

Panamá, 6 de junio de 2000.

Licenciado
Edgardo J. Matteo Barsallo
Director Nacional para la Ejecución de
Los Tratados de Asistencia Legal Mutua
y Cooperación Internacional. (TALM)
E. S. D.

Señor Director:

Conforme a nuestras atribuciones Constitucionales y Legales y en especial como Consejera Jurídica de los servidores públicos administrativos que consulten nuestro parecer jurídico; acuso recibo de su Nota DN-TALM-169-00, fechada 2 de mayo del 2000, registrada en nuestras oficinas el día 3 de mayo del presente año, a través de la cual tuvo a bien consultarnos lo siguiente:

"Solicitud de Aclaración:

Solicitamos a esta instancia (Procuraduría de la Administración) nos amplíe y aclare el criterio legal de que: Si un Estado Requirente solicita información sobre cuentas bancarias; puede una Institución Bancaria negarse al suministro de dicha información, con la interpretación de que la Jurisdicción del Estado Requerido (Panamá) no constituye el Juez o Funcionario de Instrucción de Conocimiento de la causa criminal que se ventila en el extranjero en virtud del artículo 5 de la Ley N°18 del 28 de enero de 1959."

La interrogante que nos formula en esta oportunidad la Dirección Nacional para la Ejecución de los Tratados de Asistencia Legal Mutua y Cooperación Internacional, amerita el siguiente análisis antes de ofrecer nuestra respuesta.

a.- LIMITACIONES A LA APLICACIÓN DEL TALM :

La lectura de la Ley 20 de 22 de julio de 1991, "*por la cual se aprueba el TRATADO ENTRE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ Y LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA SOBRE ASISTENCIA MUTUA EN ASUNTOS PENALES, firmado en Panamá, el 11 de abril de 1991.*" y que ciertamente entra a regir como parte de nuestro ordenamiento jurídico luego de seis meses, contados a partir de la fecha de canje de los instrumentos de ratificación (6 de septiembre de 1995) o sea, en marzo 6 de 1996,

contiene en sus artículos 1 numeral 4 y 3 numerales 1 al 4, situaciones que podríamos denominar de excepción a la aplicación de los postulados del Tratado.

Tomemos en consideración que la primera limitación o situación de excepción que el mismo Tratado contempla lo constituye el reconocimiento directo al Principio de Soberanía del Estado que traducido en materia de Derecho Internacional Público, no es más que la noción o principio de "PREEMINENCIA DEL ORDEN PUBLICO NACIONAL SOBRE LA NORMA SUPRANACIONAL".

Con finalidad didáctica considero prudente reproducir la definición que de este principio realiza el tratadista Guillermo Cabanellas, que al ocuparse del tema en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, expresa: que el Orden Público es el conjunto de normas e instituciones cuyo objeto consiste en mantener en un país el buen funcionamiento de los servicios públicos, la seguridad y la moralidad de las relaciones entre los particulares; sin que se produzcan perturbaciones o conflictos, o alteraciones de sus leyes internas." En efecto, todo Estado debe respetar la autoridad legal que cada Estado tiene sobre los individuos y cosas que integran o se encuentran dentro de su territorio.

Así las cosas un Tratado Internacional se halla ciertamente a nivel de la norma Constitucional y ello es materia conocida, así se desprende del artículo 4 de la Constitución Política, por lo que obviamente ese punto no tiene duda alguna.

Pero ¿qué sucede, si el mismo Tratado sujeta su cumplimiento a la hegemonía e integridad del ordenamiento jurídico nacional, es decir, si el mismo Tratado define que será aplicable siempre y cuando no colisione con las normas nacionales? Creemos que la respuesta es muy sencilla ya que si el mismo Tratado contempla esa supeditación a la norma nacional, en cuanto la aplicación del Tratado pudiera conllevar la violación del orden jurídico nacional, las normas de carácter nacional tienen prelación.

En la dirección antes anotada, tenemos que el numeral 4 del artículo 1 de la Ley 20 de 22 de junio de 1991, expresa:

"4. Bajo este Tratado todas las solicitudes que se formulen al tenor de este Tratado serán ejecutadas de conformidad con y estarán sujetas a las limitaciones impuestas por las leyes del Estado Requerido. El método de ejecución señalado en la solicitud será cumplido salvo en la medida en que lo prohíban las leyes del Estado Requerido."

(negrita y subrayado son nuestros)

La solicitud formulada se opone a lo dispuesto en el artículo 5º de la Ley 18 de 28 de Enero de 1959, siendo ello así, atenderla so pretexto de que se trata de una norma supranacional, sería violar tanto nuestro ordenamiento jurídico, como el mismo texto del TALM, que sujeta su aplicación y ejecución a la convivencia y armonía de ambos ordenamientos jurídicos.

A seguidas sólo analizaremos los siguientes puntos:

El Artículo 5, de la Ley N°.18 de 1959 dispone con precisión en su primer párrafo que las informaciones sobre cuentas cifradas sólo podrán ser reveladas por los gerentes y demás empleados de la instituciones bancarias, a los funcionarios de instrucción, jueces y magistrados que conozcan de procesos criminales, sin embargo, éstos están obligados a mantener la información obtenida en estricta reserva, en caso de que esa información no conduzca a clarificar el acto punible bajo investigación.

El segundo párrafo del artículo 5, plantea otra situación diferente, y es que aquellos funcionarios públicos, ya sean del orden judicial o administrativo, distinto de los mencionados anteriormente, que soliciten información, o el secuestro o el embargo de cuentas bancarias cifradas, y que no cuenten con los elementos suficientes para demostrar que la cuenta o los fondos o valores que existen en el Banco tienen alguna vinculación con lo investigado, el Banco no podrá suministrar la información ni retendrá fondos o valores depositados en cuentas cifradas y deberá responder al requerimiento manifestando que no le es posible responder dicha solicitud, aún en los casos en que realmente exista la cuenta o los fondos o valores del requerimiento. Esto es cuando existen dudas de la información que se requiere obtener del Banco.

En el ámbito nacional, según nos comenta, el ilustre jurista Enrique M. Illueca:" el régimen del secreto de las cuentas bancarias cifradas no es susceptible de ser penetrado por ningún funcionario salvo la excepción relativa a **proceso criminal** que para hacerla valer se requiere que se haya levantado un expediente, con las pruebas básicas sobre la comisión del delito y la imputabilidad del autor. De otra manera, la orden para levantar el secreto bancario resultaría arbitraria, porque como ya se ha dicho el funcionario no puede intervenir en una cuenta bancaria cifrada simplemente por que se lo solicite, sino que como señala la norma antes comentada debe apoyarse en un proceso criminal debidamente establecido". (Ref. Actualidad del Secreto Bancario en Panamá de Illueca, Enrique M. P.51)

Esto no significa, que el Centro Bancario se convierta en protector de actividades ilícitas sino que como tal, debe velar porque las operaciones que realicen sus clientes se lleven con discreción y confidencialidad, obligación primordial de los Bancos, ya que permitir que se brinde información de manera oficiosa, cuando existan dudas, respecto a las actividades que realiza uno de sus clientes dan lugar a una inestabilidad jurídica, que traería graves consecuencias al país.

Lo anterior tiene su asidero legal en el Decreto-Ley N°9 de 12 de marzo de 1998 "por el cual se reforma el Régimen Bancario y se crea la Superintendencia de Bancos" en su artículo 84, establece que "La información obtenida por la Superintendencia en el ejercicio de sus funciones relativas a clientes individuales de un Banco, sólo podrá ser revelada a la autoridad competente conforme a las disposiciones legales vigentes, dentro del curso de un proceso penal. De igual manera, el artículo 85. dispone que "Los bancos sólo divulgarán información acerca de sus clientes o de sus operaciones con el consentimiento de dichos clientes, salvo cuando medie solicitud formal de autoridad competente de conformidad con la Ley."

Por tanto, para que los funcionarios de instrucción requieran de determinada información de un Banco, deberá estar amparado tal requerimiento en un proceso penal previamente instaurado; de igual forma, dicha solicitud de asistencia judicial internacional, deberá cumplir con las exigencias dispuestas en la Ley N°20 de 1991.

Sobre este punto, la Corte Suprema de Justicia ha reconocido el deber de mantener la confidencialidad de las instituciones bancarias y así lo ha expresado en el Amparo de Garantías Constitucionales propuesto por el Deustsh Sudamerikanishe Bank AG, en contra de la orden de hacer impartida a dicha entidad bancaria por la Fiscal Segundo Superior del Primer Distrito Judicial, consistente en exhibir y entregar a dicha funcionaria los expedientes de todas las cuentas cifrantes existentes en el citado Banco, de 13 de marzo de 1990 y del cual nos permitimos transcribir algunas de sus partes:

"Esta Corte no ve que interés legítimo podía tener la funcionaria demandada al ordenar al banco demandante que le suministrara una lista con el nombre de todas las personas que tuvieran cuentas cifradas en el banco. Una orden tan comprensiva como ésta es arbitraria, y entra en colisión con lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución Nacional, máxime cuando el destinatario de la misma es un banco, entidad a la cual la ley bancaria le reconoce un deber de confidencialidad, que no sólo obliga al propio banco, sino también a los funcionarios que por razón de su cargo, deben recabar información de los bancos.

Es conveniente, sin embargo, puntualizar a la sociedad demandante que ella tiene el deber de cooperación con la Fiscal demandada en la investigación que esta última lleva a cabo. Este deber de cooperación se encuentra consagrado en el artículo 384 del Código Judicial, y es una fuente de creación de especiales obligaciones de conductas exigibles por el funcionario de instrucción en cada caso concreto, de acuerdo con la naturaleza del delito investigado y la finalidad perseguida por el Estado al reprimir la conducta antijurídica, este deber de cooperación implica que la sociedad demandante debe facilitar la tarea de investigación del funcionario de instrucción y colaborar con le mismo suministrando la información que razonablemente le sea requerida, dentro del marco constitucional y legal, absteniéndose de obstaculizar, impedir o dilatar las tareas del funcionario de instrucción.

En los casos en que el deber de cooperación del banco pueda extenderse a terceras personas, según lo señalado en el párrafo anterior, el funcionario de instrucción deberá a priori mencionarlos en el proveído mediante el cual se decreta la inspección ocular y, aún en estos casos, no puede el funcionario de instrucción solicitar una lista de todas las personas que posean cuentas cifradas para determinar cuáles expedientes desea examinar.

Se desprende de lo anterior que es obligación del funcionario instructor presentar al Banco en forma precisa el fundamento de su petición. A contrario sensu, no debe el Banco brindar información de sus clientes en forma oficiosa al Agente Instructor, salvo que le haya sido requerida en debida forma.

En cuanto a las asistencias judiciales internacionales, la Corte de Suprema de Justicia -Sala de Negocios Generales en Sentencia de 24 de abril de 1998. Ha señalado ciertos requisitos que el Estado requirente debe cumplir. Veamos:

"En lo concerniente al Tratado de Asistencia Legal Mutua en Asuntos Penales, aprobado por la República de Panamá mediante Ley 20 de 11 abril de 1991 y cuyo canje de notas de ratificación se efectuó el 6 de septiembre de 1995, a través de cuyo procedimiento se iniciaba la vigencia del mismo de acuerdo al texto del artículo 20 numeral 2, debemos indicar que el artículo 5 de dicho Convenio establece que las peticiones de asistencia judicial que incluyen la posibilidad de solicitar pruebas, deben acompañarse principalmente de la información que se señala a continuación:

1. El nombre de la agencia o de la autoridad encargada de hacer cumplir la Ley, a cargo del proceso que debe generar la presente solicitud, pero de la cual ni siquiera se hace referencia;
2. La materia y naturaleza del proceso respecto del cual se debe hacer la solicitud y, particularmente, de los delitos penales para cuya investigación, enjuiciamiento o supresión se requiere asistencia, y un resumen de los hechos que forman la base de la misma;
3. El propósito para la cual la prueba, información u otra asistencia es solicitada; y
4. Una indicación de cualquier plazo dentro del cual debe cumplirse con la solicitud, indicando los motivos.

Por lo que, al no suministrarse los elementos de juicio antes indicado, se incumple con el contenido del citado Tratado de Asistencia Legal Mutua en Asuntos Penales, en lo que respecta a la formalización de las peticiones de auxilio judicial."

Tratándose de un funcionario nacional, éste es el funcionario auxiliar en las solicitudes de asistencias judiciales internacionales, y el funcionario extranjero es el cual verdaderamente tiene y mantiene la competencia del respectivo proceso, en todo caso, debe éste último cumplir con los requisitos señalados en la Ley 20 de 22 de julio de 1991, para que el funcionario de instrucción pueda evacuar la información correspondiente, siempre y cuando dicha información solicitada no viole las leyes internas de nuestro país.

Se entiende la importancia de las medidas dirigidas a la represión de los delitos de narcotráfico y lavado de dinero es como un compromiso ineludible de todas las autoridades a nivel mundial, pero el celo en el cumplimiento de este compromiso no autoriza a ignorar los procedimientos y reglas de nuestro ordenamiento.

El funcionario judicial nacional no adquiere ni se convierte en virtud del auxilio solicitado, en funcionario competente, recordemos que la asistencia judicial que presta dicho funcionario sólo se reduce a practicar las diligencias encomendadas. Pretender que

tal actividad implique administrar justicia en la causa (tener competencia) es inconcebible, pues este sólo se limita a cumplir con lo requerido en la petición de solicitud y no puede ir más allá de lo que la ley y las convenciones le permitan.

Por último, deseamos llamar la atención, sobre lo dispuesto en el artículo 3 numeral 1 literal a), y reiteramos que la represión del narcotráfico y el lavado de dinero es una misión de todas las autoridades en el ámbito mundial, pero también es responsabilidad de nuestras autoridades velar por los intereses públicos y para nadie es un secreto que nuestra economía es fundamentalmente de servicios y un pilar de la misma, es nuestro Centro Bancario. Tenemos que ser muy cuidadosos en la interpretación de las leyes e instrumentos internacionales de los que somos suscriptores, pues una interpretación forzada de la ley nacional y supranacional puede colapsar nuestro sistema económico.

Sobre este tópico, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de 27 de enero de 1993, señaló lo siguiente:

“Con relación a lo planteado, la Sala estima lo siguiente:

Es menester recordar, que desde el año 1927 en que se adoptó en Panamá la Ley de Sociedades Anónimas, la política de nuestro país ha estado orientada a la promulgación de leyes de confidencialidad que constituye sin duda, un incentivo financiero y de inversión, especialmente en el ámbito bancario, pero la misma debe armonizarse con la represión de los delitos y la necesidad de recuperar fondos del Estado mal utilizados.

El propio Código de Comercio contiene disposiciones generales en relación con la confidencialidad de documentos, como libros de contabilidad y otros propios del comerciante, restringiendo la exhibición de los mismos a los casos en que medie orden judicial, expedida de acuerdo con el artículo 89 del propio Código de Comercio. La norma en mención establece:

Artículo 89...

Ninguna autoridad está facultada para obligar al comerciante a suministrar copias o reproducciones de sus libros (o parte de ellos), correspondencia o demás documentos en su poder. Cuando procediere obtener algún dato al respecto, se decretará la acción exhibitoria correspondiente. El comerciante que suministrare copia o reproducciones del contenido de sus libros, correspondencia u otros documentos para ser usada en litigio en el exterior, en acatamiento a orden de autoridad que no sea de la República de Panamá, será penado con multa no mayor de cien balboas (B/.100.00)”

El texto establece claramente la prohibición de que los comerciantes o dignatarios de una sociedad, suministren

documentación correspondiente de sus archivos, a menos que una autoridad judicial decrete la acción exhibitoria de los mismos...

En cuanto a las normas de confidencialidad aplicables al Sistema Bancario, éstas encuentran su principal reglamentación en la Ley N°.18 de 1959 y en el Decreto de Gabinete N°.238 de 1970. Este último prohíbe a la propia Comisión Bancaria, que es el organismo de supervisión de estas entidades, realizar, u ordenar investigaciones acerca de los asuntos particulares de algún cliente de un banco, salvo aquellas exigibles vía judicial (Art. 74 del Decreto de Gabinete N°.238 de 1979). La violación de este precepto será sancionado de acuerdo al artículo 101 del mismo cuerpo legal. Otras normas protectora de la confidencialidad, las encontramos en artículo 65 del precitado Decreto, en que se establecen las limitaciones del inspector de la Comisión Bancaria al acceso a las cuentas de depósito de cualquier clase (ni valores en custodia, ni las cajas de seguridad, ni los documentos derivados de operaciones de crédito que tengan los clientes en una entidad bancaria determinada), salvo orden judicial.

Como puede observarse, toda información que requiera obtenerse de un banco, relacionados con las cuentas o valores de los clientes, sólo es exigible por parte del poder judicial (ramo penal), por funcionarios de instrucción que adelanten investigaciones en nuestro país, por los Magistrados de la Dirección patrimonial o por el Contralor General de la República al realizar investigaciones en materia de su competencia.

Finalmente, la Sala Tercera desea reiterar, que los márgenes de confidencialidad otorgados a las entidades bancarias para proteger al sistema, no son absolutos, y que la misma puede ser franqueada en aras de la cooperación judicial, siempre y cuando medien los siguientes presupuestos:

1. Orden escrita que prevenga de autoridad competente: en el caso de las cuentas cifradas debe ser extendida por los jueces o magistrados de la jurisdicción penal o funcionarios de instrucción del Ministerio Público (ley 18 de 1959), de los Magistrados de la Dirección de responsabilidad patrimonial (Decreto de Gabinete N°36 de 1990, artículo 6) o Contralor General de la República de Panamá (artículo 11 de la Ley 32 de 1984)
2. Que los precitados funcionarios adelanten proceso e investigaciones punibles, o de mal manejo de fondos públicos que señalen determinadas personas, y que con relación a ellas, recaiga la orden de investigación o cautelación de una cuenta cifrada;

3. Que se realice a través de acción exhibitoria, o de los mecanismos legales establecidos para los agentes instructores del Ministerio Público.”

De la Sentencia antes puntualizada, se puede colegir, que los márgenes de confidencialidad otorgados a los Bancos para proteger el secreto bancario no son absolutos y que puede ser franqueada en aras de la cooperación judicial, no obstante, deben cumplirse con requisitos, tales como: mediar orden escrita del funcionario competente; ser adelantado por el funcionario que lleva el proceso u investigación directamente relacionados con los hechos punibles o de mal manejo de fondos que señalen a determinadas personas, y que con relación a ellas, recaiga la orden de investigación; además ser realizado a través de acción exhibitoria o mecanismos legales establecidos en la Ley.

Por último, los Estados Requirientes, al solicitar información en nuestros bancos deberán cumplir con los requisitos que exigen las Leyes panameñas y los tratados; siempre y cuando estas solicitudes no violenten las leyes internas de nuestro país, preservando el orden público nacional.

Esperando haber atendido en debida forma, su Consulta, reciba las expresiones de nuestra consideración.

Atentamente,

Original
Enviado

Llida, Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/20/hf.