



REPUBLICA DE PANAMA
ÓRGANO JUDICIAL
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA- PLENO

Panamá, once (11) de septiembre dos mil trece (2013).

I
VISTOS

Conoce el Pleno de la Corte Suprema de Justicia de las demandas de inconstitucionalidad acumuladas presentadas por los licenciados **SERGIO MORALES PUELLO** e **HIGINIO AGUIRRE CABALLERO**, para que se declare la inconstitucionalidad de la segunda oración y el último párrafo del Artículo 16 de la Ley 16 de 31 de marzo de 2004 y la totalidad del artículo 16 de la Ley 16 de 31 de marzo de 2004, respectivamente.

La norma sobre la cual recaen dichas demandas es del tenor siguiente:

Artículo 16. El Ministerio Público podrá realizar operaciones encubiertas en el curso de sus investigaciones, con el propósito de identificar los autores, cómplices o encubridores, o para esclarecer los hechos relacionados con los delitos mencionados en el Título VI del Libro II del Código Penal. De igual manera, cuando existan indicios graves de la comisión de algunos de estos delitos, el **Procurador General de la Nación podrá ordenar la intercepción y registro de las comunicaciones** telefónicas, de correo electrónico o en foros de conversación a través de la red en las que participen las personas investigadas, con el objeto de recabar elementos de prueba relativos a tales delitos.

Las transcripciones de las grabaciones constarán en un acta en la que solo se incorporará aquello que guarde relación con el caso investigado, la cual será refrendada por el funcionario encargado de la diligencia y por su superior jerárquico"(Las negritas corresponden a la frase demandada por el Licenciado **MORALES PUELLO**. El licenciado **AGUIRRE CABALLERO** demandó la totalidad del artículo).

II

DISPOSICION CONSTITUCIONALES QUE SE ESTIMAN INFRINGIDAS Y CONCEPTO DE LA INFRACIÓN

A juicio del activador procesal, la frase demandada viola las siguientes disposiciones:

(1) Artículo 29 Constitución.

Esta disposición establece lo siguiente:

Artículo 29 de la C.N. "La correspondencia y demás documentos documentos privados son inviolables y no pueden ser examinados ni retenidos, sino por mandato de autoridad competente y para fines específicos, de acuerdo con 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 incurrirán los autores". (Las negritas son del activador procesal).

De conformidad con el licenciado **MORALES PUELLO**, el artículo 29 del Estatuto Fundamental ha sido infringido en concepto de violación directa por omisión, debido a que al momento de ser expedida la norma acusada, el legislador omitió darle cumplimiento a la norma constitucional en el sentido de que las escuchas e intervenciones de las comunicaciones privadas sólo podrían efectuarse cuando mediase mandamiento de autoridad judicial, investidura jurídica que no ocupa el Procurador General de la Nación (Cfr. f. 3 del expediente).

Por su parte, el licenciado **AGUIRRE CABALLERO** sostiene que la disposición constitucional transcrita, es infringida por cuanto la norma demandada le otorga al Procurador General de la Nación la "...potestad de intervenir, interceptar y registrar las comunicaciones telefónicas, las mantenidas por medio de correo electrónico o en foros de conversación a través de la red, función ésta que, a nuestro parecer sólo puede ser ejecutada, previa autorización de la autoridad judicial..." (Cfr. f. 176 del expediente).

(2) Artículo 202 de la Constitución Nacional.

Esta disposición establece:

Artículo 202 de la C.N. El Órgano Judicial está constituido por la Corte suprema de Justicia, los tribunales y los juzgados que la establezca. La administración de justicia también podrá ser ejercida por la jurisdicción arbitral conforme lo determine la Ley. Los tribunales arbitrales podrán conocer y decidir por sí mismos acerca de su propia competencia" (La negrilla es del recurrente).



Según el licenciado **MORALES PUELLO**, el artículo 202 de la Constitución Nacional ha sido infringido en concepto de violación directa por omisión, debido a que el legislador al momento de expedir la segunda oración del primer párrafo del artículo 16 de la Ley 16 de 2004, no tomó en cuenta que el Procurador de la Nación no forma parte del Órgano Judicial y, por tanto, carece de competencia para ordenar la intercepción y grabación de las comunicaciones privadas, lo que constitucionalmente le fue atribuido a las autoridades judiciales.

