



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 14 de octubre de 2008

**Proceso de
inconstitucionalidad.**

Acción de inconstitucionalidad presentada por Gustavo Pereira Bianco, apoderado de **José Bósquez Poveda**, contra la resolución de 8 de marzo de 2007, emitida por la **procuradora general de la Nación**, mediante la cual autorizó al fiscal auxiliar de la República para que efectuara una diligencia de operación encubierta con entrega controlada de dinero y a la grabación, filmación y registro de las conversaciones que resultaran de la diligencia antes enunciada.

Concepto.

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

Acudo ante usted de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 206 de la Constitución Política de la República, en concordancia con el artículo 2563 del Código Judicial, con el propósito de emitir el concepto de la Procuraduría de la Administración respecto a la acción de inconstitucionalidad descrita en el margen superior.

I. Acto acusado de inconstitucional.

La parte actora demanda la inconstitucionalidad de la resolución de 8 de marzo de 2007, dictada por la procuradora general de la Nación, mediante la cual se autorizó al fiscal auxiliar de la República para que, en el término de quince días, efectuara una diligencia de operación encubierta con entrega controlada de dinero, dentro del sumario instruido

por la presunta comisión del delito contra la administración pública, en la modalidad de corrupción de servidores públicos, denunciado por Manuel María Díaz Arrocha y al cual se encontraba vinculado José Bósquez, con el propósito de comprobar el hecho investigado e identificar a los autores, cómplices y encubridores, y a la grabación, filmación y registro de las conversaciones que resultaran de la diligencia antes enunciada. (Cfr. fojas 39 a 43 del expediente judicial).

II. Disposiciones constitucionales que se aducen infringidas.

La parte accionante aduce la infracción del artículo 29 de la Constitución Política de la República que, entre otras cosas, señala que todas las comunicaciones son inviolables y no podrán ser interceptadas o grabadas, sino por mandato de autoridad judicial, y que el incumplimiento de esa disposición impedirá la utilización de sus resultados como prueba.

Sobre este primer cargo de inconstitucionalidad, el recurrente sostiene que la procuradora general de la Nación realizó una interpretación errónea del artículo 29 de la Carta Política cuando procedió a autorizar la filmación y la grabación de conversaciones personales, sin efectuar la respectiva solicitud a la autoridad judicial que está representada por los Tribunales de Justicia. (Cfr. foja 11 del expediente judicial).

En adición, señala que la facultad que posee la titular de la Procuraduría General de la Nación para ordenar

filmaciones y grabar conversaciones personales está regulada en el artículo 26 del texto único de la ley 23 de 1986 que subordina dicha autorización a lo que establece el artículo 29 constitucional, que se invoca como infringido. (Cfr. fojas 11 y 12 del expediente judicial).

El accionante igualmente aduce la violación del artículo 32 del Texto Constitucional que dispone que nadie será juzgado sino por autoridad competente y conforme a los trámites legales, y no más de una vez por la misma causa penal, administrativa, policiva o disciplinaria.

Con relación a este segundo cargo de inconstitucionalidad, el recurrente indica que quien ordenó la filmación y la grabación de conversaciones personales no contaba con facultad para ello y, por consiguiente, infringió el artículo 32 de la Constitución Política de la República que contiene la garantía constitucional del debido proceso. (Cfr. fojas 20 y 21 del expediente judicial).

III. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

En la acción objeto de análisis se solicita la declaratoria de inconstitucionalidad de la resolución de 8 de marzo de 2007, mediante la cual se autorizó la filmación, grabación y registro de las conversaciones que resultaran de la diligencia de operación encubierta con entrega controlada de dinero, que debía llevar a cabo el fiscal auxiliar de la República como parte del sumario instruido por la presunta comisión del delito contra la administración pública, en la modalidad de corrupción de servidores públicos, denunciado

por Manuel María Díaz Arrocha y al cual se encuentra vinculado José Bósquez.

Luego del examen de los argumentos expuestos por el accionante, esta Procuraduría observa que entre los fundamentos de derecho del acto demandado se incluyen la Convención Interamericana Contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, aprobadas mediante la ley 42 de 1 de julio de 1998 y la ley 15 de 10 de mayo de 2005, respectivamente; ambas encaminadas a la prevención, detección, sanción y erradicación de los actos de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas. De igual manera, se hace alusión al artículo 26 del texto único de la ley 23 de 30 de diciembre de 1986 y al artículo 29 de la Constitución Política de la República. (Cfr. fojas 8 y 9 del expediente judicial).

