenida en el Código Electoral vigente para Proceso General Electoral del año 2014, la cual señalaba lo siguiente:

“Artículo 143. Gozarán de fuero penal electoral, por lo que no podrán ser detenidos, arrestados o procesados sin autorización del Tribunal Electoral, excepto en caso de flagrante delito, las siguientes personas:

1. Los funcionarios electorales, así como los representantes ante las corporaciones electorales de los partidos políticos y de los candidatos de libre postulación, por el tiempo que ejerzan funciones durante el proceso electoral y hasta tres meses después del cierre de este.

2. Los candidatos, los presidentes, vicepresidentes, secretarios y subsecretarios generales de los partidos legalmente constituidos, desde el convocatoria a consultas populares y hasta tres meses después del cierre del proceso electoral.

Las personas que ejerzan los cargos anteriores podrán renunciar expresamente al derecho consignado en este artículo. Se entiende por renuncia expresa al fuero penal electoral la manifestada por el interesado ante las autoridades, la cual será irrevocable”.

Ahora bien, la palabra fuero es muy ambigua, pero dentro de sus distintas acepciones, se puede distinguir como el conjunto de prerrogativas que gozan ciertas personas, con razón de su cargo o empleo; sin embargo, también puede ser sinónimo de inmunidad, inviolabilidad y privilegio.

Bajo este contexto, se constata la evolución histórica de la figura del fuero penal electoral en Panamá, siendo una de las más antiguas la consagrada en la Ley 28 de 5 de noviembre de 1930 “sobre elecciones populares”, que derogaba las Leyes 60 de 1925 y 62 de 1926, y que en su artículo 234 señalaba que:

“Artículo 234. Los miembros de las corporaciones electorales en los días que estén en ejercicio activo de sus funciones y dos días después no podrán, sino en caso de flagrante delito, ser arrestados o detenidos ni obligados a comparecer ante las autoridades públicas para la práctica de diligencias que puedan impedirles el ejercicio de sus funciones. Lo dicho no implica que los empleados referidos, a pesar de su

inmunidad, sean compelidos con multas para que cumplan sus deberes en la debida oportunidad, ni impide tampoco el cumplimiento de las medidas que las autoridades públicas adopten para hacer efectivas la asistencia de ellos a las sesiones de la respectiva corporación.

En igual sentido, y como parte de la evolución del denominado fuero penal electoral, mediante Ley Número 25 de 30 de enero de 1958, "Por la cual se aprueba el Código Electoral", en el Capítulo VII "Régimen de las Corporaciones Electorales, su artículo 129, establecía que *"Durante el periodo electoral ningún miembro de las Corporaciones Electorales podrá ser detenido, arrestado o procesado, excepto en el caso de flagrante delito. Tampoco podrá ser detenido, arrestado ni de ninguna otra manera impedido de ejercer las funciones de su cargo, sino mediante resolución judicial en los periodos que haya de actuar conforme a lo dispuesto en esta Ley. El funcionamiento público con autoridad que contraviniera alguna de estas disposiciones se hará acreedor a la pérdida del cargo que desempeña"*.

Así las cosas, en la precitada norma electoral de 1958, se establecía una sanción a quien transgrediere lo dispuesto en el artículo 129 citado, por lo que en el Título X "Infracciones y Sanciones, específicamente en el artículo 278 (numeral 4), se señalaba que:

"Artículo 278. El funcionario o empleado público será sancionado con multa de B/. 50.00 a B/. 500.00 y a la interdicción para el ejercicio de cargos públicos por término de uno a tres años, al atributo del Tribunal Electoral:

- 1...
- 2...
- 3...

4. Si atentare contra la INMUNIDAD establecidas para los miembros de las Corporaciones Electorales en el artículo 129 de esta Ley, o cuando de cualquier otra manera les impidiera el ejercicio de sus funciones".

En ese contexto, el Código Electoral vigente para 1969; es decir, el de 1958, con cada una de sus reformas, modificaciones parciales y derogaciones, establecía en su artículo 76 que:

"Artículo 76: "Las corporaciones llamadas a ejercer funciones electorales son la siguiente: el Tribunal Electoral, la Junta Nacional de Escrutinio, las Juntas Provinciales de Escrutinio, Juntas Municipales de Escrutinio y Junta de Votación".

Tal como se observa, en la redacción de los artículos citados, no se establecía una garantía procesal de la no privación corporal para los candidatos a puesto de elección popular, era exclusivo de los miembros de las corporaciones electorales, citados en el artículo 76 del Código de 1958.

En igual sentido, mediante Decreto de Gabinete No. 214 de 11 de octubre de 1971, se convocaron las elecciones populares en la cual se escogerían a los miembros de la Asamblea de Representantes de Corregimiento en toda la República; sin embargo, y en virtud de los comicios parciales, la Junta de Gobierno elaboró el Estatuto de las Elecciones Populares de 1972, emitido por el Decreto de Gabinete No. 2 de 13 de enero de 1972 y en donde en materia de fuero penal, se establecía en el Artículo 11, del citado Estatuto que: *“Los Registradores Electorales Provinciales y Distritoriales, durante el ejercicio de sus cargos, no podrán ser detenidos, arrestados y procesados, excepto en caso de flagrante delito”*

En este contexto debemos desatacar, que la garantía de libertad corporal de no ser arrestado, detenido o procesado, recaía con dicho Estatuto, sobre la figura de los Registradores Electorales; entiéndase Estatuto de Elecciones, lo que hoy se denomina, “Reglamento General de Elecciones”. Además, de lo establecido en el Estatuto, se mantenía la garantía procesal a los miembros de la Corporaciones Electorales, conforme a lo establecido en el Código Electoral; sin embargo, se exceptuaban a los candidatos de elección popular.

Con la creación del nuevo Código Electoral de 1978, que fue aprobado mediante Ley 5 de 10 de febrero de 1978, derogó en todas sus partes la Ley 25 de 30 de enero de 1958, respecto a la regulación en materia de fuero penal; y establecía que los magistrados y sus suplentes no serían depuestos ni suspendidos en el ejercicio de sus cargos, sino en los casos y en las formalidades que disponga la Ley, además que no podrían ser detenidos ni arrestados sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente para juzgarlos.

Por su parte, al adoptarse el Código Electoral de 1983, mediante Ley 11 de 10 de agosto de 1983, así como el Decreto 8 de 5 de enero de 1984, que reglamentaba dicho código con miras a las Elecciones Generales de 1984, en materia de fuero penal, se amplía la gama de

beneficiarios a esa garantía procesal. En ese sentido, en el Título IV sobre los Organismos y Corporaciones Electorales, Capítulo Segundo del Código Electoral, referente a las corporaciones y funcionarios electorales, en su artículo 127, señalaba como miembros de dichas Corporaciones a: El Tribunal Electoral, la Junta Nacional de Escrutinio, la Junta de Escrutinio de Circuito Electoral, las Juntas Distritoriales de Escrutinio, las Juntas Comunales de Escrutinio y las Mesas de Votación.