III**OPINIÓN DE LA PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN**

La **PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN** mediante **Vistas N° 738 de 12 de octubre de 2006 y N° 459 de 3 de julio de 2007**, solicita que se declare la inconstitucionalidad de la segunda oración y el último párrafo del Artículo 16 de la Ley 16 de 31 de marzo de 2004 (Cfr. fs. 11-17 y 196-203 del expediente).

En opinión del **PROCURADOR DE LA ADMINISTRACIÓN** "...los argumentos expuestos por el demandante son lógicos y tienen sustento jurídico a la luz de la norma constitucional vigente, por cuanto que la segunda oración del artículo 16 de la Ley 16 de 2004 entra en contradicción directa con el contenido del segundo párrafo del artículo 29 de nuestra Carta Magna, que dispone de manera clara y precisa que las comunicaciones privadas son

319

inviolables y no podrán ser interceptadas o grabadas, sino por mandato de autoridad judicial" (Cfr. f. 15 del expediente).

Agrega que "...la infracción de esta garantía individual resulta incuestionable al observarse que según el sentido literal de la norma demandada, se faculta al Procurador General de la Nación para ordenar, ante la existencia de indicios graves de la comisión de delitos contra el pudor y la libertad sexual, o la intercepción y registro de las comunicaciones telefónicas, de correo electrónico o en foros de conversación a través de la red en las que participen los investigados, con el objeto de recabar elementos de prueba" (Idem).

En cuanto al artículo 202 de la Constitución, el **PROCURADOR DE LA ADMINISTRACIÓN**, señala que dicha norma dispone que "...el Órgano Judicial está constituido por la Corte Suprema de Justicia, los tribunales y los juzgados que la Ley establezca, de lo que fácilmente puede inferirse que cualquier otra autoridad distinta a las listadas, no cuenta con la potestad de ordenar la intercepción o grabación de comunicaciones privadas" (Ibidem).

En igual sentido, se pronuncia el referido funcionario en **la Vista N° 459 de 3 de julio de 2007**, al señalar que la potestad de ordenar la intercepción de comunicaciones particulares, ante la existencia de indicios graves de la comisión de los delitos mencionados en el Título VI del Libro Segundo del Código Penal a la luz del texto vigente del artículo 29 de nuestra Carta Magna es exclusiva de la autoridad judicial, es decir, de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, los tribunales y los juzgados que establezca la Ley (Cfr. f. 202 del expediente).

V

FUNDAMENTACION Y DECISIÓN DEL PLENO

Una vez cumplida la publicación del edicto correspondiente y vencido el término de alegatos sin que ninguna persona presentara argumentos por

escrito sobre el caso, corresponde al Pleno resolver la demanda acumulada que nos ocupa.

Como viene expuesto, en el caso bajo examen la pretensión de los recurrentes se centra en el segundo párrafo del artículo 16 de la **Ley 16 de 31 de marzo de 2004**, que faculta al Procurador General de la Nación para "...ordenar la intercepción y registro de las comunicaciones telefónicas, de correo electrónico o en foros de conversación a través de la red en las que participen las personas investigadas, con el objeto de recabar elementos de prueba relativos a tales delitos".

En ese sentido se invocan como vulnerados los artículos 29 y 202 de la Constitución Nacional.

El Procurador de la Administración coincide con los recurrentes en que el **PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN** carece de facultad para ordenar este tipo de intromisiones en las comunicaciones de las personas investigadas, por no considerarse como autoridad judicial.

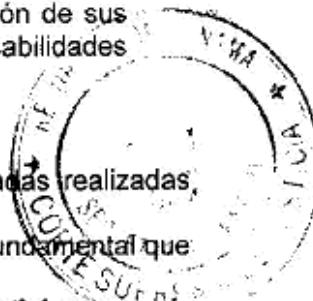
Ahora bien, en cuanto a la violación del artículo 29 de la Constitución, debe indicarse, primeramente, que dicha norma constitucional protege las comunicaciones que se dan en el ámbito de la vida personal o privada del individuo al preceptuar que "...todas las comunicaciones privadas son inviolables y no podrán ser interceptadas o grabadas, sino por mandato de autoridad judicial". La referida norma expresa:

Artículo 29 de la C.N. "La correspondencia y demás documentos documentos privados son inviolables y no pueden ser examinados ni retenidos, sino por mandato de autoridad competente y para fines específicos, de acuerdo con 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 incurrirán los autores."



La inviolabilidad o secreto de las comunicaciones privadas realizadas, por cualquier medio, se configura entonces como un derecho fundamental que tiene como sujeto activo a **todas las personas que participan en la comunicación** y como sujeto pasivo a **todo tercero ajeno al proceso de comunicación**. Se trata de un derecho humano universal ya que es inherente a todas las personas y oponible a todas los demás que no sean parte de la comunicación (Sobre el tema Cfr. CENTRO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, "Derechos Procesales Fundamentales", Lerko Print, S.A., Madrid, 2005, pp. 144 a 148).

Del análisis del texto del penúltimo párrafo del artículo 29 de la Norma Fundamental que dispone que "Todas las comunicaciones privadas son inviolables y no podrán ser interceptadas o grabadas, sino por mandato de autoridad judicial", se desprende que: (a) Las comunicaciones privadas son inviolables; (b) Las comunicaciones privadas no pueden ser interceptadas o grabadas; y (c) Para poder ser interceptadas o grabadas de manera excepcional, se requiere un mandato previo dictado por una autoridad judicial. Veamos cada uno de estos aspectos.

(a) **Las comunicaciones privadas son inviolables.** Este criterio resulta aplicable tanto el medio o continente de la comunicación (v.g. teléfono, carta, fax, internet, fibra óptica, cables, etc.) como el contenido mismo de la comunicación (el mensaje que se transmite) por lo que abarca también la comunicación que se da en vivo.

(b) **Las comunicaciones privadas no pueden ser interceptadas o grabadas.** El artículo 29 de la Constitución indica que no pueden ser 'interceptadas' ni 'grabadas' sin el consentimiento libre de los participantes. Por

interceptar se entiende "apoderarse de una cosa antes de que llegue a su destino. 2. Detener una cosa en su camino. 3. Interrumpir una vía de comunicación" (**REAL ACADEMIA ESPAÑOLA**, "Diccionario de la Lengua Española", Tomo II, Vigésima Primera Edición, Editorial Espasa Calpe, S.A., Madrid, 1992, p. 1178).

El término '**grabar**', por su parte significa "**Registrar imágenes y sonidos por medio de un disco, cinta magnética u otro procedimiento, de manera que se puedan reproducir**". (Op. Cit. , Tomo I, p. 1050). La condición de '**no interceptables**' o '**no grabables**' (**no registrables**) de las comunicaciones privadas denota el objeto del derecho al secreto o inviolabilidad de las comunicaciones que se circumscribe a "...la facultad de **preservarlas de la intromisión de terceros no autorizados** por los titulares del derecho vedándoles todo conocimiento, no sólo de lo que se comunica, sino del hecho mismo de la comunicación en tanto no deban conocer su existencia por razón de su función en el medio por el que discurre" (**CENTRO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**, Op cit. p. 151. Subraya el Pleno).

De allí que, por su carácter inviolable las comunicaciones no deban ser obstruidas ni fijadas en ningún medio sin la autorización del emisor y su(s) destinatario(s), salvo la circunstancia singular que se pasa a examinar en el párrafo siguiente.

(c) **Para poder ser interceptadas o grabadas de manera excepcional, se requiere un mandato previo dictado por una autoridad judicial.** Lo anterior implica que la intervención de las comunicaciones resulta, a la luz de la redacción del artículo 29 de la Constitución, una **situación excepcional**, restringida o limitada a que tal intromisión se haga mediante un **mandato dictado por autoridad judicial**. El concepto de autoridad judicial ha sido puntualizado mediante fallo de 17 de julio de 2007 en el que esta Superioridad expuso:

823

"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"** (Sentencia del Pleno de 17 de agosto de 2007. Ponente: Mgdo. Winston Spadafora. El destacado es del Pleno).

La precitada Sentencia deja claramente establecido que la potestad de ordenar las intervenciones telefónicas a partir del **Acto Legislativo No. 1 de 2004** es **exclusiva de la autoridad judicial**. Esta exigencia formal inherente a la constitucionalidad de las intervenciones telefónicas, debe verse acompañada de otros requisitos relativos a la motivación de la intervención, que ameritan de parte de la autoridad judicial una evaluación detallada en cada caso concreto, de la **proporcionalidad de la medida en atención a que la misma restringe un derecho fundamental**, lo que conlleva el análisis de su idoneidad o adecuación; la licitud y legitimidad de los fines perseguidos; su necesidad o indispensabilidad y su proporcionalidad *strictu sensu* (entendida como ponderación de los aspectos normativos y empíricos presentes en cada caso). (Cfr. SÁNCHEZ GILL, Rubén, "*El principio de proporcionalidad*".



Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, ISBN 970 32-3939-0
México, 2007, pp.36-48).

Así las cosas, resulta evidente que el párrafo segundo de la Norma cuya inconstitucionalidad se examina, al facultar al Procurador General de la Nación para ordenar la intercepción y registro de las comunicaciones telefónicas, de correo electrónico o en foros de conversación a través de la red en las que participen las personas investigadas, con el objeto de recabar elementos de prueba relativos a tales delitos, viola el artículo 29 de la Norma Fundamental, porque como bien señala el Procurador, dicho Funcionario no ostenta la calidad de autoridad judicial.

Es importante señalar que si bien la reforma que sufrió el artículo 29 de la Constitución en el año 2004 derogó tácitamente las normas jurídicas que la contradicen, esta Superioridad ha sostenido igualmente que, ante la insubsistencia normativa motivada por reforma constitucional, lo técnicamente procedente es que se haga el examen de constitucionalidad y se declare la inconstitucionalidad de la(s) norma(s) tácitamente derogada(s), que sean demandadas. Así se expresa en el fallo de 29 de marzo de 2007, en el cual la Corte puntualizó:

"...De la transcripción de esta norma podemos acotar que de existir una disposición legal que riña o que vaya en contra de la Constitución, como lo son los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 39 del Código Civil, se entiende que es la norma de carácter constitucional la que debe prevalecer, y la norma legal deberá ser desechada como insubsistente y por consiguiente, declararla inconstitucional, ya que la norma legal censurada no ha recibido por parte de este alto Tribunal, en calidad de guardián de la integridad de la Constitución, un análisis y pronunciamiento en el sentido de si se ajusta o no a la Carta Magna, lo que aconseja proceder técnicamente a realizar tal declaración y eliminar la incompatibilidad existente con la Constitución, ello en concordancia con el artículo 326 ibidem, que establece lo siguiente: "Quedan derogadas todas las Leyes y demás normas jurídicas que sean contrarias a esta Constitución ...".

725

Con fundamento en lo anterior, por acreditado el ~~viicio~~ de inconstitucionalidad que hace insubsistente la frase "...el Procurador General de la Nación podrá ordenar la intercepción y registro de las comunicaciones telefónicas, de correo electrónico o en foros de conversación a través de la red en las que participen las personas investigadas, con el objeto de recabar elementos de prueba relativos a tales delitos" del artículo 16 de la Ley 16 de 31 de marzo de 2004, frente al artículo 29 de la Constitución, se hace innecesario, con fundamento en el principio de Unidad de la Constitución, confrontar dicha frase con el resto de la normativa que se invoca como infringida en la demanda de inconstitucionalidad que nos ocupa.

PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Pleno, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **DECLARA** que **ES INCONSTITUCIONAL** la frase "...el Procurador General de la Nación podrá ordenar la intercepción y registro de las comunicaciones telefónicas, de correo electrónico o en foros de conversación a través de la red en las que participen las personas investigadas, con el objeto de recabar elementos de prueba relativos a tales delitos", que hace parte del artículo 16 de la Ley 16 de 31 de marzo de 2004.

NOTIFÍQUESE Y PUBLÍQUESE EN LA GACETA OFICIAL.

MGDO. LUIS MARIO CARRASCO

MGDO. HARLEY J. MITCHELL D. MGDO. ALEJANDRO MONCADA LUNA

MGDO. OYDÉN ORTEGA-DURÁN MGDO. JOSE E. AYÚ PRADO CANALS

11

Victor L. Benavides
MGDO. VICTOR L. BENAVIDES *B*
MGDO. HERNÁN A. DE LÉON BATISTA

Harry A. Diaz
MGDO. HARRY A. DIAZ

Luis R. Fábrega S.
MGDO. LUIS R. FÁBREGA S.

Yanixa Y. Yuen
LIC. YANIXSA Y. YUEN
SECRETARIA GENERAL



SECRETARIA GENERAL
 En Panamá a los 14 días del mes de abril del año 2014, a las 11:00 horas
 en calidad de Procurador de la parte acusadora
Rodríguez

Firma del Procurador

LO ANTERIOR ES FIEL COPIA
 DE SU ORIGINAL

Panamá, 31 de marzo de 2014

AJ
 Secretaria General de la
 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
 Licda. Yanixa Y. Yuen
 Secretaria General
 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA