

**RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR EL LICENCIADO ROLANDO RODRÍGUEZ, ENTONCES FISCAL SUPERIOR DEL SEGUNDO DISTRITO JUDICIAL DE COCLÉ Y VERAGUAS, CONTRA LA RESOLUCIÓN FECHADA 31 DE MAYO DE 2005, DICTADA POR EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL SEGUNDO DISTRITO JUDICIAL DE PANAMA. PONENTE: ESMERALDA AROSEMENA DE TROITIÑO. -PANAMÁ, TRES (3) DE OCTUBRE DE DOS MIL SEIS (2006).**

**Tribunal:** Corte Suprema de Justicia, Panamá

**Sala:** Segunda de lo Penal

**Ponente:** Esmeralda Arosemena de Troitiño

**Fecha:** 3 de Octubre de 2006

**Materia:** Penal - Negocios de segunda instancia

Apelación de auto interlocutor

**Expediente:** 426-E

## VISTOS

Ha ingresado a la Sala de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, el recurso de apelación interpuesto por el Licdo. Rolando Rodríguez, entonces Fiscal Superior del Segundo Distrito Judicial de Coclé y Veraguas, contra la Resolución fechada 31 de mayo de 2005, dictada por el Tribunal Superior del Segundo Distrito Judicial de Panamá, mediante el cual se niega la reapertura del sumario instruido por la muerte de Gerardo Olivares V.

## ANTECEDENTES

La presente causa tiene como génesis la solicitud de apertura de las sumarias por la muerte del señor Gerardo Olivares V., iniciativa formalizada por la Comisión de la Verdad, a través de un extenso escrito visible de fojas 1 a 31, ante la Fiscalía Superior del Segundo Distrito Judicial de Panamá. Luego de acopiar documentación pertinente al caso, la mencionada agencia de instrucción remitió al Tribunal competente el expediente junto con la solicitud de reapertura del proceso.

Mediante la resolución de fecha 31 de mayo de 2005, objeto del presente recurso de apelación, el Tribunal Superior del Segundo Distrito Judicial de Panamá negó la reapertura impetrada, indicando como fundamento de su decisión, que en el caso particular no se configuraban todos los presupuestos que contempla el artículo 2210 del Código Judicial, ya que la causa había sido previamente sobreseída de forma definitiva y además, a esta fecha, resulta que la acción penal está prescrita.

## POSICIÓN DEL APELANTE

Contra lo decidido por el tribunal primario se alzó la Fiscalía Superior del Segundo Distrito Judicial de Panamá, acotando que el homicidio agravado al que hace referencia el fallo impugnado, "tuvo un momento de consumación y uno de materialización, pero que para su transcendencia en el Universo jurídico penal, ese hecho adquiere valor jurídico únicamente cuando es conocido como tal en la vida social y no antes, por lo que si la acción punible se ignora, ésta no existe en el mundo penal, prueba de ello aunque parezca inocuo lo anotado, es que se no se acciona el órgano jurisdiccional por un hecho punible no conocido o, lo que es igual ignorado" (fs. 646). Afirma que el hecho criminoso no dejará jamás de perder ese calificativo, o sea, que no deja de considerarse como tal por el transcurrir del tiempo, por lo que en buena técnica jurídica no se puede hablar de prescripción en cuanto al ilícito en sí.

Añade que en la investigación penal que nos atañe, "no se debe decretar la prescripción penal, tomando en cuenta las normas penales que regulan esta materia, ya que éstas se refieren a aquellos delitos de homicidios dolosos que se dan entre personas comunes, siendo que la muerte del señor Olivares se dio en situación distinta, pues eran momentos de la vida nacional que se caracterizaba por la inestabilidad que se vivía en el país, por estar en el poder un régimen de facto, donde se dieron desapariciones forzadas de personas que quedaron sin investigar, fruto de fenómenos políticos propios de la época".

Indica que, para evitar que los inculpados en estos hechos quedaran impunes cuando el Estado volviera a su normalidad, al producirse el fenómeno de prescripción de la acción penal, se aprobó la Convención Interamericana sobre **Desaparición** Forzada de Personas, suscrita en Belém Do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, aprobado mediante Ley 32 de 28 de junio de 1995, en la que se define la **desaparición** forzada como la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuera su forma, cometida por agentes del Estado, seguida de la falta información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de información sobre el paradero de la persona, con la cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.

Subraya que en el artículo VII de la citada Convención, se indica que la acción penal derivada de la **desaparición** forzada de personas y la pena que imponga judicialmente al responsable de la misma no estarán sujetas a prescripción, siendo así le asiste el derecho a la sociedad a conocer que sucedió con las personas que desaparecieron del entorno, como consecuencia de sus ideas políticas, por lo que en estos casos, bajo ninguna circunstancia operarán los principios penales de legalidad e irretroactividad de las leyes penales, sostiene el recurrente.

Señala el apelante, que si bien la investigación que se adelantó por la muerte violenta del señor Olivares, fue cerrada mediante un sobreseimiento definitivo, debe tomarse en cuenta que para esa fecha imperaba un régimen que sistemáticamente impedía el libre acceso a la justicia, sobre todo cuando se veían involucrados militares, además que no había la imparcialidad y objetividad de las autoridades de ese entonces, dando como resultado investigaciones poco detalladas y parcializadas.

Finaliza solicitando a esta Colegiatura, que al momento de decidir la alzada, se revoque la decisión y en su defecto se disponga la reapertura de la investigación para que las personas que resulten responsables del hecho investigado, respondan ante los órganos jurisdiccionales.

#### CONSIDERACIONES DE LA SALA

Previo a resolver el fondo del recurso, es importante identificar el cauce procesal por el que transita la presente iniciativa, precisando que el tema de la prescripción de la acción penal es de obligatorio examen, por cuanto constituye uno de los presupuestos legales que deben agotarse para determinar la viabilidad de la reapertura de una investigación sumarial, según los artículos 2210 y 2211, ambos del Código Judicial.

De acuerdo con nuestra normativa procesal penal, la reapertura de una investigación cerrada con un auto de sobreseimiento, sólo es viable cuando se trate de sobreseimiento provisional (art. 2210 del C.J.) o cuando se emita un sobreseimiento definitivo e impersonal (art. 2206 del C.J.), pero únicamente para incriminar a otras personas no favorecidas con el de carácter definitivo.

En el presente caso, consta en autos que los presuntos responsables de la muerte del señor Gerardo Olivares V., o al menos a quienes se mencionó en las primeras investigaciones, fueron favorecidos con un sobreseimiento de carácter definitivo, lo cual impide que con respecto a ellos, se reabra el proceso; sin embargo, al mismo tiempo, el Tribunal de la causa sobreseyó las sumarias de manera impersonal, lo cual, de acuerdo con el artículo 2206 del Código Judicial, implica que las investigaciones podrían ser reabiertas respecto a otras personas no mencionadas en el auto de sobreseimiento, de fecha 23 de enero de 1978 (fs. 504 y ss) .

Establecida la posibilidad de reabrir las investigaciones, pero únicamente en contra de personas que no fueron beneficiadas con el auto de sobreseimiento definitivo, sólo resta verificar si la reapertura es factible en atención a otro factor importante, la temporalidad, es decir, si la acción para perseguir el delito no está prescrita.

Sobre este punto, el fallo del Tribunal Superior expresa que la acción penal resulta prescrita al aplicar el término de prescripción de 20 años que establecía el artículo 86 del Código Penal de 1922 (con sus modificaciones), norma que resulta aplicable en razón del principio penal de preferencia de la norma más favorable al reo. De este modo, el Tribunal Superior resuelve el conflicto de aplicación de la ley en el tiempo, haciendo imperar el principio constitucional de la irretroactividad de la ley, decisión que la Sala comparte.

A propósito de los fundamentos de la prescripción, estima la Sala importante reiterar el planteamiento que en fallo de 30 de diciembre de 1997, emitiera al respecto:

"..en nuestra legislación, el fundamento de la prescripción de la acción penal se sustenta en la teoría de la situación jurídica, según fácilmente se infiere de la lectura del artículo 100 del Código Penal, al disponer que "el procesado tiene derecho a la prescripción de la acción penal". En esa ocasión, la Sala acogió los argumentos del casacionista, quien sostenía, con base en una extensa argumentación legal y doctrinal, que "el fundamento de esta teoría radica en que por razón de la seguridad jurídica que todos los hombres deben tener ante el poder del Estado, la prescripción está plenamente justificada en los sistemas legales. Este enfoque coloca al hombre frente al poder represivo del Estado y trata de darle cierta seguridad de que, a determinado tiempo, ya no habrá de ser motivo de persecución o de sanción, en su caso, porque no puede ser posible que el ser humano esté indefinidamente sujeto a la zozobra que implica saber que en cualquier momento puede ser privado de su libertad, ya que los efectos que este estado produce pueden ser más dañinos inclusive

que el delito mismo que se haya cometido. Manifiesta que con esta postura, la sociedad es la que resulta beneficiada, cuando sus miembros no ven al sistema represivo como una constante causa de intranquilidad, sino como uno de los medios para lograr una reintegración a la comunidad social. Por ello, se asevera que, si el Estado tiene la facultad legal de invadir la esfera de libertad de los individuos que considera pueden ser delincuentes o que hayan sido condenados, es lógico también que ese poder o facultad del propio Estado esté sometido a ciertas limitaciones, originadas en la propia ley que rige la actividad estatal y que crean, como consecuencia, una esfera de derechos en favor de todos los sujetos. Con lo expresado se quiere significar que si hay leyes generales que regulan el fenómeno de la prescripción, en realidad esas reglas están creando, además de una limitación al poder del Estado, una esfera de derechos en favor de los individuos, quienes tendrán siempre, un derecho individual oponible al derecho general del Estado a perseguir los delitos y a los delincuentes. Esta teoría parte de la premisa de que, si bien al Estado le interesa perseguir y sancionar los delitos, también le interesa otorgarle a los individuos seguridad jurídica, lo cual consigue autolimitándose y, en consecuencia, concediendo un derecho a los individuos oponible al *ius puniendi*".

Al cuestionar la aplicación de la institución de la prescripción en el presente caso, el recurrente afirma que la conducta investigada era desconocida, por lo que no había manera de que se accionara la maquinaria judicial en el momento de la consumación del delito, sino a partir de que los hechos fueron denunciados como delitos propiamente tales. No obstante, tal apreciación no tiene sustento en las constancias procesales examinadas, pues se advierte en esta encuesta penal, que los hechos fueron conocidos inmediatamente después de su perpetración, prueba de ello es la copia el expediente seguido en 1978 por el mismo caso (fs. 410 y ss), y que como se sabe, concluyó con el auto de sobreseimiento definitivo e impersonal de fecha 23 de enero de 1978 (fs. 504 y ss).

Además, sí el planteamiento del recurrente se centra en el hecho que las investigaciones serias e independientes, sólo eran factibles a partir del momento en que el gobierno bajo cuya administración se cometieron los hechos, fuera desplazado del poder, resulta que tal pre-condición se cumplió el 20 de diciembre de 1989, y desde esta fecha hasta cuando se materializó el término de prescripción de 20 años, transcurrieron más de siete años de inactividad judicial. En este sentido, es importante destacar que la ley penal establece los términos de prescripción de las acciones y de la pena, atendiendo a los criterios de certeza y seguridad jurídica, como se indicó en la cita arriba transcrita, pero también concede los mecanismos para lograr la interrupción de la prescripción, a efectos de impedir la impunidad. En el caso particular, los interesados tuvieron, desde 1990, la oportunidad de activar las acciones legales pertinentes para impedir que la prescripción operara en esta causa, sin embargo, no se hizo uso oportuno de tales acciones, con el resultado que ahora tenemos.

En otro de los puntos de la apelación, el fiscal afirma que la declaratoria de prescripción de la acción penal resulta improcedente en el caso de marras, dado que no se trataba de un delito de homicidio entre "personas comunes", sino de actos propios del régimen de facto en el cual se daban desapariciones forzadas de personas, acciones que no deben quedar impunes, considerando los compromisos que Panamá ha adquirido en materia de derechos humanos.

En efecto, la Sala comparte el criterio del recurrente en cuanto a que existen normativas internacionales en materia de protección de derechos humanos, a las cuales Panamá se ha adherido, específicamente la Ley 32 de 1995, y que son de obligatorio cumplimiento; sin embargo, a los hechos investigados en el presente caso, no es legalmente aplicable las normas supranacionales citadas, por las razones que más adelante se explican.

La doctrina contemporánea plantea que el derecho penal persigue, en primer lugar, amparar jurídicamente determinados bienes de la convivencia pacífica en sociedad, tales como la existencia del Estado, la vida, la salud, la libertad, la propiedad, etc. Esa tutela de los bienes jurídicos se garantiza prohibiendo y castigando las acciones que tienden a lesionarlos; es decir, evitando o tratando de evitar el disvalor del resultado con la sanción del disvalor del acto. Con ello se asegura la vigencia de los valores positivos ético-sociales de los actos propios de la persona humana.

En segundo lugar, frente a la anterior finalidad de prevención general, está la de prevención particular o especial, que se cumple por medio del tratamiento del delincuente, en función de sus necesidades. Ahora bien, esa finalidad sólo se cumple limitando sabiamente los medios de que dispone. El exceso empañaría su arma. Se debe esforzar en sancionar los hechos que lesionan los deberes ético-sociales elementales. La grave, severa y segura intervención en la vida de las personas que la pena supone, implica que el Estado solo debe y puede ejercerla dentro del marco normativo del derecho penal; disciplina que se fundamenta en principios, derechos y garantías, entre los que se encuentran el de legalidad e irretroactividad de la ley penal, y de los cuales todos los ciudadanos son titulares.

Frente a la anterior consideración general, se reconoce la vigencia de la corriente tuitiva de los derechos humanos, desarrollada con motivo de las conflagraciones mundiales del pasado siglo y de las guerras étnicas más recientes, en África y el este de Europa, así como de los sangrientos periodos de gobiernos de facto en Latinoamérica, principalmente, y a partir de entonces se han adoptado una serie de instrumentos internacionales, de alcance regional y mundial, entre los que se destaca la Convención Interamericana sobre **Desaparición Forzada de Personas**, ratificada por Panamá a través de la Ley 32 de 1995, y que el recurrente cita en su recurso, para fundamentar la imprescriptibilidad del delito investigado.

No obstante, lo que se discute en el presente caso, es sí dicha convención es aplicable temporal y objetivamente a los hechos por los cuales pierde la vida el señor Gerardo Olivares V, ocurridos el 17 de julio de 1977. Es decir, pese a la extensa referencia sobre la aplicabilidad de la Ley 32 de 1995 que se presenta en la solicitud de apertura que presentó la Comisión de la Verdad, no deja de ser discutible, por un lado, si los hechos acaecidos se encuadran típicamente en el supuesto de "**desaparición** forzada" como la define la convención en su artículo 2, pues el occiso no estuvo desaparecido, sino que su muerte se da en circunstancias sospechosas; pero fundamentalmente, no se puede ignorar que dicha normativa rige a partir de su promulgación; pues no existe norma legal ni constitucional que autorice su aplicación retroactiva para hechos acontecidos antes de su entrada en vigor. Es más, el artículo 7 de la Convención citada, pese a estipular en primer lugar el carácter imprescriptible de la acción penal en los delitos de **desaparición** forzada, reconoce que en los países donde ello no sea posible en razón de la supremacía constitucional, el término de prescripción será el establecido para el delito más grave. Si bien este no es el caso de Panamá, pues la prescripción no está regulada a nivel constitucional, sino legal; el reconocimiento del rango supremo de la constitución, lleva a la inexorable conclusión de que la Convención tampoco puede ser aplicada contra otra norma fundamental que sí está inserta en nuestra carta magna,

cual es la contentiva del principio de la inaplicación retroactiva de la ley en materia penal, salvo que sea más beneficiosa (artículo 46).

De otro lado, tampoco se puede pasar por alto que la figura de **desaparición** forzada, como la define el artículo II de la Convención, no encuentra aún tipificación autónoma en el Código Penal patrio, y si bien este instrumento internacional deviene en norma interna directamente aplicable a partir de su ratificación, su aplicabilidad se ve limitada ya que no existe la norma penal específica que establezca la sanción de dicha conducta; con lo cual el Estado panameño incumple, en desmedro de los derechos de quienes habitan su territorio, el compromiso adquirido en el artículo III de la Convención, de tomar las medidas legislativas pertinentes para tipificar como delito la **desaparición** forzada de personas.

En resumen, el hecho que los delitos de *lesa* humanidad estén reconocidos desde la mitad del siglo XX, no lleva necesariamente a determinar que a éstos se les haya otorgado en el derecho panameño la condición de imprescriptibles, pues ésto sólo sucedió, para el caso de las desapariciones forzadas, luego de la ratificación de la Convención, y con efectos hacia futuro.

Efectivamente, tanto el principio de irretroactividad de la ley penal, así como el de legalidad, son en el caso particular, limitaciones a la facultad sancionadora del Estado, pero en la generalidad de los casos, derechos subjetivos en favor del ciudadano frente al poder público.

El tema en examen no es nuevo y ha sido motivo de debate en la doctrina y en la práctica internacional, pues refleja la tensión entre la tradición jurídica penal y el concepto de derechos humanos con sus novedosas categorías. No obstante, los instrumentos jurídicos internacionales han tendido puentes para armonizar ambos sistemas, tal es el caso por ejemplo, del artículo 7 de la Convención Europea de Derechos Humanos, en el cual, pese a reconocerse el principio de legalidad y no retroactividad de la ley penal, lo matiza al consignar que serán aplicables los principios generales de derecho reconocido por las naciones civilizadas. El texto de la norma es el siguiente:

*Artículo 7. No hay pena sin ley.*

1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.

2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituya delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas.

Como se observa, la propia normativa, en el ámbito continental europeo, brinda a las autoridades responsables el marco de legalidad, pilar del Estado de derecho, para fundamentar sus decisiones en estas especiales circunstancias.

No se puede soslayar, como bien anota la Comisión de la Verdad, en el documento "La Tutela Judicial del Derecho a la Vida durante el Régimen Militar 1968-1989", toda evaluación de la administración de justicia basada exclusivamente en el derecho interno sería

incompleta, al no examinar los estándares internacionales respecto a la tutela judicial, a los que el Estado panameño está sujeto como parte de la comunidad de naciones, y como voluntario suscriptor de declaraciones y convenciones de derechos humanos. Sin embargo, son precisamente esos niveles internacionales de protección los que reclaman certeza y seguridad jurídica en la tutela judicial propia de un Estado democrático de derecho, de modo que el compromiso político que el Estado asume al ratificar instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, debe ser complementado con el desarrollo normativo interno que lo haga efectivo. De lo contrario, ocurre, como en el presente caso, la imposibilidad para el Órgano Judicial de pronunciarse sobre los hechos que nos convocan, a no ser que en estricto derecho, se violenten por otro lado los derechos y garantías que la ley y la constitución expresamente consagra en favor de todos sus ciudadanos. De algo podemos estar seguros, en ambos extremos, ya sea la impunidad generada por la inacción de las instituciones públicas en el momento oportuno, o por el posterior ejercicio del poder punitivo a toda costa y en cualquier momento, igualmente serán responsabilidad del Estado los perjuicios que hayan sufrido sus ciudadanos.

El Estado panameño, a través de sus instituciones de administración de justicia, tuvo a partir de 1990, y hasta antes de que operara la prescripción, la oportunidad y responsabilidad histórica de pronunciarse sobre los hechos en los que perdieron la vida muchas personas en la década de los 70. Sin embargo, no se concretaron oportunamente las acciones legales para lograr el esclarecimiento de tales eventos, y en la actualidad, en el marco de un Estado de derecho, tal posibilidad resulta contraria precisamente a los principios penales que dan sustento a esta condición.

Con esta decisión, la Sala Penal es consciente de que la justicia para los deudos de las víctimas, tal vez sólo se retarde y trascienda a ámbitos internacionales, ya que la oportunidad para resolver el asunto a nivel interno, no fue utilizada cuando era temporalmente viable.

Con base en las razones arriba explicadas, debe la Sala confirmar la resolución que deniega la solicitud de la apertura de las investigaciones por la muerte del señor Gerardo Olivares V.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, CONFIRMA la Resolución fechada 31 de mayo de 2005, dictada por el Tribunal Superior del Segundo Distrito Judicial de Panamá.

Notifíquese.

ESMERALDA AROSEMENA DE TROITIÑO

ROBERTO GONZÁLEZ R. -- ANÍBAL SALAS CÉSPEDES (Con Salvamento de Voto)

MARIANO HERRERA (Secretario)

*dtSearch 6.07 (6205)*