Así mismo, en su artículo 128, se identificaba de manera específica a los denominados “funcionarios electorales”, de cuya garantía procesal (fuero penal), eran beneficiarios, señalándolos como: Los Magistrados del Tribunal Electoral, Secretario General, Fiscal Electoral, Secretario de la Fiscalía Electoral, Director General, Subdirector, Directores Provinciales de Organización Electoral, Registradores Electorales Distritoriales y los Presidentes, Secretarios y Vocales de la Junta Nacional de Escrutinio, de las Juntas de Escrutinio de Circuito Electoral, de las Juntas Distritoriales de Escrutinio, de las Juntas Comunales de Escrutinio y de las Mesas de Votación.

Por su parte, la misma excerta legal electoral de 1983, en su artículo 135, establece que del listado de miembros de la Corporaciones Electorales, el Director General de Organización Electoral, Directores Provinciales y Comarcales de Organización Electoral y los Registradores Electorales Distritoriales, durante el ejercicio de sus cargo, no podrán ser detenidos, arrestados o procesados sin autorización del Tribunal Electoral, excepto en el caso de flagrante delito.

Además, con la redacción de artículo 135 del Código Electoral de 1983, **se establece por primera vez, la condición de solicitar al Tribunal Electoral, la autorización para ordenar la privación corporal de los miembros de corporaciones electorales.**

Sin lugar a dudas, con la codificación electoral de 1983, además de ampliarse la gama de los beneficiados con la garantía procesal analizada, a diferencia con Códigos Electorales anteriores, que solo se establecía la prohibición de no ser detenidos, arrestados o procesados, salvo en flagrante delito; **se adoptó la medida a que las autoridades debían solicitar la**

autorización expresa del Tribunal Electoral, para ordenar la privación de libertad de los aforados, tal como está consagrado en el Código Electoral en la actualidad.

Por su parte, las reformas electorales de los años 1992, 1993, 1997, 2002, no introdujeron cambios significativos en materia de fuero penal electoral. De acuerdo a la evolución de esta figura, en la reforma electoral de 2002, aprobada mediante Ley 60 de 17 de diciembre de 2002, y cuyo Texto Único se publicó en la Gaceta Oficial 24,748 de 22 de febrero de 2003 en el Título IV "Organismos y Corporaciones Electorales, en su Capítulo II, Corporaciones y Funcionarios Electorales, sección 1, establecía en su artículo 131 lo siguiente:

"Artículo 131: El Director, Subdirector General de Organización Electoral, los Directores Provinciales y Comarcales de Organización Electoral y los Registradores Electorales Distritales, durante el ejercicio de sus funciones, no podrán ser detenidos, arrestados o procesados sin autorización del Tribunal Electoral, excepto en caso de flagrante delito.

Lo dispuesto en este artículo se aplicará, durante el proceso electoral y hasta 3 meses después de cerrado el mismo, a los candidatos y a los Presidentes y Vicepresidentes, Secretarios y Subsecretarios Generales de los partidos legalmente constituidos. También se aplicará a los demás funcionarios electorales, a los representantes de los partidos políticos y de los candidatos independientes en las corporaciones electorales, y a los Delegados Electorales, por el tiempo que ejerzan sus funciones durante el proceso electoral y hasta tres meses después de cerrado el mismo".

Posteriormente, el Tribunal Electoral por medio del Decreto 11 de 28 de abril de 2008, y sus modificaciones por medio del Decreto 19 de 9 de octubre de 2008, y Decreto 6 de 9 de febrero de 2009, reglamentó el fuero penal y laboral que consagraba el Código Electoral, con miras al proceso electoral de 2009. Así mismo, y con miras al proceso electoral de 2014, se realizó una nueva modificación al Decreto que reglamentaba el referido fuero, mediante Decreto 8 de 16 de abril de 2012, y Decreto 19 de 10 de diciembre de 2013, con miras al proceso electoral de 2014, y cuya redacción en el Código Electoral vigente para ese proceso, expresaba lo siguiente:

"Artículo 143. Gozarán de fuero penal electoral, por lo que no podrán ser detenidos, arrestados o procesados sin autorización del Tribunal Electoral, excepto en caso de flagrante delito, las siguientes personas:

1. Los funcionarios electorales, así como los representantes ante las corporaciones electorales de los partidos políticos y de los candidatos de libre postulación, por el tiempo que ejerzan funciones durante el proceso electoral y hasta tres meses después del cierre de este.

2. Los candidatos, los presidentes, vicepresidentes, secretarios y subsecretarios generales de los partidos legalmente constituidos, desde el convocatoria a consultas populares y hasta tres meses después del cierre del proceso electoral.

Las personas que ejerzan los cargos anteriores podrán renunciar expresamente al derecho consignado en este artículo. Se entiende por renuncia expresa al fuero penal electoral la manifestada por el interesado ante las autoridades, la cual será irrevocable”

Mediante las reformas al Código Electoral, por medio de la **Ley 29 de 29 de marzo de 2017**, y en virtud del **Acuerdo de Pleno 82-2 de 27 de noviembre de 2017**, en la que los Magistrados del Tribunal Electoral aprobaron el Texto Único del Código Electoral y ordenaron su publicación en la Gaceta Oficial y en el Boletín del Tribunal Electoral, la redacción referente el fuero penal electoral, y contenido en el artículo 259 del Código Electoral, que establecen lo siguiente:

“Artículo 259. El fuero electoral penal es la garantía procesal que tienen los presidentes, vicepresidentes, secretarios y subsecretarios generales de los partidos legalmente constituidos, los candidatos, los funcionarios electorales y enlaces para que no puedan ser **investigados**, detenidos, arrestados o procesados en materia penal, policiva o administrativa, siempre que estas últimas involucren la imposición de una pena privativa de la libertad, sin que medie autorización expresa y previa del Tribunal Electoral, salvo en caso de flagrante delito.

Se entiende que una persona adquiere la condición de procesada desde el momento en que de una investigación surjan méritos para responder judicial, policiva o administrativamente, siempre que se trate de casos que involucren la imposición de pena de arresto” (La negrita es de este Despacho).

V. Consideraciones en torno a la investigación del delito en la esfera penal ordinaria.

En primer lugar, debemos destacar que el artículo 220 de la Constitución Política de la República de Panamá, establece lo siguiente:

“Artículo 220. Son atribuciones del Ministerio Público:
1. Defender los intereses del Estado o del Municipio.

2. Promover el cumplimiento o ejecución de las Leyes, sentencias judiciales y disposiciones administrativas.

3. Vigilar la conducta oficial de los funcionarios públicos y cuidar que todos desempeñen cumplidamente sus deberes.

4. Perseguir los delitos y contravenciones de disposiciones constitucionales o legales.

5. Servir de consejeros jurídicos a los funcionarios administrativos.

6. Ejercer las demás funciones que determine la Ley”

En ese orden ideas, el artículo 29 del Código Procesal Penal, establece que la Jurisdicción Penal: *“es la facultad de administrar justicia en asuntos de naturaleza penal. Se ejerce por los juzgados y tribunales creados y organizados por la Constitución Política y la ley, y comprende el conocimiento y juzgamiento de los delitos previstos en la ley penal de la República de Panamá. La Jurisdicción Penal es irrenunciable e indelegable”*.

Así las cosas, en el Título I, Garantías, Principios y Reglas, del Código Procesal Penal establece en su artículo 5, y referente a la separación de funciones lo siguiente:

“Artículo 5. Separación de funciones. Las funciones de investigación están separadas de la función jurisdiccional. Corresponderá exclusivamente al Ministerio Público la dirección de la investigación.

El Juez no puede realizar actos que impliquen investigación o el ejercicio de la acción penal ni el Ministerio Público puede realizar actos jurisdiccionales, sin perjuicio de los casos especiales previstos en este Código.

Sin formulación de cargos no habrá juicio ni habrá pena sin acusación probada”.

Al respecto, el Código Procesal Penal señala que los agentes del Ministerio Público son independientes en el ejercicio de sus funciones y no están sometidos más que a la Constitución Política y a la ley, pero están obligados a acatar aquellas disposiciones legítimas que sus superiores emitan en el ejercicio de sus atribuciones legales.

En ese contexto, el artículo 68 de la citada norma de procedimiento penal, establece como funciones del Ministerio Público, las siguientes:

“Artículo 68. Funciones. Corresponde al Ministerio Público perseguir los delitos, ejerciendo las acciones derivadas de ellos ante los juzgados y tribunales en que actúen. Para el ejercicio de la persecución penal, el Ministerio Público dirige la investigación de los delitos, practicando u ordenando la ejecución

de las diligencias útiles para determinar la existencia del ilícito y los responsables.

La acción penal se ejerce ante los tribunales competentes, de conformidad con las disposiciones de este Código y de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

Las funciones del Ministerio Público establecidas en este Código se entienden conferidas a la Procuraduría General de la Nación y solo serán aplicables a la Procuraduría de la Administración, en lo que le corresponda, de conformidad con la Constitución Política y la ley".

En ese sentido, corresponde al Ministerio Público, la investigación de los delitos y la determinación de los autores y partícipes, para lo cual reunirá elementos útiles para el esclarecimiento de los hechos, partiendo del hecho que le carga de la prueba corresponder al Fiscal, quien deberá probar en el juicio oral y público los hechos que fundamentan su acusación, con exclusión de lo previsto en el artículo 257 del Código Procesal.

De los anterior se desprende, que el ejercicio de la acción penal es pública y la ejercer el Ministerio Público, tal como lo señala el Título IV "La Acción", Capítulo I "Acción Penal", en sus artículo 110, 111, 112,113 y 114 del Código Procesal Penal, que señalan lo siguiente :

"Artículo 110. Ejercicio de la acción penal. La acción penal es pública y la ejerce el Ministerio Público conforme se establece en este Código, y podrá ser ejercida por la víctima en los casos y las formas previstos por la ley. Los agentes del Ministerio Público tendrán la obligación de ejercer la acción penal, salvo en los casos que la ley autoriza a prescindir de ella. También la ejerce la Asamblea Nacional según lo establecido en la Constitución Política y la ley.

Artículo 111. Acción penal pública. Cuando el Ministerio Público tenga noticia sobre la existencia de un hecho de carácter delictivo, perseguible de oficio, ejercerá la acción penal con el auxilio de los organismos policiales correspondientes, cuando proceda.

Artículo 112. Acción pública dependiente de instancia privada. Los delitos de acción pública dependiente de instancia privada requieren de la denuncia de la parte ofendida. Son delitos de acción pública dependiente de instancia privada los siguientes: 1. Acoso sexual y abusos deshonestos, cuando la víctima sea mayor de edad. 2. Delitos contra la inviolabilidad del secreto y del domicilio. 3. Estafa y otros fraudes. 4. Apropiación indebida. 5. Usurpación y daños. 6. Falsificación de documentos en perjuicio de particulares. 7. Delitos de fraudes de energía eléctrica o de agua. En caso de que la víctima sea menor de

edad o incapaz, la denuncia podrá presentarla quien ejerza su representación legal o su tutor, salvo que el caso haya sido cometido por uno de sus padres, por su tutor o representante legal. En los casos en que la víctima sea el Estado, la acción penal será siempre pública.

Artículo 113. Legitimidad del denunciante. En los casos previstos en el artículo anterior, cuando la ley exija denuncia del ofendido para iniciar la investigación bastará que la víctima presente ante el Fiscal la solicitud de que se investigue el delito. Esta solicitud puede hacerse verbalmente o por escrito, pero el interesado deberá acreditar su condición de víctima. En caso de no hacerlo se le concederán cinco días hábiles para esa finalidad. La simple denuncia servirá para promover la instancia.

Artículo 114. Acción privada. Son delitos de acción privada y que requieren querrela para iniciar el procedimiento y ejercer la acción penal los siguientes: 1. Delitos contra el honor. 2. Competencia desleal. 3. Expedición de cheques sin fondos. 4. Revelación de secretos empresariales. Si la víctima en estos casos desiste o cesa en sus actuaciones, el Ministerio Público deberá abstenerse de ejercer la acción penal.

Ahora bien, conforme a la estructuración de la investigación penal descrita en el Código Procesal Penal, se puede deducir que la investigación consta de dos etapas, una preliminar y de carácter informal, cuyo propósito es el de verificar la noticia criminis y la cual lleva a la audiencia de imputación, y la otra una vez cumplida la audiencia de imputación con su efecto de vinculación al proceso, le sigue la investigación penal formal o complementaria, en los términos de los artículos 291 y 292 del Código Procesal Penal, referente al Plazo de la fase de investigación y el Plazo Judicial.

Con base a estos razonamientos, la norma procesal penal establece que las investigaciones preliminares del hecho punible podrán iniciarse de oficio, por denuncia o querrela y cuyo objeto, tal lo establece su artículo 272, es procurar la resolución del conflicto si ello resulta posible, y establecer si existen fundamentos para la presentación de la acusación mediante la obtención de toda la información y elementos de convicción que sean necesarios para esa finalidad, presentados por el Ministerio Público o el querellante o ambos, con la oportunidad de la defensa del imputado.

En ese orden de ideas, es deber del Ministerio Público, perseguir los delitos y contravenciones de disposiciones constitucionales o legales, por lo que deberá promover la investigación de los delitos perseguibles de oficio y los promovidos por querrela, tal como se señala en el artículo 276 de Código Procesal Penal, al indicar que:

“Artículo 276. Deber del Ministerio Público. Es deber del Ministerio Público promover la investigación de los delitos perseguibles de oficio y de los promovidos por querrela, mediante el acopio de cualquier elemento de convicción ajustado a los protocolos de actuación propios de las técnicas o ciencias forenses necesarias para esa finalidad.

El Fiscal respectivo realizará todas las investigaciones necesarias con relación a los hechos de los cuales tenga conocimiento con la colaboración de los organismos de investigación. Podrá disponer, en la forma prevista en este Código, las medidas razonables y necesarias para proteger y aislar los lugares donde se investigue un delito, a fin de evitar la desaparición o destrucción de rastros, evidencias y otros elementos materiales”.

