

Panamá, 10 de marzo de 2010

Licenciado  
Rubén Elías Rodríguez  
Presidente del Colegio Nacional de Abogados de Panamá  
E.S.D.

Estimado Presidente:

Nos complace dar respuesta a su nota fechada 28 de enero de 2010, en la cual nos informa que se ha integrado una comisión de consulta para que quienes suscribimos, brindemos al Colegio que usted dignamente preside, opinión legal acerca del mérito jurídico-penal, de la querrela presentada por el Lcdo. Arquímedes Sáenz contra la Procuradora General de la Nación y Rigoberto González Montenegro, Secretario General de la Procuraduría General de la Nación.

Así procedemos a continuación, atendiendo dos puntos a saber:

1. Si dicha querrela es procedente conforme a los hechos y al derecho invocado.
  - a) Respecto al hecho atribuido a la Procuradora General de la Nación, (a la que denominaremos por sus siglas P.G.de la N.), consiste en que el 17 de agosto de 2005, autorizó al Fiscal Auxiliar para que a los querellantes contra un Fiscal, Arquímedes Saenz, se les pudiera grabar o interceptar las comunicaciones telefónicas que iban a sostener con dicho fiscal en razón de sumas de dinero solicitadas por éste a aquellos. El propósito de tal acción, en el marco de las investigaciones, era doble: Primero, determinar si el Fiscal Sáenz había solicitado dinero a cambio de favorecer a una persona mediante medida cautelar (atribución jurisdiccional de los fiscales por mandato de ley) y segundo, en caso de que así fuese, proceder a organizar un operativo encubierto

para obtener las pruebas, [lo que efectivamente resultó positivo] en las dos acciones descritas, ya que el Fiscal querellado había recibido el dinero previamente identificado, con los números de cien billetes de a veinte dólares cada uno y debidamente fotocopiados. Como resultado del allanamiento, en su domicilio se encontraron en el bolsillo del pantalón del fiscal Sáenz, noventa y cinco billetes de a veinte, concordantes con los marcados para el operativo.

En los hechos, descritos en el expediente, no se aprecia dolo ni intención deliberada de causar un daño a una persona, sino por lo contrario, se identifican las diligencias [supuestamente en derecho] que agentes del Ministerio Público, autorizados por la P.G. de la N., realizaron para facilitar así la comprobación de la comisión de un hecho delictivo.

Si se hubiesen dado en el presente caso, los tipos penales de Asociación ilícita, Abuso de Autoridad y Usurpación de Funciones Públicas, este elemento volitivo habría sido esencial para su comisión, así como el firme propósito de hacer daño mediante una conducta arbitraria del funcionario.

En la decisión de la C. S. J. no se determina que la inconstitucionalidad de la resolución que dictó la P. G. de la N. involucraba una actitud dolosa de dicha autoridad en el desempeño de sus funciones.

Se planteó la discusión [jurídica doctrinal] si la P.G. de la N. podía actuar tal como lo hizo, es decir, como autoridad judicial. El 17 de junio de 2007, la C.S. J. declaró inconstitucional la resolución del 17 de agosto de 2005 en la que la P.G. de la N. autorizó la escucha de llamadas telefónicas. La Corte allí definió que, los agentes del Ministerio Público, no son autoridades judiciales.

El debate jurídico se plantea, en virtud de las disposiciones legales que expresamente concedían a esta autoridad, la facultad de practicar y autorizar intervenciones telefónicas.

[Ver Ley 23 de 30 de dic. de 1986, modificada por ley 13 de 1994. En 1998 la Corte declaró que no violaba los arts. 29 y 32 de la Constitución. En 1999 el legislador otorga esta facultad a una nueva instancia judicial (Sala Quinta) en la ley 32 de 1999.]

Esta sola referencia, indica lo cierto de la confusión y lo medular de la decisión que comentamos, es decir, con anterioridad a este fallo, los agentes del Ministerio Público actuaban como **autoridades competentes** para adoptar medidas de interceptación telefónica en el desarrollo de las investigaciones encaminadas a comprobar la comisión de hechos punibles y descubrir a los autores, cómplices o encubridores de los mismos.

No podemos dejar de observar que los agentes del Ministerio Público adoptan, legalmente, otras medidas que afectan derechos humanos y garantías fundamentales, lo que aún se mantiene en la normativa nacional, hasta tanto entre en vigor el nuevo sistema acusatorio de corte garantista, cuya vigencia fue pospuesta y en el que se definen de manera prístina los distintos roles de los principales actores del proceso penal, verbigracia la detención preventiva de un sindicado, que en el elenco de las garantías fundamentales tiene un rango superior a la interceptación telefónica. No era pues totalmente extraño al radio de acción de un agente del Ministerio Público, que en el curso de una investigación pudiera autorizarse, por la funcionaria de mayor jerarquía, como lo es la P.G. de la N., la grabación de llamadas telefónicas, que en el caso que motivó la querrela que examinamos, tuvieron éxito comprobado. Esto se explica en el fallo y la evolución legislativa de la figura.

Lo que no aflora en el expediente sobre la inconstitucionalidad demandada, es que, por parte de la P.G. de la N., se hubiese dado una conducta dolosa, consciente de querer incurrir en acción delictiva. Los hechos analizados llevan a entender que con la autorización se cumplía con el deber de investigar los delitos y porque actuó de buena fe, sin considerar que la conducta resultara delictiva.

Al examinar la actuación de la P.G.de la N. tampoco se observa para el caso en cuestión, ningún “animus nocendi” o deseo de hacer daño, ni el conocimiento de que cometía, con la autorización que dio, un hecho punible.

Según el tratadista de Derecho Penal Mezger, el conocimiento de lo injusto, necesario para el dolo, es el reproche personal contra el autor en cuya acción consciente ha de basarse, el agente debe, ante todo, conocer que obra antijurídicamente. El autor debe, por tanto, saber, para obrar dolosamente, que hace algo prohibido”.

Somos del criterio, que la P.G. de la N. no actuó con voluntad maliciosa, y mucho menos con intención de delinquir y causar un mal, un daño u otra finalidad ilícita a determinada persona. Lo que sí se dio fue el factor sorpresa, en la comprobación del delito denunciado por la víctima, y que el Fiscal ni siquiera sospechaba y por ende resultó sorprendido en la operación encubierta en la que se le encontraron en su bolsillo los dos mil dólares, previamente marcados, que le entregaron aquellos a los que iba a favorecer con una medida cautelar distinta a la detención provisional.

Podemos concluir en este primer punto, señalando que no habiéndose dado acción dolosa alguna, su actuación no resulta delictiva y la querella debió, por ello, desestimarse.

Así lo ha hecho la Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia, tomando en cuenta estos elementos, para una decisión en estricto derecho; y en fecha muy reciente, el 23 de noviembre de 2009, con motivo de querrela interpuesta por el Lcdo. Manuel Bermúdez contra los Magistrados Wilfredo Sáenz y Geneva Aguilar de Ladrón de Guevara por los supuestos delitos contra la Fe Pública y contra la Administración de Justicia. En ese fallo, la Sala expresó que “es obligante la intención dolosa por parte del funcionario de querer la realización del hecho punible”. En la presente ocasión, con motivo de la querrela contra la P.G.de la N., pudieron y debieron hacer lo mismo.

b) En cuanto al derecho invocado por los querellantes llaman la atención los títulos y capítulos del Código Penal, que el fiscal querellante, por medio de su apoderado, considera aplicable a la P.G. de la N. En primer lugar, se invocan delitos que atentan contra la seguridad colectiva, refiriéndose específicamente a la Asociación Ilícita para delinquir. Si observamos el capítulo III del Título VII del Libro II del Código Penal vigente a la fecha de la supuesta comisión del hecho (2005), veremos que la asociación ilícita requiere que al menos tres o más personas se asocien con el propósito de cometer delitos con niveles de permanencia o asiduidad. En el caso bajo estudio, el querellante sólo querrela contra dos personas, la P.G. de la N. y el Secretario General de la Procuraduría, Rigoberto González Montenegro, ambos como funcionarios con la responsabilidad, precisamente de investigar los delitos y perseguir a los delincuentes. No es necesario analizar a fondo el tema para descartar tal asociación ilícita entre los dos funcionarios querrellados.

Además, se invocan como derecho, los delitos contra la Administración Pública, específicamente los delitos de Abuso de Autoridad y Usurpación de Funciones Públicas (Capítulos IV y V, Título X, Libro II del Código Penal)

En este orden de ideas, el artículo 336, que es el único que podría aplicarse, en el caso de que se hubiese actuado con dolo en los hechos que motivaron la querrela, señala que: “El servidor público que, con abuso de su cargo ordene o cometa en perjuicio de alguna persona cualquier hecho arbitrario no clasificable especialmente en la ley penal, será sancionado con prisión de 6 a 18 meses o multa de 25 a 75 días multa”.

Este artículo, invocado como derecho, es de imposible aplicación pues en el caso bajo estudio, el delito que se le atribuye a la P.G. de la N. sí está clasificado especialmente en la ley penal, pero el querellante no lo invoca por tratarse como veremos de un delito menor. Nos referimos al artículo 169 del Código Penal anterior

cuyo tenor es el siguiente: “El que grabe las palabras de otro no destinadas al público, sin su consentimiento, o el que mediante procedimientos técnicos escuche conversaciones privadas que no le estén dirigidas, será sancionado con 15 a 50 días multa”.

Es obvio que no fue ella la que escuchó, sino que autorizó al Fiscal Auxiliar para que organizara la escucha con las víctimas del supuesto delito de corrupción por el que se investiga al Fiscal Sáenz. No obstante, se ha admitido la querrela y luego actuado en consecuencia contra la P.G. de la N. como autora de un delito por haber autorizado la grabación de un teléfono, con consentimiento de la víctima, para escuchar una conversación.

Lo relevante es que, dicha funcionaria creyó que su autorización era jurídicamente viable y no hubo dolo en la autorización que dio para la escucha telefónica, con resultados positivos, como ya se explicó en párrafos precedentes.

Sobre la invocación del delito de Usurpación de funciones Públicas, no haremos comentarios pues sería absurdo que siendo ella la máxima autoridad del Ministerio Público, usurpase funciones propias de la investigación. Aquí de lo que se trata es que ella ejerció funciones que consideró de buena fe, que eran de su competencia y ello fue, así hasta que el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, declaró inconstitucional la autorización, sin entrar a considerar una actuación delictiva por parte de la funcionaria.

2.- También se nos pregunta, Si las actuaciones cumplidas, tomando en cuenta las bases constitucionales y legales, son las correctas.

Sobre este punto, se han dado en las últimas semanas muchos pronunciamientos, si bien algunas de carácter jurídico, muchos han sido matizados por la política.

- a) Como sabemos, los hechos, motivo de la querrela, ocurrieron en el año 2005. En el año 2007 se planteó la

demanda de inconstitucionalidad de la resolución del 17 de agosto de 2005 expedida por la P.G. de la N.

Sin embargo, que con motivo de esa declaratoria de inconstitucionalidad, brote la evidencia de un delito, nos parece una interpretación incorrecta. Si en su fallo, la Corte Suprema de Justicia dijo que los agentes del Ministerio Público no son autoridades judiciales y en consecuencia deslindó las funciones de unos y otros en este sentido, ello no significa que cualquier actuación anterior de un agente del Ministerio Público, que ahora por el fallo queda claro que corresponde a un juez, **se convierta automáticamente en delito y por ello se pueda perseguir** a ese agente que actuó de buena fe, sin dolo, y sin malicia.

Es de ese fallo en adelante, cuando se podría encausar a cualquier funcionario del Ministerio Público que actúe en lugar de un juez.

Hacer retroactivo el fallo para enjuiciar a quienes dictaron órdenes creyendo que eran válidas, nos parece un absurdo que traería, aparte de injusticia, consecuencias nefastas para el Derecho Constitucional, para el Derecho Penal y para la institucionalidad jurídica del país.

Cosa distinta es el efecto **ex tunc** del fallo, por tratarse de un acto individualizado, y el efecto de la sentencia constitucional de suprimirle eficacia jurídica, en lo que también la Corte no tiene una jurisprudencia constante. Obsérvese que el propio fallo, si bien no con la claridad jurídica que ameritaba por las consecuencias del mismo, indica a fs. 31 “... que la resolución aquí proferida se refiere única y exclusivamente a la inconstitucionalidad de la orden de escucha telefónica.....” .

Consideramos que al haber analizado el caso, la Procuraduría de la Administración debió haber desestimado la querrela por considerar que la P.G. de la N. no había incurrido en delito. Hay jurisprudencia suficiente, emanada de la Corte Suprema de Justicia, relativa a la necesidad de una conducta dolosa para que se configure el delito. No nos referimos a la culpa; y si observamos la decisión de la Corte al declarar la

inconstitucionalidad de la resolución de la P.G. de la N., veremos que en ningún momento hace referencia ni a la conducta dolosa por parte de esta funcionaria ni tampoco a que ella pudiese haber incurrido en delito.

Aunque el marco de acción de la Corte era contrastar la resolución dictada por la P.G. de la N. con la Carta Magna, del contenido de esta decisión se habría podido señalar o deducir la comisión de un hecho delictivo, pero la lectura de tal fallo, no nos permite llegar a una conclusión semejante.

Cabe además hacer una reflexión, que sí nos permite las constancias del expediente penal seguido al Fiscal Saenz, sobre la autorización que otorga la víctima que acude al M. P. a presentar la denuncia, lo que expresamente el fiscal encargado por la PGN, hace constar en la resolución de 20 de agosto de 2005, asunto que también ya ha sido debatido en la CSJ.[ ver decisión de 26 de agosto de 1997.] Lo relevante es que la autoridad investigativa, logra tener conocimiento de la **noticia criminis y se le autoriza grabar** sus conversaciones, con el resultado positivo de detectar al intermediario de la operación encubierta. Este hecho evidencia que no hay actitud delictiva alguna por parte de los funcionarios que estuvieran involucrados en las diligencias de investigación.

Respecto a lo preguntado sobre las bases constitucionales de las actuaciones que se han dado en el presente caso, es oportuno hacer referencia a la facultad que tiene la P.G. de la N. para designar temporalmente un Procurador Encargado, tema que ha suscitado enormes controversias en Panamá. El artículo 224 de la C. N. expresa que cuando se produzcan faltas temporales de un Procurador, en este caso es la P.G de la N., quien debió designar un Procurador Encargado.

Si se quiere entender lo que significa falta temporal, vale la pena acudir al Capítulo I del Título I del Libro Primero del Código Judicial. El artículo 24 de dicha excerta, que es aplicable a los funcionarios judiciales, y también a los agentes del Ministerio

Público, {a manera de ejemplo, tienen las mismas prerrogativas y limitaciones, dadas en la propia C. N. artículos 220 No 4, 205, 208 entre otros.} expresa en su párrafo segundo que “Hay falta temporal cuando la vacante ocurre por licencia concedida al empleado o por enfermedad o **suspensión del mismo.**”

Esto significa que al haberse producido falta temporal de la P.G. de la N. por haber sido suspendida, ella podía haber hecho uso, tal como lo hizo y era su deber, del artículo 224 de la Constitución, el cual la faculta para designar temporalmente un Procurador encargado.

Finalmente, expresamos nuestro agradecimiento al distinguirnos con esta designación como miembros de esta comisión, y ofrecerle al Colegio Nacional de Abogados nuestra consideraciones, esperando haber dado cumplimiento a la tarea por usted encomendada.

Con las muestras más distinguidas de consideración y aprecio,

Aristides Royo

Dr. Carlos Lucas López

Lcda. Esmeralda E. Arosemena de Troitiño