En relación con las normas previamente enunciadas, advertimos que si bien es cierto la autorización demandada, expedida el 8 de marzo de 2007, se da dentro del marco de unas investigaciones por la supuesta comisión del delito de corrupción de servidores públicos, el cual constituye una conducta ilícita de gravedad, ante la cual es posible autorizar la grabación de las conversaciones y comunicaciones telefónicas, tal como lo dispone el artículo 18 de la ley 13 de 1994, que adiciona el artículo 21-B a la ley 23 de 1986, no lo es menos que esa misma norma legal indica que su aplicación 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, lo que descarta la posibilidad que tales autorizaciones puedan ser otorgadas por otro tipo de autoridad.

En virtud de ello, estimamos que los argumentos expuestos por el demandante constituyen un planteamiento lógico jurídico que tiene pleno sustento en una norma constitucional vigente al momento en que se profirió la autorización que se demanda como inconstitucional.

Derivada de esta infracción del texto constitucional, también se presenta la violación de la garantía del debido proceso legal, consagrada en el artículo 32 de la Constitución Política de la República, al observarse que el acto demandado no fue emitido por autoridad judicial alguna, es decir, por los magistrados o jueces que integran la Corte Suprema de Justicia, los tribunales o los juzgados establecidos por la Ley.

Según el Diccionario Jurídico de los autores Raymond Guillén y Jean Vincent, el concepto de autoridad judicial se relaciona y remite al término "poder judicial", definido como aquella "función consistente en juzgar, es decir, en asegurar la represión de las violaciones al derecho y en zanjar, sobre la base del derecho, con fuerza de verdad legal, las cuestiones que se suscitan a propósito de la existencia o de la aplicación de las normas jurídicas y establece por último, que los tribunales son los órganos que ejercen la función

judicial...” (Diccionario Jurídico, Editorial Temis, S. A., tercera reimpression de la segunda edición, Bogotá-Colombia, 2001, páginas 43 y 228).

Igualmente, el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Manuel Osorio define el término judicial como: “... perteneciente al juicio y a la iudicatura. Por eso se llaman judiciales todos los procedimientos, sean de jurisdicción contenciosa o de jurisdicción voluntaria, en que intervienen los jueces y los tribunales de justicia. Judicial es, pues, lo que se hace en justicia o por autoridad de justicia. En otro aspecto, se habla de organización judicial con relación a la constitución y funcionamiento de la judicatura, al ejercicio de juzgar, a la dignidad o empleo de juez, al tiempo que dura o al cuerpo constituido por los jueces de un país.”

En conclusión, al confrontar la resolución del 8 de marzo de 2007 con los artículos constitucionales que el accionante considera violados, esta Procuraduría estima que al mismo le asiste razón, por cuanto la autorización para grabar, filmar y registrar las conversaciones que se produjeran a través de algunos números telefónicos involucrados en la investigación sumarial en la que aparecía vinculado José Bósquez, fue proferida por una entidad que si bien es parte del sistema de administración de justicia, en estricto sentido no es integrante del Órgano Judicial, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de esa máxima Corporación de Justicia en la sentencia de 17 de julio de 2007, que en lo pertinente indica:

"CONSIDERACIONES DE LA CORTE

...

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.

...

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'.

...

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 Arquímedes Sáez Castillo, por la supuesta comisión de un delito de corrupción."

Por lo expuesto, este Despacho solicita a los Honorables Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, se sirvan declarar que **ES INCONSTITUCIONAL** la resolución de 8 de marzo de 2007, emitida por la Procuraduría General de la

Nación con el objeto de autorizar al fiscal auxiliar de la República para grabar, filmar y registrar las conversaciones personales que resultaran de la diligencia de operación encubierta con entrega controlada de dinero, a llevarse a efecto dentro del proceso penal seguido en contra de José Bósquez, por la presunta comisión del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de corrupción de servidores públicos.

IV. Derecho: Se acepta el invocado como fundamento de la demanda.

Del Honorable Magistrado Presidente,

Nelson Rojas Avila
Procurador de la Administración, Encargado

Alina Vergara de Chérigo
Secretaria General, Encargada