Cabe destacar, que en materia de investigación, el Juez tiene que controlar la investigación (control de garantías), ya sea directamente o ya sea por medio de la defensa, solo de esta manera los elementos probatorios podrán convertirse en medios probatorios, ya que estarían legitimados por el control judicial o de la defensa, que siempre debe estar presente en la fase de investigación, desde el primer acto de investigación.

Lo señalado en el párrafo anterior, se fundamenta en el artículo 278 de Código Procesal Penal, mismo que señala que:

“Artículo 278. Audiencias ante el Juez de Garantías en la fase de investigación. Las decisiones, actuaciones y peticiones que el Juez de Garantías deba resolver o adoptar en la fase de investigación se harán en audiencia, salvo las actuaciones que por su naturaleza requieran de reserva para sus propósitos. A las audiencias de control de la aprehensión, de formulación de la imputación, las que versen sobre la nulidad de solicitud, modificación o rechazo o la proposición de medidas cautelares personales y las de la etapa intermedia deberán comparecer el Fiscal, el defensor y el imputado o acusado”.

IV. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Corresponde en esta oportunidad, emitir el concepto requerido dentro de la presente acción de inconstitucionalidad propuesta, la cual se expondrá en consideración a algunos puntos que a continuación destacaremos.

Como ya hemos advertido, nos encontramos ante una nueva realidad jurídico-electoral, en virtud de la reforma al Código Electoral aprobada mediante Ley 29 de 29 de mayo de 2017, y vigente para el Proceso General de Elecciones de mayo de 2019.

En este punto, consideramos pertinente indicar, que al momento de valorar la presente causa, debe tenerse en cuenta el principio de universalidad constitucional consagrado en el artículo 2566 del Código Judicial, toda vez que no se puede limitar el estudio de la disposición tachada de inconstitucional “únicamente a la luz de los textos citados en la demanda”, sino que deber examinarse con todos los preceptos que la Constitución estime pertinentes.

Dicho lo anterior, observa este Despacho que con la nueva codificación se **introduce un nuevo aspecto, referente al Fuero Penal Electoral**, y cuya constitucionalidad se cuestiona a través de la presente acción de inconstitucionalidad, que ocupa nuestra atención.

En ese sentido, la norma jurídica cuya constitucionalidad se cuestiona, lo es la palabra **“Investigados”** contenida en el artículo 259 del Código Electoral, que establecen lo siguiente:

“Artículo 259. El fuero electoral penal es la garantía procesal que tienen los presidentes, vicepresidentes, secretarios y subsecretarios generales de los partidos legalmente constituidos, los candidatos, los funcionarios electorales y enlaces para que no puedan ser **investigados**, detenidos, arrestados o procesados en materia penal, policiva o administrativa, siempre que estas últimas involucren la imposición de una pena privativa de la libertad, sin que medie autorización expresa y previa del Tribunal Electoral, salvo en caso de flagrante delito.

Se entiende que una persona adquiere la condición de procesada desde el momento en que de una investigación surjan méritos para responder judicial, policiva o administrativamente, siempre que se trate de casos que involucren la imposición de pena de arresto” (La negrita es de este Despacho).

En relación con lo anterior, consideramos pertinente señalar que antes de las reformas implementadas mediante Ley 29 de 29 de marzo de 2017, que reforma el Código Electoral y vigente para el Proceso General de Elecciones de mayo de 2019, respecto a la garantía procesal denominada “fuero penal electoral”, no contenía el término “investigados”, y cuya redacción contenida en el artículo 143, señalaba lo siguiente:

“Artículo 143. Gozarán de fuero penal electoral, por lo que no podrán ser detenidos, arrestados o procesados sin

autorización del Tribunal Electoral, excepto en caso de flagrante delito, las siguientes personas:

1. Los funcionarios electorales, así como los representantes ante las corporaciones electorales de los partidos políticos y de los candidatos de libre postulación, por el tiempo que ejerzan funciones durante el proceso electoral y hasta tres meses después del cierre de este.

2. Los candidatos, los presidentes, vicepresidentes, secretarios y subsecretarios generales de los partidos legalmente constituidos, desde el convocatoria a consultas populares y hasta tres meses después del cierre del proceso electoral.

Las personas que ejerzan los cargos anteriores podrán renunciar expresamente al derecho consignado en este artículo. Se entiende por renuncia expresa al fuero penal electoral la manifestada por el interesado ante las autoridades, la cual será irrevocable"

Ahora bien, el activador constitucional señala que la palabra **"investigados"**, infringe de manera directa por comisión, el artículo 220 de la Constitución Política, toda vez que la misma, cercena el deber jurídico que tiene el Ministerio Público de investigar el delito, ya que no puede una simple formalidad, elevada a garantía procesal, impedir el ejercicio de la persecución penal.

Advierte además, que para llevar adelante una investigación para alguno de los actores del proceso electoral de los indicados en el artículo 259 del Código Electoral, se necesite una autorización expresa y previa del Tribunal Electoral, lo que hace ilusorio en caso de investigaciones proactivas ese ejercicio de persecución del Ministerio Público.

Así mismo, indica que por ser el trámite del levantamiento del fuero penal electoral una comunicación con la participación de quien se investiga, para ser investigado, implica una publicidad de la actividad de investigación, con consecuencias nefastas que malograrían la efectividad de una obligación del Estado, que es el medio idóneo de persecución de los delitos y los resultados que devengan de el método de pesquisa afrontado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad en el ejercicio del "ius puniedi" estatal.

En ese orden de ideas, esta Procuraduría es del criterio que, corresponde al Ministerio Público perseguir los delitos, tal como lo establece la Constitución Política en el artículo 220 citado, anteriormente. A su vez, para el ejercicio de la persecución penal, dicha Institución está llamada a

dirigir la investigación de los delitos, practicando u ordenando la ejecución de diligencias útiles para determinar la existencia del ilícito y los responsables.

Con base a estos razonamientos, cuando el Ministerio Público tenga noticia de la existencia de un hecho de carácter delictivo, ya sea perseguibles de oficio y por medio de denuncia o querrela, deberá ejercer la acción penal, toda vez que los agentes de Ministerio Público son independientes en el ejercicio de sus funciones, y no están sometidos más que a la Constitución y la Ley.

En este contexto, a juicio de ese Despacho, el Fuero Penal Electoral constituye un **privilegio o prerrogativa del que gozan las personas enunciadas en el artículo 256 del Código Electoral** y de conformidad con los términos expresados en dicha norma, y que alcanza ámbito de la jurisdicción penal ordinaria, a la jurisdicciones penal electoral y penal fiscal; así como en la esfera de la justicia administrativa de policía, a los procesos correccionales en los que se **investigue**, procese o prive de libertad a un ciudadano amparado bajo esta garantía.

Al respecto, en opinión de esta Procuraduría, el vocablo “**investigados**” que utiliza la comentada norma en su **sentido más amplio**, abarca a los casos en que la persona protegida por el fuero sea objeto de **cualquier tipo de investigación, proceso o procedimiento** que se inicie en su contra, dentro de las jurisdicciones antes mencionadas, lo que lesiona el texto constitucional.

Lo anterior es así, pues de una interpretación literal de la norma, incluyendo el vocablo “investigados”, se tendría que cuando se pretenda investigar o procesar a una persona amparada por este fuero, la autoridad que conozca del caso deberá elevar, **previo al inicio de los mismos**, por cada **investigación** o proceso, **separadamente**, la respectiva solicitud de levantamiento del fuero ante el Tribunal Electoral.

Dicho en otras palabra, la norma establece que siempre que se pretenda **investigar** a una persona amparada por este fuero, la autoridad que conozca del caso deberá elevar, **previo al inicio de los mismos**, por cada investigación o proceso, la respectiva solicitud de levantamiento del fuero ante el Tribunal Electoral, quien decidirá si hay mérito o no para acceder a lo pedido.

Con base a los razonamientos expresados, este Despacho concuerda con lo señalado por el activador constitucional al indicar que:

“Una vez que el Ministerio Público a través de cualquiera de sus Fiscales o Agentes **tenga conocimiento** de un presunto hecho de carácter delictivo, deben iniciar de oficio y sin dilación, la investigación seria, imparcial y efectiva del acontecimiento, salvo los delitos dependientes de instancia privada o los de acción privada; por ello, **la función constitucional que corresponde a los Fiscales en materia penal, comprende sustancialmente la persecución del delito que no es otra cosa que proceder contra una persona que se indica ha cometido una infracción penal; así se debe por mandato de la Ley Fundamental investigar**, practicando per sé u ordenando la investigación a sus brazos auxiliares para recabar los datos y aportar todos los elementos que deben servir de base para fundar una acusación mediante la obtención de toda la información y los elementos de convicción que sean necesarios para esa finalidad, esto es, **se procede en esta forma previa para proteger valores que interesan a la comunidad en representación de la sociedad, como una necesidad de asegurar factores de justicia material**” (Cfr. foja 8 del cuaderno constitucional).

En ese sentido, la condición expresada en el artículo 256 del Código Electoral, específicamente por el contenido amplio que constituye la palabra **“investigado”**, incluida en la última reforma electoral; sin lugar a dudas, constituye una **limitante**, toda vez que, no puede el Ministerio Público iniciar una investigación, ni siquiera de carácter preliminar, sino obtiene una autorización previa y expresa por parte del Tribunal Electoral.

En atención a esa limitante, el Ministerio Público no puede iniciar una investigación penal, cuando este dirigida a los beneficiados del fuero penal electoral, descritos en el artículo 256 del Código Electoral, lo que a juicio de este Despacho, constituye una violación directa por comisión con lo señalado en el artículo 220, numeral 4 de la Constitución Política, toda vez que, son atribuciones de esa Institución *“perseguir los delitos y contravenciones de disposiciones constitucionales o legales”*.

Con la inclusión, del vocablo **“investigados”**, esa función Constitucional de persecución del delito, inherente e indispensable para que se pueda ejercitar la acción penal, se restringe a una condición externa y genérica llamada “Fuero Penal Electoral”, vulnerando la facultad de persecución penal, en casos de investigaciones complejas, que realiza el Ministerio Público.

Eso es así, ya que en esos casos de investigaciones complejas, de criminalidad organizada, entre otras, donde se requiera las pesquisas que pudiera involucrar a actores del proceso electoral

beneficiados con dicho “fuero”, y descritos en el artículo 256 de la excerta electoral vigente, se necesitaría para el levantamiento del fuero penal electoral, que el Tribunal Electoral, diera traslado al aforado, antes de decidir en un plazo máximo de diez días hábiles sobre el levantamiento o no de esa prerrogativa para la investigación, tal como lo señala el artículo 267 del Código Electoral.

Lo anterior, y como consecuencia de ese procedimiento denominado “Levantamiento del Fuero Electoral Penal”, que constituye una publicidad que afecta la facultad de persecución del delito del Ministerio Público y que por Mandado Constitucional está reservada al Fiscal, hace a juicio de esta Procuraduría, ilusoria dicha disposición Constitucional, ya que al imposibilitar el inicio de iniciar investigaciones preliminares, se podría generar impunidad, entendida como la falta de investigación, en virtud que el Estado tiene la obligación de combatir la criminalidad.

Ahora bien, a juicio de esta Procuraduría, no solo el vocablo “investigado”, sino la propia figura del “fuero penal electoral” como supuesta garantía procesal, creada como concepto legal dentro de la Jurisdicción Electoral, y que se extiende a otros ámbitos jurisdiccionales, como un privilegio o prerrogativa a ciertos ciudadanos, es opuesta al mandato Constitucional.

Lo anterior responde, a que con la implementación del Sistema Penal Acusatorio en la Jurisdicción Penal Ordinaria e incluso en la Especial Penal Electoral, el procedimiento penal presenta un esquema garantista estructurado en fases, denominadas “de investigación”, “intermedia” y “juicio oral”.

En ese sentido, el artículo 271 del Código Procesal Penal Acusatorio nos habla de “investigación preliminar”, indicado que se produce con el inicio de la acción penal ya sea de oficio, o por denuncia o querrela, y tiene como propósito verificar la “notitia criminis”, y que está orientada a determinar la procedibilidad de la imputación.

En ese sentido, y en virtud del carácter garantista del procedimiento penal, la etapa “preliminar de investigación” implica la tutela jurisdiccional de los derechos humanos y fundamentales de la persona y del ciudadano, que derivan de principio de dignidad humana que hoy rige para toda la actividad procesal, mismo que se incluye dentro del Código Procesal Penal en su artículo 14, como una garantía, al indicar:

“Artículo 14. Respeto a los derechos humanos. Las partes en el proceso penal serán tratadas con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. Los derechos y las garantías que consagran la Constitución Política, los tratados y convenios internacionales de derechos humanos y este Código deben considerarse como mínimos, prevalentes y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona”.

En ese orden de ideas, tal como lo hemos señalado en párrafos anteriores, es deber del Ministerio Público promover la investigación de los delitos perseguibles de oficio y de los promovidos por medio de querrela, mediante el acopio de cualquier elemento de convicción ajustado a los protocolos de actuación previstos en el artículo 276 del Código Procesal Penal que indica:

“Artículo 276. Deber del Ministerio Público. Es deber del Ministerio Público promover la investigación de los delitos perseguibles de oficio y de los promovidos por querrela, mediante el acopio de cualquier elemento de convicción ajustado a los protocolos de actuación propios de las técnicas o ciencias forenses necesarias para esa finalidad.

...”

En ese sentido, **el Fiscal respectivo realizará todas las investigaciones necesarias con relación a los hechos** de los cuales tenga conocimiento con la colaboración de los organismos de investigación. Además, podrá disponer las medidas razonables y necesarias para proteger y aislar los lugares donde se investigue un delito, a fin de evitar la desaparición o destrucción de rastros, evidencias y otros elementos materiales, tal como lo prevé el Código Procesal Penal.

En ese orden de ideas, y para lograr una mejor aproximación al tema objeto de análisis, se hace indispensable destacar el pronunciamiento realizado por el **Pleno de la Corte Suprema de Justicia**, relacionado a una Sumarias en Averiguación por la presenta comisión de delito Contra la Administración Pública, contra la Diputada Yanibel Abrego, que mediante **Resolución de 14 de mayo de 2018**, señaló lo siguiente:

“...”

En el presente caso, el Ministerio Público nos remitió mediante Resolución de 13 de diciembre de diciembre, la carpeta Contentiva de la investigación que adelantara por la presunta comisión de un delito Contra la Administración Pública, luego que el señor Arnulfo Arias Olivares presentara una queja administrativa ante la Procuraduría de la Administración, señalando en lo medular de la misma que observa a nivel

nacional muchos vehículos del Estado que portan propaganda proselitista...

...

Con base en esta información, el Ministerio Público, dispuso iniciar la instrucción personal, por presunto delito Contra la Administración Pública, **pero sin adelantar mayor labor investigativa**, y en lo que puede entenderse como una afectación al estado de inocencia...

...

Tales pesquisas iniciales resultaban de especial relevancia para determinar con base en la información obtenida, si estamos o no en presencia de un hecho punible que amerite de una investigación de carácter penal, así como la probable vinculación de una persona determinada, en cuyo caso, una vez confirmada, daría lugar a que el Ministerio Público pudiera remitir lo actuado en esta sede. (La negrita es nuestra)

Por tanto, estima el Pleno que, en el presente proceso no se cumple con lo requisitos descrito en el numeral 3 del artículo 488 del Código Procesal Penal, que se refiere a la relación clara, precisa y circunstanciada del hecho, lugar y tiempo de su realización, pues **el Ministerio Público no hizo mayor esfuerzo para establecer con claridad o precisión cuáles fueron los actos concretos en lo que presuntamente incurrió** la señora Diputada Yanibel Ábrego que, a su parecer, constituyen una situación punible, **sino que se limitó a referirnos las citadas resoluciones de Procuraduría de la Administración y de la Contraloría General de la República, en cuyos contenidos no indican mayores precisiones conductuales de la supuesta responsable, sino que presumen directamente su responsabilidad** y nuestra competencia en atención al cargo o función que desempeña.

..." (La negrita es de esta Procuraduría)

Visto lo anterior, se evidencia la necesidad y el deber que tiene el Ministerio Público de ejercer su rol Constitucional y legal en la persecución del delito, cuando el propio Pleno de la Corte Suprema de Justicia señaló que **"el Ministerio Público no hizo mayor esfuerzo para establecer con claridad o precisión cuáles fueron los actos concretos en lo que presuntamente incurrió" la denunciada**, hecho que a juicio de ese Despacho, al no aportarse los elementos de conocimientos y de convicción que indiquen o sugieran la posibilidad que se haya cometido un hecho con apariencia de punibilidad, imposibilitaron al Pleno para proceder con la investigación.

Así las cosas, la inclusión del vocablo "investigación", a la norma electoral pone en riesgo la persecución de los delitos, de allí que sesgar la investigación en los casos de los presidentes,

vicepresidentes, secretarios y subsecretarios generales de los partidos legalmente constituidos, los candidatos, los funcionarios electorales y enlace, hasta que medie autorización expresa y previa del Tribunal Electoral, irrumpiría con los objetivos de las pesquisas preliminares criminales, provocándose la ruptura del orden constitucional y legal.

En este escenario, tal como se observa, tanto el inicio de una investigación preliminar, como en la propia investigación formal; luego de la imputación, así como cada uno de los actos procesales y etapas que se configuran el procedimiento penal panameño, están revestidos de garantías fundamentales, por lo que someter la validez, fuerza o eficacia de un acto preliminar de investigación del Ministerio Público, a la autorización del Tribunal Electoral, resultaría en una violación constitucional a la facultad del Ministerio Público de investigar y de perseguir los delitos.

Lo anterior constituye una distorsión al propio sistema procesal penal, que ha sido rediseñado respetando los principios del debido proceso, como lo son el de legalidad procesal, el acusatorio, de oportunidad reglada, de proporcionalidad, de prohibición de doble incriminación, de los principios probatorios (presunción de inocencia, libertad probatoria y licitud de la prueba), así como el del derecho constitucional al recurso y la gratuidad del proceso penal.

Así las cosas, el rediseñado sistema procesal penal panameño, **cuanta con los controles necesarios para que no solo en la etapa de investigación, sino para que en todas las etapas procesales, sean realizadas en el marco legal.**

Como ya lo hemos señalado, la investigación preliminar es de carácter informal, en ese sentido, el funcionario a cargo de la misma puede realizar la investigación en el marco de derecho de acceso a la información; sin embargo, deberá efectuarse en apego a las reglas previstas en la los artículo 8, 11, 12, 13 y 14 del Código Procesal Penal que señalan lo siguiente:

“Artículo 8. Inocencia. Toda persona debe ser tratada y considerada como inocente durante la investigación y el proceso, hasta tanto se le declare responsable del delito que se le imputa en sentencia que haga tránsito a cosa juzgada. Los jueces, fiscales, querellantes y miembros de la Policía Nacional no pueden presentar a la persona investigada o imputada como culpable ni pueden brindar información sobre esta en ese sentido a los medios de comunicación social. Solo es permitida la publicación de datos o fotografías indispensables para fines de la identificación de dicha persona.

Artículo 12. Control judicial de afectación de derechos fundamentales. Las medidas de coerción, restrictivas de la libertad personal o de otros derechos son excepcionales. El Juez de Garantías, al decretar alguna de estas medidas, observará el carácter excepcional, subsidiario, provisional, proporcional y humanitario de estas. La detención provisional está sometida a un límite temporal razonable para evitar que se convierta en una pena anticipada. La detención provisional no puede exceder de un año, excepto en los supuestos señalados en este Código.

Artículo 13. Derecho a la intimidad. El cuerpo, los bienes y las comunicaciones de las personas son inviolables, y solo pueden ser examinados por mandamiento emitido por un Juez de Garantías, previo cumplimiento de las formalidades legales y por motivos definidos, sin perjuicio de las excepciones previstas en este Código.

Artículo 14. Respeto a los derechos humanos. Las partes en el proceso penal serán tratadas con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. Los derechos y las garantías que consagran la Constitución Política, los tratados y convenios internacionales de derechos humanos y este Código deben considerarse como mínimos, prevalentes y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona.”

Tal como se observa, las decisiones, actuaciones y peticiones que el Juez de Garantías debe resolver o adoptar en la fase de investigación, se harán en audiencia, salvo las actuaciones que por su naturaleza requieran de reserva para sus propósitos.

Es este sentido, y en materia de investigación, el juez tiene que controlar la investigación (control de garantías), ya sea directamente o medio de la defensa, sólo de esta manera los elementos probatorios pueden pasar a convertirse en medios de prueba, ya que estarían legitimados por el control judicial o de la defensa.

Basta recordar, además, que la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, en su **Sentencia de 9 de febrero de 2017**, se refirió a los principios y garantías que deben imperar en el Sistema Penal Acusatorio patrio, el cual, a nuestro juicio, ha de resultar aplicable a la modalidad electoral, al indicar:

“CONSIDERACIONES Y DECISIÓN DEL PLENO

...

El sistema acusatorio implica un punto de inflexión en la concepción que se tiene tanto del derecho penal como del derecho procesal, respecto al papel que ejerce el Estado dentro del proceso y sus participantes.

En el sistema inquisitivo, como se sabe, el Estado ocupa un primer lugar y se reflejaba en la confusión de las tareas jurisdiccionales y de investigación; además, del poder que se ejercía sobre el imputado y el resto de los intervinientes, quienes poseían poco manejo para desenvolverse con libertad de armas en el proceso. Actualmente, a través del nuevo esquema, las partes cobran mayor preponderancia; el Estado está detrás y se recuerda en todo momento, que el ser humano es un sujeto con derechos y garantías, que en su mayoría están en nuestra Constitución.

El propio Código Procesal Penal lo recuerda en su artículo 1, que exterioriza la manera cómo deben interpretarse los preceptos jurídicos que se recogen en el código y la prevalencia de los principios: 'El proceso penal se fundamentará en las garantías, los principios y las reglas descritos en este Título'. Principios y garantías que devienen a su vez de derechos fundamentales a rango constitucional. El diseño del proceso cambia, **pues la igualdad de las partes cobra relevancia dentro de él sin distinción. Igualdad que se desarrolla, en nuestro caso, en la proposición de pruebas y su confrontación, además, en la oportunidad de discrepar contra una resolución judicial.**

La igualdad que solicita el activador constitucional y que considera que está vulnerada es la procesal; la cual no está consignada en el artículo 19 de nuestra Constitución, dado que ella se refiere a privilegios por razones taxativas señaladas en el texto y la frase 'al Fiscal' no se subsume en estas categorías (sexo, raza, nacimiento, discapacidad, clase social, religión e ideas políticas), en cambio, el artículo 20 sí se enfoca en desarrollar que todos somos iguales ante la Ley y que en circunstancias similares a dos sujetos, no se les puede suministrar tratamientos dispares.

Continuando con el desarrollo de los principios y cómo éstos son presentados en el nuevo sistema adversarial, el Código Procesal Penal en el artículo 3 se destaca que los principios que deben visualizarse en el proceso son: el debido proceso, contradicción, intermediación, entre otros; pero llama la atención que menciona la estricta igualdad de las partes, la constitucionalización del proceso y el derecho a la defensa. Estos principios poseen enorme relación con el tema sometido a examen constitucional.

...

Nótese, que la idea que evoca el concepto igualdad procesal de las partes es que, ante un determinado espacio para comunicarse, todas las partes tendrán idénticas posibilidades, para ejercer tanto sus facultades como derechos. En este

supuesto, es el derecho a apelar una decisión que le puede afectar al querellante, la víctima o al propio Fiscal.

El derecho a disentir de una decisión y manifestarlo a través de los recursos sean ordinarios o extraordinarios forma parte del derecho que tiene toda persona a la defensa, derecho humano que el propio código lo contempla como elemento a considerar en su artículo 14, siendo desarrollado en el artículo 10 *lex cit.*

Parte del espíritu del Código puede visualizarse en el Informe de la Comisión Codificadora de los Anteproyectos de Ley de Códigos Penal y Procesal Penal en mayo de 2006, donde en lo medular se explica bajo qué parámetros se fundamenta el sistema acusatorio:

'A renglón seguido, para una mejor comprensión de los diversos institutos, cuerpos, nociones y conceptos jurídicos que se manejan en la nueva propuesta de juzgamiento penal, pasamos revista a lo que consideramos los más importantes aportes y sugerencias que se hacen o formulan en el Anteproyecto de Código Procesal Penal; no obstante, **advertir que el sistema está estructurado de tal manera para que funcione con la idea acusatoria; igualdad de las partes; igualdad de derechos, defensas y oportunidades;** un juzgamiento adversarial; formulado sobre la idea del cargo probado y de la culpabilidad acreditada en el proceso; que no hay cargo sin acusación ni pena sin culpa probada; **un proceso acusatorio solo puede ser aquél que vigencia las garantías y las libertades de las partes en el proceso; en donde intervenga un juez imparcial, independiente e imparcial.** Por ello la idea del Juez de las Garantías es esencial al sistema acusatorio. **He allí la gran novedad del sistema acusatorio: la custodia auténtica de las libertades procesales...**' (Resalto del Pleno. Comisión Codificadora, 2006).

Todas estas aristas forman parte del debido proceso y a su vez de una Tutela Judicial Efectiva desarrollada a través del bloque de la constitucionalidad y el artículo 32 de nuestra Carta Magna, que el Pleno de la Corte Suprema de Justicia estima infringido.

Ahora bien, nuestro Código de Proceso Penal deviene de diversas legislaciones entre ellas la chilena, como bien lo menciona la exposición de motivos del anteproyecto del Código Procesal Penal panameño, siendo el numeral 3 el inciso tercero del artículo 277 del Código Procesal Penal de Chile...

No obstante, estas discusiones no fueron tomadas en cuenta cuando se realizó el implante legislativo en nuestra legislación teniendo en consideración que ésta considera como interviniente y sujetos procesales al querellante y la víctima, cuando éste va en acusación particular y le ocurre una situación como la detallada en el inciso; o sea, que sus pruebas no hayan

sido admitidas, a causa de una supuesta ilicitud. Bajo este supuesto, estaría en una situación de desventaja ante el Fiscal, cuando en delitos de oficio éste puede entonces, presentar una apelación. O por el contrario, cuando la víctima participa de una querrela autónoma, actividad admitida en nuestro código de proceso punitivo.

La suerte del artículo 277 del Código Procesal chileno creó mucho debate en aquel país, siendo resuelta por el Tribunal Constitucional en esta dirección:

'Este problema ha sido abordado por el Tribunal Constitucional principalmente a propósito del artículo 277, inciso segundo, del Código Procesal Penal, que establece la posibilidad de que el auto de apertura del juicio oral sea apelado por el Ministerio Público –sólo por él– cuando se le excluyan pruebas provenientes de actuaciones o diligencias declaradas nulas o que hayan sido obtenidas con inobservancia de garantías constitucionales. Esta norma ha sido impugnada en dos ocasiones²⁴³ y en ambos casos el requerimiento ha sido acogido, por estimar el Tribunal que el otorgamiento de un recurso sólo al Ministerio Público resulta contrario a la Carta Fundamental. Veamos:

El Tribunal es claro en afirmar la igualdad de los intervinientes en el proceso penal. Por intervinientes entiende aquellos que se contemplan en el artículo 12 del Código Procesal Penal, esto es, el fiscal, el imputado, el defensor, la víctima y el querellante. Ello lo estima consecuencia de la consagración constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva, a la que se llega por la conjunción de diversas normas relacionadas con el acceso a la jurisdicción, el debido proceso, la igualdad en el ejercicio de los derechos, etc²⁴⁴. Esto es sostenido explícitamente en el considerando 20° de la STC Rol N°1535-09, en que el Tribunal señala que 'en el marco de su reconocimiento constitucional se incluye, como única forma de garantizarlo, el acceso efectivo a la jurisdicción en todos los momentos de su ejercicio, que se manifiesta en la exigibilidad de su apertura y, consecuentemente, de la substanciación del proceso, además del derecho a participar de los trámites del mismo, en igualdad de condiciones que los demás intervinientes'... Para el Tribunal, el diferente trato dado por la ley a dos intervinientes que se hallan en la misma posición de agraviados tampoco satisface el estándar de racionalidad exigido por el derecho a la igualdad ante la ley, ya que se afecta sustancialmente un derecho fundamental de uno de los intervinientes sin que se divise utilidad a la finalidad perseguida por el legislador²⁴⁶. (Tribunal Constitucional de Chile (2010-2011) EL DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL DE INAPLICABILIDAD (2006-2010) Giovanni Víctor Cisternas Vélis. ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL PERÍODO DE MARZO DEL AÑO 2006 A MARZO DE 2010 EN CUANTO A LOS CRITERIOS DE ADMISIBILIDAD Marylen Filloy

Payret y María de los Ángeles Soto Correa, Cuadernos del Tribunal Constitucional No. 44, 2011, fs. 110-111).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Barreto Leiva vs Venezuela (párr. 29) y en el caso López Mendoza vs Venezuela (párr. 117) sostuvo que el derecho a la defensa 'obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como sujeto del mismo'. (Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentario, Christian Steiner y Patricia Uribe, fs. 321). El querellante y la víctima son sujetos de derecho de acuerdo con el Código Procesal Penal y deben otorgárseles bajo este escenario iguales condiciones procesales.

El Pleno es empático al hecho que la acusación recae en el Estado a través del Ministerio Público y es éste quien ostenta el *ius puniendi*; no obstante, no es menos cierto que el querellante y la víctima en estos casos son parte importante en el proceso, tanto que es un sujeto procesal (artículo 85 del Código de Proceso Penal).

Igualmente, se observa que la visión respecto a cómo se diseñó el numeral 3 del artículo 169 fue sesgado, dado que el control de ilicitud de las pruebas por parte del Juez de Garantías puede hacerlo a pruebas que haya presentado la víctima o el querellante en una acusación particular o autónoma.

En otros términos, el contexto en que se creó el precepto normativo solamente fue a la luz de uno de los sujetos procesales y no del resto, intervinientes que pueden presentar pruebas que son susceptibles de ser catalogadas como ilícitas y por ende, negadas por el Juez de Garantías.

En consecuencia, repara el Pleno cómo ante principios como el de defensa, igualdad de las partes, respeto a los derechos humanos, explicados y consignados de forma patente en la ley que recoge el Código Procesal Penal. Cuerpo normativo que expone desde su presentación que el nuevo sistema penal obedece a un sistema de garantías y principios a nivel constitucional, que deben reflejarse durante el proceso, se mantenga una contradicción en sus artículos posteriores; lo cual es ostensible a partir de la confrontación del numeral con los principios evocados en nuestra Constitución.

...

Adicionalmente, se infringe el derecho de igualdad ante la Ley, ya que ante una similar circunstancia (ilicitud de la prueba) que acontezca a diversos sujetos procesales, su reacción o defensa sería disímil, creando así un tratamiento dispar. La querrela, no podría apelar una decisión del juez de garantías si se niegan sus pruebas a causa de ilicitud en casos en que ésta sea una querrela particular, cuando el delito no sea de oficio, en cambio, sí lo podría realizar el

fiscal. El desbalance también se visualiza en la querrela autónoma, quien debe también presentar su acusación con los mismos requerimientos que el fiscal.

Todo lo anotado da lugar para sostener que la frase 'al Fiscal' lesiona constitucionalmente los preceptos 20 y 32 de nuestra Constitución Política y no así el artículo 19 por las motivaciones referidas y así se resolverá.

Por las consideraciones previas, el Pleno de la **CORTE SUPREMA** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **DECLARA QUE ES INCONSTITUCIONAL** la frase 'al Fiscal' contenida en el numeral 3 del artículo 169 del Código de Proceso Penal." (Lo subrayado y resaltado es del Tribunal).

Como corolario de lo expuesto por este Despacho, resulta evidente que la solicitud de levantamiento de fuero penal electoral, bajo un sistema penal de corte acusatorio, resulta a todas luces innecesaria, y a nuestro juicio constituye un obstáculo para la administración de justicia, ya que no olvidemos que la reforma efectuada al proceso penal, tiene como finalidad principal democratizar el mismo desde su inicio; esto significa, ser transparente y leal en la recolección de las evidencias, compartirlas con la defensa y le corresponde al juez asegurar esta garantía.

Al respecto, aun cuando el Tribunal Electoral establezca que el levantamiento del fuero por parte de este, no constituye **un aval** a lo actuado por el agente del Ministerio Público, habida cuenta que en dicho trámite, los Magistrados no entran a considerar si existe o no delito, o si la instrucción sumarial se apega o no a las normas de derecho pues, se limitan a verificar, **que la investigación no constituya un mecanismo para impedir el libre ejercicio del cargo conferido**, a juicio de esta Procuraduría, los llamados a controlar por mandado Constitucional y Legal, los actos de investigación que afecten derechos fundamentales, civiles y políticos, son los Jueces de Garantías, con base a la información y elementos de convicción presentados por el Ministerio Público o el querellante según sea el caso.

Por otra parte, tal como lo señala el activador constitucional, "la palabra **"Investigados"**, contenida en el artículo 259 del Texto Único de Código Electoral de Panamá, viola de forma directa, por comisión, los artículo 4, 17 y 19 de la Constitución Política, 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles, los cuales protegen el derecho a la igualdad y no discriminación.

A juicio de este Despacho, la doctrina y la jurisprudencia constitucional de manera reiterativa han venido señalando la prohibición del fuero y privilegios por razones de raza, nacimiento, discapacidad, condición social, sexo, religión o ideas políticas, conforme a lo contenido en la Carta Magna que señala precisamente que:

“Artículo 19. No habrá fuero ni privilegios ni discriminación por razones de raza, nacimiento, discapacidad, condición social, sexo, religión o ideas políticas”.

En ese orden de ideas y en virtud de los razonamientos planteados, a juicio de este Despacho no existe una justificación para mantener la figura del fuero penal electoral, toda vez que, como ya hemos señalado, la sociedad panameña, se erige en un orden Constitucional y de Estado Democrático de Derecho, en donde las garantías y principios, así como el debido proceso, contrasta con la disposición del “fuero penal electoral”, enviando un mensaje equivocado a la sociedad; que en materia penal existen dos tipos de ciudadanos, el común, al que se le aplica la ley y el ciudadano revestido de una garantía procesal, adicional, por su participación en asuntos de tipo político-electora, circunstancias que por si sola no justificaría un trato desigual en relación a los primeros.

V. Solicitud de la Procuraduría de la Administración.

Finalmente, en razón de las anteriores consideraciones y expuesto el criterio jurídico de la Procuraduría de la Administración con respecto al tema planteado en la presente acción de inconstitucionalidad, solicitamos que el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, al ejercer los controles de constitucionalidad y convencionalidad antes expuestos, declare que **ES INCONSTITUCIONAL**, la palabra “investigados”, contenida en el **artículo 259 del Texto Único del Código Electoral**.

Del Señor Magistrado Presidente,


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración